

**A EXECUÇÃO E SUA DEFINITIVIDADE NA PENDÊNCIA DE APELAÇÃO
NOS EMBARGOS DO DEVEDOR - COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO RESP
653879 / SP**

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO¹

I – EMENTA

Execução civil (provisória/definitiva). Título extrajudicial. Alienação de domínio. Caução.

1. A execução fundada em título extrajudicial é definitiva, ainda que haja recurso do julgamento dos embargos do devedor.

2. Quando provisória a execução, não é de imperiosa necessidade a caução para o seu prosseguimento. Correto, por conseguinte, o acórdão local: "A caução deve ser prestada no momento anterior à alteração que, por força da execução, ocorrerá na situação jurídica do executado."

3. Precedentes do STJ quanto a um e outro ponto.

4. Recurso especial fundado na alínea a, ao qual a Turma negou provimento (o relator dele não conhecia, simplesmente)"(RESP 653879 / SP - 6ª Turma – Rel. Min. Nilson Naves – DJ de 22.11.2004 p. 410).

COMENTÁRIOS

**I - EXECUÇÃO PROVISÓRIA E DEFINITIVA — ALGUMAS DIFERENÇAS
(E/OU SEMELHANÇAS)**

O acórdão que se pretende comentar trata da natureza de ação de execução envolvendo título executivo extrajudicial, na pendência de recurso de apelação interposto nos embargos julgados improcedentes.

¹ Pós-doutor (Universidade de Lisboa), doutor e mestre (UFPA). Professor da Universidade da Amazônia – UNAMA, Centro Universitário do Pará – CESUPA e Faculdade Ideal – FACI, Procurador do Estado do Pará e advogado.

Aborda também o *decisum* aspecto ligado ao momento que deve ser prestada a caução prevista no art. 588, II, do CPC.

Contudo, para que se possa comentar os aspectos enfrentados no Acórdão, necessário abordar algumas questões envolvendo a execução provisória e definitiva previstas no Código de Processo Civil.

Destarte, de acordo com o CPC: *”a execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”* (art. 587).

Interpretando essa diferenciação, Enrico Tullio Liebman ensina que: “quando a sentença é exequível, apesar de não ter transitado em julgado, a execução que se promover estará sujeita à eventualidade da reforma da sentença em grau de recurso e, conseqüentemente, à possibilidade de dever desfazer-se o que foi feito e restabelecer-se o estado anterior. Por isso, a lei a considera ‘provisória’ e lhe dita algumas regras especiais, que visam facilitar aquele restabelecimento (art. 588 do CPC)”².

Ainda sobre o assunto, vale mencionar também as lições de Vicente Greco Filho, para quem: “a fim de não prostrar demais a satisfação do direito do credor, a lei autoriza o adiantamento de certos atos executórios mesmo enquanto pendente recurso contra a sentença exequenda, obstando, contudo, a consumação da atividade executória porque o recurso pode provocar a reforma da decisão e, portanto, a modificação ou desaparecimento do título”³.

De fato, a grande diferenciação entre a execução definitiva e provisória diz respeito ao título executivo judicial, que poderá estar pendente de apreciação de recurso sem efeito suspensivo ou transitado em julgado, já que no caso de título extrajudicial a *executio* iniciará sempre definitiva.

² *Processo de Execução*. São Paulo : Bestbook, 2001, p. 98.

³ *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 3, 14ª edição. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 34.

Aliás, deve-se sustentar que, ao invés de execução provisória, mais adequado é falar-se em execução de título provisório, considerando que a decisão exequianda está *sob condição*. Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni atesta que: “os atos executivos praticados em virtude de uma sentença que ainda não foi confirmada pelo tribunal não podem ser chamados de provisórios. Note-se, por exemplo, que a penhora não pode ser chamada de provisória, já que nada virá substituí-la. No caso da ‘execução provisória’ do despejo tudo fica mais claro: ainda que coubesse o retorno do locatário ao imóvel, e não apenas a indenização, a execução não poderia ser considerada provisória. Os atos executivos alteram a realidade física e, portanto, não podem ser classificados em provisórios e definitivos”⁴

Ora se o título executivo é provisório, existem algumas diferenças entre as duas modalidades de execução, em especial a necessidade de caução e a responsabilidade objetiva do exequente. Ademais, antes da Lei 10.444/02, ainda havia a limitação dos atos executórios na execução prevista no art. 588 do CPC.

Com efeito, referido dispositivo legal, em sua redação anterior, não permitia o encerramento dos atos executórios, considerando a necessidade de garantir eventual prejuízo ao devedor em caso de provimento do recurso pendente.

Nesse sentido e visando fazer uma completa interpretação em relação ao REsp. 653.879, o próximo ponto a merecer reflexão refere-se às principais alterações envolvendo a execução provisória de sentença:

II- A EXECUÇÃO PROVISÓRIA E A POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DE DOMÍNIO – MOMENTO DA PRESTAÇÃO DA CAUÇÃO

Como se demonstrou anteriormente, a execução de provisória (ou execução de título provisório⁵) não permitia no regime anterior à recente reforma processual atos de

⁴ *Execução Imediata de Sentença. A segunda etapa da reforma processual*. Coordenado por Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 20

⁵ Trata-se, a bem da verdade, de execução definitiva de título provisório, permitindo atos de alienação de domínio. Luiz Guilherme Marinoni ensina que: “O novo inciso II do art. 588, que afirma que ‘a prática de atos que importem alienação de domínio’ depende

alienação de domínio, o que ensejou diversas críticas pelos operadores do direito, considerando seu baixo ‘teor de efetividade’.

Contudo, a sistemática atual permite que essa modalidade de execução chegue ao seu final, em que pese a provisoriedade do título executivo, com a completa satisfação do credor, mediante de caução idônea, sendo esta dispensada apenas nas hipóteses do §2º do mesmo diploma legal⁶.

Em que pese tal alteração, verifica-se que o sistema processual poderia ter caminhado um pouco mais, com a retirada do ‘efeito suspensivo’ do recurso de apelação⁷. Destarte, ainda vigorando a regra quanto ao duplo efeito da apelação, prevista no art. 520 do CPC, na prática apenas será possível discutir quanto à viabilidade dessa modalidade de execução, após o julgamento da apelação pelo Tribunal competente, situação esta que pode significar atraso na satisfação do direito do credor.

Como já se teve oportunidade de aduzir em trabalho anterior, “as alterações ocorridas na execução provisória poderiam ser dotadas de maior efetividade, se a reforma também atingisse o duplo efeito da apelação, dotando as sentenças de executividade imediata, semelhante ao que ocorre no sistema italiano, o qual admite a suspensão da eficácia executiva mediante requerimento diretamente ao tribunal”⁸.

de ‘caução idônea’, somente reafirma a teoria de que a ‘execução fundada em decisão provisória’ pode ser ‘completa’, demonstrando assim que o contrário de execução fundada em ‘decisão provisória’ é execução fundada em ‘decisão definitiva’ e o contrário de ‘execução incompleta’ é ‘execução completa’. Mais do que isso: o art. 588, II, ao admitir uma ‘execução completa’ baseada em ‘decisão provisória’ também abre oportunidade para a vulgarização da tese do ‘título executivo provisório’ ou melhor, da idéia de que o título não é decorrência da cognição definitiva (ou da ‘existência’ do direito), mas do desejo de permitir que o direito tenha realização prática (pouco importando a cognição alcançada)” *Tutela antecipatória e julgamento antecipado — parte incontroversa da demanda*. 5ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 192.

⁶ Ada Pellegrini Grinover informa como funciona, na doutrina estrangeira, a caução na execução provisória, exemplificando que “na Alemanha, a execução provisória não pode ultrapassar a penhora, mas a alienação é possível após a prestação da caução (§ 725, ZPO). O mesmo se dá no processo português, que prevê a necessidade de caução para o pagamento do exequente ou de qualquer credor, enquanto a sentença estiver pendente de recurso (art. 47-3). E o sistema espanhol também permite a execução provisória contra sentenças condenatórias de primeiro grau, sujeitas a apelação, mediante caução (art. 385, LEC espanhola, após a reforma introduzida pela Lei de 6.8.84).

Mais ousada é a técnica italiana: a execução provisória atua *ope legis* (art. 282, CPC), podendo legar à expropriação, sem previsão de caução. Resta ao devedor requerer a suspensão da execução por ‘graves motivos’ em sede de apelação ou, se assim não for, ser ressarcido dos prejuízos na hipótese de o credor não ter agido ‘com a prudência normal’, em caso de reforma da sentença (art. 96, *comma* 2º, CPC). Semânticamente, a execução provisória do sistema italiano indica simplesmente que o juiz da apelação pode suspendê-la, vindo a sentença a perder sua eficácia”. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000, p. 132.

⁷ A rigor não se trata de efeito *suspensivo* já que impede a eficácia da sentença. Nesse sentido, observa José Miguel Garcia Medina que: “Na verdade, no caso não se está diante de efeito ‘suspensivo’, propriamente, porquanto a sentença suscetível de ser impugnada por meio de recurso de apelação, no sistema brasileiro, *não produz* efeitos, de modo que a apelação interposta apenas prolonga o estado de ineficácia em que se encontrava a sentença. Por isso, fala a doutrina em efeito obstativo, no caso. Segundo, efeito propriamente suspensivo somente ocorreria naqueles casos em que a apelação *em regra não tem efeito ‘suspensivo’*, mas se atribui efeito suspensivo à apelação por força do art. 558, parágrafo único, do CPC” (*Execução Civil – Princípios Fundamentais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 262 – nota de rodapé nº 193).

⁸ ARAUJO, José Henrique Mouta. *Anotações sobre a ‘nova disciplina da execução provisória e seus aspectos controvertidos*. Revista Dialética de Direito Processual – RDDP n. 14, maio/2004. São Paulo : Dialética, p. 55.

Contudo, há uma luz no fim do túnel. Se, mesmo após a última reforma ocorrida no sistema recursal, ainda permanece a regra envolvendo o duplo efeito do recurso de apelação⁹, há novo projeto de lei que procura corrigir tal discrepância¹⁰, passando esse recurso a não mais impedir a execução imediata da sentença, mesmo se tratando de título provisório¹¹.

Observa-se, portanto, que a execução provisória aproximou-se bastante da definitiva, guardadas as premissas estabelecidas no art. 588 do CPC. Especialmente quanto a caução, corretamente o Acórdão entendeu que a mesma deve ser prestada apenas antes da alteração na situação jurídica do executado.

Destarte, a caução - como garantia quanto aos eventuais riscos advindos da execução de título provisório - não é requisito para o seu início, mas sim para os atos de alienação de domínio ou que causem alteração na situação jurídica do executado; o que, aliás, vem ratificado pela redação dada ao art. 558 pela Lei 10.444/02. Como bem esclarecem Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “a razoabilidade recomenda, entretanto, que somente se dê curso aos atos executivos, com a arrematação do bem, se estiver a execução garantida pela caução”¹².

Ainda sobre o assunto, ensina Humberto Theodoro Júnior que: “pela reforma do art. 588, promovida pela Lei nº 10.444, de 07.05.02, eliminou-se a exigência sistemática de caução para dar início à execução provisória. O momento de prestar a garantia, conforme já vinha preconizando a jurisprudência, é o que antecede a ordem judicial de levantamento do depósito de dinheiro ou o ato que importe a alienação de domínio (arrematação, adjudicação, etc.)”¹³.

⁹ Aspecto, aliás, que mereceu profunda crítica por parte de Joel Dias Figueira Júnior, ao ponto de aduzir o seguinte: “O lamentável incidente legislativo há de ser atribuído à resistência de alguns juristas mais cépticos e ‘comedidos’, somando-se ao *lobby* dos tribunais. Aliás, esse último fator foi determinante para a rejeição da proposta legislativa, que residiu no trabalho articulado de lobistas a ponto de ceifar as magníficas novidades contidas nos arts. 520 e 521 do CPC. O argumento utilizado para a consecução dos fins assinalados fundava-se na circunstância de que, se aprovados os dispositivos na forma originariamente sugerida pela Comissão, os tribunais ficariam ainda mais assoberbados de recursos ou meios de impugnação para análise dos pedidos de concessão de efeitos suspensivos, em face da alegação de possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, porquanto imaginaram que os juízes sentenciadores não acolheriam, na própria instância *a quo*, o requerimento dos apelantes para obstar os efeitos práticos da decisão (efeito ‘suspensivo’)” (*In As Novíssimas Alterações no Código de Processo Civil: Comentários à Lei nº 10.444, de 07.05.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 106).

¹⁰ Fala-se em discrepância considerando que, se de um lado a última reforma prestigiou a execução de título provisório, deveria de outro ter permitido a sua utilização imediatamente após o proferimento da sentença de mérito condenatória de quantia, o que não ocorre considerando a inexistência de alteração substancial nos arts 520 e 521 (apesar da tentativa implementada nesse sentido pela Comissão de Reforma do CPC).

¹¹ O Projeto de Lei 3.604/04 pretende dar a seguinte redação ao art. 520 do CPC: “Art. 520. A apelação terá somente efeito devolutivo, podendo o Juiz dar-lhe efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte.”.

¹² *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 360.

¹³ *Curso de direito processual civil*. 36ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 23.

De outra banda, com o maior prestígio dado à execução de título provisório, permitindo-se alienação de domínio, ganhou a caução importante papel nesse sistema de: *riscos X probabilidades* (risco do provimento do recurso pendente e relativa probabilidade disso ocorrer). Realmente, se de um lado há a relativa probabilidade de sucesso do recurso recebido sem efeito suspensivo, há o risco da execução chegar ao seu final antes do julgamento do apelo. Deve-se, portanto, encontrar mediante a prestação da caução o ponto de equilíbrio da tutela executiva de título provisório.

Aliás, Cândido Rangel Dinamarco expõe que: “na disciplina da execução provisória manifesta-se com clareza a idéia do processo civil como um sistema de *certezas, probabilidades e riscos*. Não só de certezas vive o processo. Cabe ao legislador, e também ao juiz, dimensionar as probabilidades de acerto e os riscos de erro, expondo-se racionalmente a estes mas deixando atrás de si as portas abertas para a reparação de erros eventualmente cometidos. A execução provisória é em si mesma um risco, que a lei mitiga ao exigir cauções em situações razoáveis, com vista a deixar o caminho aberto à reparação de possíveis erros”¹⁴

Assim visando encontrar esse ponto de equilíbrio, há a necessidade de prestação da caução idônea, como condição para o encerramento dos atos executórios, à exceção dos casos previstos no §2º do art. 588, CPC. Aliás, a discussão quanto ao momento que deve ser prestada a caução não é nova no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, existindo outros precedentes análogos ao ora discutido¹⁵.

III- AINDA SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA — O RETORNO DAS ‘PARTES’ E NÃO DAS ‘COISAS’ AO ESTADO ANTERIOR EM CASO DE PROVIMENTO DO RECURSO. A DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DA COISA PELO TERCEIRO ARREMATANTE

¹⁴ *A reforma da reforma*. 5ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 255.

¹⁵ Nesse sentido, ver, dentre outras, as seguintes decisões: AgRg no Ag 185.517, REsp 63.097, REsp 94457 e REsp 11259.

Como se afirmou no início dos presentes comentários, uma das alterações mais relevantes da execução envolvendo título provisório refere-se à mitigação da limitação dos atos executórios.

Com efeito, antes da última grande reforma processual, um dos fatores que levavam ao descrédito da execução provisória referia-se à limitação da atividade executiva. Após a Lei 10.444/02, passa o inciso terceiro do art. 588 do CPC a ter a seguinte redação: “*Fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior*”.

A redação anterior mencionava ‘restituindo-se as coisas’ e agora é ‘restituindo-se as partes’. Qual será a consequência da alteração redacional?

A grande discussão refere-se ao problema envolvendo a arrematação do bem. Sendo o bem penhorado arrematado por terceiro e ocorrendo a reforma da sentença exequianda, deverá retornar ao patrimônio do devedor, resolvendo-se em perdas e danos o direito do terceiro?

Entendo que não. O retorno *in natura* apenas poderá ocorrer se não atingir direito de terceiro arrematante, sob pena de se enfraquecer a alienação judicial e a formação de título para transcrição dominial.

Aliás, Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina aduzem que : “*a restituição das partes ao estado anterior* significa a restituição ao devedor do valor do bem que lhe tenha sido penhorado ou a reposição do *quantum* que tenha sido levantado”¹⁶.

Destarte, assim deve ser entendida a ‘nova execução provisória’, sob pena de se colocar em risco a tentativa da reforma de estimular sua utilização pelos jurisdicionados. Caso contrário, poucos iriam se arriscar em participar de hastas públicas, já que correriam o

¹⁶ *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. Cit. p. 356. Ademais, em outra passagem, após informarem que prepondera na doutrina o entendimento de que, uma vez realizada a arrematação do bem penhorado, o provimento do recurso não poderá atingir a esfera jurídica de terceiro que tenha participado da hasta pública, concluem corretamente que “no entanto, há, ainda, no sistema, disposições legais que são obstáculos à efetivação desse intento. Há disposições da Lei de Registros Públicos, por exemplo, que vedam o registro de imóvel, se a decisão que o determinar ainda depender de recurso. *Cit.* p. 353.

risco de devolver o bem arrematado em caso de sucesso do recurso do executado, resolvendo-se a quantia paga em perdas e danos¹⁷.

De acordo com a ótica ora apresentada, se houvesse a perda do bem pelo arrematante, o sistema claramente estabeleceria o uso da expressa: *troca o dinheiro bom* (a quantia paga na arrematação do bem) *por dinheiro ruim* (resolver o valor pago em indenização movida em face do exequente, considerando que o recurso provido considerou injusta a execução que gerou a arrematação judicial do bem)¹⁸.

Portanto, caso ocorra o provimento do recurso pendente, cabe ao executado promover o resgate da caução, além da possibilidade de discutir os danos causados pela execução injusta em face do antigo credor, configurando-se verdadeira hipótese de inversão dos pólos originários da relação jurídica processual¹⁹.

IV- O ACÓRDÃO COMENTADO — EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL NA PENDÊNCIA DE RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO NOS EMBARGOS — EXECUÇÃO PROVISÓRIA OU DEFINITIVA — DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – MAIS UMA PÁ DE CAL

Após a breve análise acerca das alterações ocorridas na execução de título provisório, especialmente no que respeita a prestação da caução e seu momento, necessário enfrentar outro aspecto enfrentado na decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁷Apresentando outra interpretação, Allan Helber de Oliveira defende que “quando o devedor obtém a revogação do título, ele passa a ser credor, com direito de realizar execução específica em desfavor do antigo credor — agora devedor — e também do terceiro que tiver adquirido o bem expropriado. O bem será buscado em mãos do terceiro por ordem do juiz da execução mediante simples mandado de busca e apreensão”. *A segunda Reforma do CPC*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2002, p. 239.

¹⁸ Como já tive oportunidade de afirmar: “Ademais, pela simples leitura da exposição de motivos da alteração do CPC percebe-se o estímulo à maior efetividade para a execução provisória, o que poderia cair por terra caso o arrematante fosse obrigado a restituir o bem arrematado. Somado a tudo isso se colocaria em risco toda a atividade jurisdicional praticada na execução provisória, pois a arrematação e todos os atos subsequentes poderiam ser destituídos em caso de sucesso do recurso pendente, constituindo-se verdadeira arrematação *sub judice*”. *Anotações sobre a ‘nova’ disciplina da execução provisória e seus aspectos controvertidos*. Cit p. 70.

¹⁹ Cândido Rangel Dinamarco apresenta ponderação envolvendo o risco estabelecido pela lei ao executado que merece registro. Defende que: “o levantamento do depósito em dinheiro é extraordinariamente perigoso para este, porque o *dinheiro* voa e depois fica-lhe muito difícil, senão impossível, reavê-lo em caso de execução desfeita; a alienação de domínio, especialmente ao criar direitos de terceiro, também é um fator de dificuldade para a *restituído in integrum* disposta no inc. III do art. 588. Mas o legislador de 2002 resolveu ampliar a segurança do executado, ao inserir no inc. II uma cláusula geral e bastante ampla, à guisa de *norma de encerramento*, para abranger todos os atos ‘dos quais possa resultar grave dano ao executado’”. *A reforma da reforma*. Cit. p. 257.

Realmente, a discussão quanto à forma de prosseguimento da execução de título definitivo (sentença transitada em julgado ou título judicial) na pendência de apelação em embargos do devedor não é de hoje que não alcança unanimidade de posicionamento doutrinário e jurisprudencial, até porque o próprio Código de Processo Civil deixa margem para dúvida.

Com efeito, o art. 587 estabelece que a execução de título extrajudicial será definitiva. Contudo, o art. 520, V estabelece que a apelação interposta da sentença que rejeitar liminarmente os embargos ou julgá-los improcedentes será recebida apenas no efeito devolutivo.

Ainda o art. 739, §1º do CPC estabelece que: “Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo”.

Ora, o grande problema do caso concreto reside em enfrentar a seguinte indagação: poderá o recurso de apelação em embargos envolvendo execução que se inicia definitiva, transformá-la em provisória?

Há precedentes, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça, que justificam a continuidade da execução, mas a título provisório, com o fundamento de que poderá ocorrer eventual dano decorrente do provimento do recurso, vindo inclusive a atingir terceiros de boa-fé²⁰.

²⁰ Nesse sentido, entendeu o STJ no REsp. 440.823 (1ª T- Relator Min. José Delgado – j. 27.08.2002 – DJ de 29.09.2002) que: “Processual Civil. Executivo fiscal. Embargos. Execução provisória. Sentença de improcedência. Efeito devolutivo. Prosseguimento do feito enquanto pendente de apreciação recurso de apelação. Inadmissibilidade. Interpretação do art. 587, do CPC. Precedentes. 1- A mensagem do art. 587, do CPC, na parte em que dispõe ser definitiva a execução quando fundada em título extrajudicial deve ser interpretada com os limites postos pelo §1º, do art. 739, do CPC, conforme a Lei 8.953/94, ao afirmar serem sempre recebidos com efeito suspensivo os embargos interpostos pelo devedor executado. 2- Surge como construção interpretativa lógica a conclusão de que a execução será definitiva, tão-somente, quando não forem interpostos embargos do devedor ou estes tenham sido julgados definitivamente, quer quanto ao mérito, quer por via de rejeição liminar. 3- Pendente a apelação contra a sentença que julga improcedentes, ou parcialmente procedentes, embargos do devedor, a execução não é definitiva, mas provisória, não podendo chegar, portanto, a atos que importem alienação. A alienação de bens penhorados antes do julgamento da apelação proposta poderá acarretar dano de difícil reparação, uma vez que, caso provido o recurso, não poderá obter de volta os bens alienados, tendo em vista os direitos assegurados ao adquirente de boa-fé. 4- Precedentes da Primeira Turma desta Corte Superior. 5- Recurso não provido”. Já no AgRg no REsp. 277852 (1ª T- Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - j. em 04/09/2001, DJU de DJ 05.11.2001 p. 88), também entendeu a 1ª Turma do STJ no sentido de que a execução fiscal embargada continua na pendência da apelação dos embargos como provisória, inclusive constando duas justificativas: a impossibilidade de exigência de caução do Estado e a repetição dos danos, em caso de alienação de bens antes do julgamento da apelação, mediante execução contra a Fazenda Pública que deságua no pagamento via Precatório Requisitório (art. 100 CF/88). Esta é a ementa da decisão: "Processo civil - Agravo regimental - Execução - Caráter definitivo - Provisoriedade - Cautela na interpretação do art. 587 do CPC. - A regra de que a execução torna-se definitiva, após a rejeição dos embargos, deve ser encarada com reservas, quando se trata de execução fiscal. É que, na eventualidade de o recurso vir a ser provido, após a alienação do bem penhorado, o dano sofrido pelo executado, torna-se irreversível. De fato, quando o exequente é pessoa de direito privado, a pessoa que teve o seu patrimônio injustamente alienado, tem quase sempre, em seu favor alguma garantia, ou, quando menos, o processo de repetição, razoavelmente ágil. Na execução promovida pelo Estado, tudo é diferente. Em primeiro lugar, não é possível exigir-se caução do Estado. Depois, o processo de repetição contra a fazenda pública deságua na dolorosa fila dos precatórios". Ainda entendendo que a execução de título

Nesse aspecto, poder-se-ia afirmar que, continuando a execução que se iniciou definitiva, mas de forma provisória, deveria o exequente indicar caução para a implementação dos atos de alienação de domínio, exceto nos casos de execução fiscal²¹.

Contudo, mister é observar que o ‘evitar dano a terceiro’ como argumento para não transferência dominial não é mais observada nem mesmo da execução provisória, quanto mais para a definitiva, consoante redação advinda da Lei 10.444/02.

Com efeito, a execução de título extrajudicial já inicia definitiva, não podendo transformar-se em provisória apenas pela existência de recurso de apelação nos embargos. Se acaso houver continuidade dos atos executórios, inclusive com a alienação judicial, seguida de provimento do recurso, resolver-se-á em perdas e danos, atendendo-se ao sistema de *riscos e probabilidades*.

Essa solução já é realidade na execução provisória (mediante caução – art. 588, I, do CPC), não se justificando qualquer limitação na execução de título extrajudicial.

Portanto, é possível afirmar que a decisão objeto dos presentes comentários interpretou corretamente o problema envolvendo a continuidade da execução advinda de título extrajudicial, que permanece definitiva mesmo na pendência de recurso de apelação nos

extrajudicial seguirá como provisória na pendência do julgamento da apelação interposta nos embargos do devedor, ver: Recursos especiais 371.649 e 258.019.

²¹ Importante destacar que quanto a execução fiscal apenas é possível raciocinar desta forma se acaso for entendido que o prosseguimento da execução na pendência da apelação interposta nos embargos for a título provisório. Contudo, há clara divergência jurisprudencial sobre o assunto, como se pode observar na nota anterior e na n.21.

embargos, sem qualquer necessidade de imputação de caução²². Aliás, existem outros precedentes no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido²³.

Ademais, não se deve confundir suspensão da execução com a oposição dos embargos (art. 739, §3º CPC). A simples oposição dos embargos suspende o processamento da execução, limitada à matéria embargada, tanto na execução provisória quanto na definitiva. Mais ainda, a suspensão ocorrerá apenas até o julgamento dos embargos, já que a apelação deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, *ex vi* art. 520, V, do CPC.

Acerca do problema enfrentado pelo acórdão, os professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que: “quando iniciada a execução, por título judicial transitado em julgado ou por título extrajudicial, é *sempre* definitiva. Iniciada definitiva, não se transmuda em provisória, nem pela oposição de embargos do devedor, nem pela interposição de recurso contra sentença que julgar improcedentes os embargos ou rejeitá-los liminarmente (CPC 520 V). É que a sentença transitada em julgado e o título extrajudicial têm plena eficácia executiva e gozam de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade. Com a rejeição liminar ou a improcedência dos embargos, essa presunção resta reforçada e confirmada, de sorte que a execução deve prosseguir sem a

²² Outro precedente envolvendo a desnecessidade de caução na execução definitiva: Processo civil - Recurso especial - Agravo de instrumento - Embargos à execução - Título executivo extrajudicial (nota promissória) - Infringência aos arts. 522 e 535, do CPC - Inexistência - art. 588, II, do CPC - Caução - Desnecessidade. 1 - Inexiste afronta ao art. 535, do CPC, quando o v. acórdão impugnado não incorreu em omissão, contradição ou obscuridade. Ademais, os embargos declaratórios têm natureza, via de regra, meramente integrativa, sendo raros os casos em que a doutrina e a jurisprudência aceitam o caráter infringente. Outrossim, incorre violação ao art. 522, do Estatuto Processual Civil, posto que a decisão agravada de instrumento (fls. 37) foi publicada em 20.11.98 (sexta-feira), conforme certidão de fls. 38 e o recurso foi interposto em 02.12.98, último dia do prazo. Logo, encontra-se o mesmo tempestivo. 2 - No caso concreto, tendo a execução se lastreado em título executivo extrajudicial (NOTA PROMISSÓRIA), tendo, por seu turno, natureza definitiva, improcede a exigência da caução prevista no art. 588, II, do Código de Processo Civil, já que somente é aplicada no caso de execução provisória. A execução de índole definitiva somente é suspensa com a oposição de embargos do devedor. Todavia, se os mesmos forem improcedentes, parcialmente procedentes ou liminarmente indeferidos, a execução deverá prosseguir, mesmo se a apelação tiver sido interposta pelo embargante-executado. É que tal recurso goza apenas do efeito devolutivo, conforme dispõe o art. 520, V, do CPC (cf. ERESP nº 195.742/SP). 3 - Recurso parcialmente conhecido e, neste aspecto, provido apenas para afastar a caução fixada pela Corte de origem, determinando que a execução prossiga como definitiva” (RESP 236749 / SP – 4ª Turma – Rel. Min. Ministro Jorge Scartezzini. J. em 05/08/2004 – DJU de 27.09.2004 p. 360).

²³ Além daqueles citados no voto do acórdão em comento, ver: REsp 515.213 (inclusive envolvendo execução fiscal), REsp. 144.127 e AgRg no REsp 440662. Aliás, na ementa do REsp. 545171, o STJ, apreciando hipótese envolvendo execução fiscal, deixa claro que o título é que confere a espécie de execução – se o título é extrajudicial (portanto, execução definitiva), a execução prosseguirá após o julgamento dos embargos da mesma forma que iniciou. Esta é a ementa do Acórdão em questão: “Processual Civil – Execução fiscal – Título extrajudicial – Embargos Improvidos – Pendência de apelação - Execução definitiva. 1. É definitiva a execução posto pendente recurso interposto contra sentença de improcedência dos embargos opostos pelo executado. Precedentes da Corte. 2. O título base é que confere definitividade à execução. Assim, se a execução inicia-se com fulcro em título executivo extrajudicial e os embargos oferecidos são julgados improcedentes, havendo interposição pelo executado de apelação sem efeito suspensivo, prossegue-se, na execução, tal como ela era; vale dizer: definitiva, posto fundada em título extrajudicial. Ademais, neste caso, não se está executando a sentença dos embargos senão o título mesmo que foi impugnado por aquela oposição do devedor. 3. Rejeição da tese da não-definitividade da execução com embargos rejeitados e recorrida a decisão, em razão do grau de prejudicialidade que o provimento do recurso interposto da decisão denegatória pode encerrar. 4. Deveras, a lei prevê indenização para a hipótese de execução provisória, com muito mais razão deve conceber esta responsabilidade gerada pela execução definitiva, cuja obrigação vem a ser declarada inexistente. Desta sorte, pendendo o recurso de decisão que julgou os embargos improcedentes, o exequente poderá optar entre seguir com a execução definitiva, tal como procedia antes da interposição dos embargos, sujeitando-se ao disposto no artigo 574 do CPC ou aguardar solução definitiva do juízo ad quem. 5- Recurso especial provido”. REsp. 543171 / RJ – 1ª Turma – Rel. Min. Luiz Fux. J. em 18/09/2003. DJU de DJ 20.10.2003 p. 237.

suspensividade operada pela oposição dos embargos e/ou pela interposição de recurso recebido apenas no efeito devolutivo. Provido o recurso, resolve-se em perdas e danos em favor do devedor”²⁴.

Sobre o assunto, também é importante citar Sérgio Shimura que, em obra conjunta, ensina que: “o legislador fez a opção partindo de um *juízo de probabilidade*. O credor já dispõe de um título executivo e, pois, de presunção de certeza. Com a improcedência dos embargos, aquela presunção se reforça, confirmando a credibilidade do título. Entre sustar por mais um grau de jurisdição o processo executivo e, desde logo, permitir, na pendência do recurso, o desencadeamento dos meios executórios, o legislador processual optou pela segunda hipótese”²⁵.

O posicionamento defendido nos presentes comentários é no sentido de que o acórdão em questão atende a sistemática do processo de execução, devendo ser considerada definitiva a execução de título extrajudicial na pendência de recurso de apelação interposto em sede de embargos do devedor²⁶.

Deve-se registrar, por oportuno, que está tramitando no Congresso de Lei 3.254/04 que procura, de certo ponto, esvaziar a autonomia do processo de execução, quando advindo de sentença condenatória de quantia do processo de conhecimento, passando apenas à chamada fase de cumprimento do julgado²⁷.

Contudo, ainda sobre o tema “*natureza da execução de título extrajudicial na pendência de apelação interposta diante da sentença de embargos julgados improcedentes*”, na doutrina existem posicionamentos em sentido contrário, como se

²⁴ NERY JR, Nelson e NERY, Maria Rosa de Andrade. *Código de processo civil e legislação processual civil em vigor – comentado (inclusive suplemento)*. 6ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 965 (nota 1 – art. 587).

²⁵ Em seguida, conclui afirmando que: “ora, conceder o efeito de tornar o que já era definitivo em *provisório*, quando, de antemão, se percebe que a defesa do devedor não tem a mínima condição de vingar — tanto que fora rejeitada liminarmente — parece-nos que é inverter a sistemática da ação executiva e aniquilar toda a eficácia do título executivo”. SHIMURA, Sérgio, CAMIÑA MOREIRA, Alberto, NEVES, Daniel A. Assumpção Neves, LASPRO, Oreste Nestor de Souza e APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Nova Reforma Processual Civil*. 2ª edição, São Paulo : Método, 2003, p. 339.

²⁶ No Supremo Tribunal Federal esse posicionamento já vem sendo defendido há algum tempo. Sobre o assunto, no RE 95.583 (j. 22.05.84, DJ de 15.06.84, p 09794 – Rel. Min. Décio Miranda) aquela Corte Superior consagrou que : “Processual civil. Execução forçada. Na pendência de apelação oposta a sentença que julgara improcedentes os embargos do devedor, pode ter prosseguimento, em caráter definitivo, e não apenas provisório, a execução contra o devedor por título extrajudicial (Cd. Poc. Civil, art-587)”.

²⁷ Apesar do assunto ser estranho aos comentários ao acórdão 653.879, vale a pena informar que, se efetivamente o projeto de lei for aprovado, não mais haverá ação de execução (provisória ou definitiva) envolvendo títulos oriundos do processo de conhecimento, mas apenas a chamada cumprimento da sentença, consoante sugestão para a redação do art. 475, I, do CPC. Sobre o assunto, ver AMARAL, Guilherme Rizzo. *Técnicas de tutela e o cumprimento da sentença no Projeto de Lei 3.253/04: uma análise crítica da reforma do Processo Civil brasileiro*. In *Visões críticas do Processo Civil brasileiro : uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*. Guilherme Rizzo Amaral e Márcio Louzada Carpena (coord). Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005. NETO, Olavo de Oliveira. *Novas perspectivas da execução civil – cumprimento da sentença*. In *Execução no processo civil – novidades e tendências*. Sérgio Shimura e Daniel A. Assumpção Neves (coord). São Paulo : Editora Método, 2005.

observa pela transcrição das lições de Vicente Greco Filho: “entendemos, pois, que deve prevalecer o princípio que informa a letra da lei, considerando-se provisória a execução enquanto pendente recurso sem efeito suspensivo contra sentença que julga improcedentes os embargos do devedor na execução por título extrajudicial”²⁸.

De outra banda, Araken de Assis repele as fundamentações utilizadas pelos defensores do caráter provisório da execução durante o processamento do recurso de apelação interposto em sede de embargos manejados em execução de título extrajudicial, aduzindo que: “essas considerações se mostram pouco razoáveis. Em primeiro lugar, o ressarcimento do devedor se encontra assegurado pelo art. 574; ademais, o regime do art. 520, V, deriva de sábio juízo de probabilidade: o credor já dispunha de título, beneficiado pela presunção de certeza, e, agora, a seu favor milita a sentença proferida nos embargos, é verdade que provisória, mas que só reforça a credibilidade de sua vantagem inicial. Entre travar por mais tempo a execução, na pendência do recurso, e desde logo atuar os meios executórios, o legislador optou, com razão, pela primeira diretriz. Ela não é de assustar.”²⁹;

Aliás, ratificando que, *in casu*, realmente a continuidade da execução reflete a forma iniciada, vale transcrever precedente oriundo do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, já que deixa claro, inclusive, que não é necessária caução no prosseguimento da execução, resolvendo-se em perdas e danos eventual sucesso do recurso pendente: “A interposição de apelação de sentença que julgou improcedentes os embargos interpostos à execução, recebidos somente no efeito devolutivo, não suspende a execução, que prosseguirá com o caráter que ingressou em juízo, não sendo necessário que o exequente preste caução para a realização de atos expropriatórios” (AI 2.111-89 “t”, 1º TC TJMS, Rel. Des. Milton Malulei, *in* DJMS 2614, 3.8.89, p. 4).

Com isso, percebe-se que a doutrina e jurisprudência são quase unânimes em considerar definitiva a execução nos casos em questão, resolvendo-se em perdas e danos os eventuais prejuízos causados ao executado.

²⁸ *Direito processual civil brasileiro*. Cit. p. 35.

²⁹ *Manual do Processo de Execução*. 5.ª edição. São Paulo: RT, 1998, p. 1049.

Portanto, a conclusão exposta no acórdão relatado pelo Ministro Nilson Naves realmente atende aos reclamos da sistemática processual, devendo, portanto, colaborar para a uniformização da jurisprudência em casos semelhantes. Será a última pá de cal envolvendo essa discussão? Espera-se que sim.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Técnicas de tutela e o cumprimento da sentença no Projeto de Lei 3.253/04: uma análise crítica da reforma do Processo Civil brasileiro*. In Visões críticas do Processo Civil brasileiro : uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner. Guilherme Rizzo Amaral e Márcio Louzada Carpena (coord). Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005

ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 5ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Anotações sobre a 'nova' disciplina da execução provisória e seus aspectos controvertidos*. Revista Dialética de Direito Processual – RDDP n. 14, São Paulo : Dialética, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 5ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *As Novíssimas Alterações no Código de Processo Civil : Comentários à Lei nº 10.444, de 07.05.2002*. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 3, 14ª edição. São Paulo : Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000.

LIEBMAN. *Processo de Execução*. São Paulo : Bestbook, 2001, p. 98.

NETO, Olavo de Oliveira. *Novas perspectivas da execução civil – cumprimento da sentença*. In *Execução no processo civil – novidades e tendências*. Sérgio Shimura e Daniel A. Assumpção Neves (coord). São Paulo : Editora Método, 2005.

NERY JR, Nelson e NERY, Maria Rosa de Andrade. *Código de processo civil e legislação processual civil em vigor – comentado (inclusive suplemento)*. 6ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução Imediata de Sentença*. In *A segunda etapa da reforma processual*. Coordenado por Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. São Paulo : Malheiros, 2001.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado — parte incontroversa da demanda*. 5ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil – Princípios Fundamentais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Allan Helber de. *A segunda Reforma do CPC*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2002.

SHIMURA, Sérgio, CAMIÑA MOREIRA, Alberto, NEVES, Daniel A .Assumpção Neves, LASPRO, Oreste Nestor de Souza e APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Nova Reforma Processual Civil*. 2ª edição, São Paulo : Método, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 3ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.
