

ANOTAÇÕES ENVOLVENDO A 'NOVA' DISCIPLINA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA E SEUS ASPECTOS CONTROVERTIDOS

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, mestre e doutorando em direito na Universidade Federal do Pará, Procurador do Estado do Pará, professor da Universidade da Amazônia e Centro Universitário do Estado do Pará, Coordenador do Curso de Pós Graduação em Direito Processual na Universidade da Amazônia.

I- INTRODUÇÃO — OS OBJETIVOS DA NOVA ETAPA DA REFORMA PROCESSUAL

A partir da década de 1990, as discussões quanto a necessidade de reforma do Código de Processo Civil ganharam maior fôlego, debatendo-se a questão envolvendo a celeridade e a rapidez da prestação Jurisdicional. Sob essa ótica, entraram em vigor diversas leis que tentaram agilizar o trâmite das demandas lamentadas em juízo, importando-se de outros sistemas institutos como a tutela antecipada e a ação monitoria.

Contudo, passados alguns anos, os processualistas passaram a indagar quanto à necessidade de se reavaliar os institutos introduzidos anteriormente, assim como instituir novas alterações, como forma de se tentar superar alguns entraves que comprometiam a brevidade da prestação jurisdicional, estimulando com isso o rápido acesso à justiça¹. Assim, a comissão coordenada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional da Magistratura desenvolveu importante estudo visando o aperfeiçoamento da lei processual, culminado com a elaboração de anteprojetos de reforma do CPC, que culminaram nas Leis 10.352 e 10.356/01, além da Lei 10.444/02.

Esses projetos procuraram, de certa forma, superar alguns entraves existentes na legislação adjetiva civil². Aliás, pode-se afirmar que as leis em questão trazem uma profunda reforma na legislação processual, tão importe quanto a realizada entre os anos de 1992 a 1996 que alguns estudiosos do direito chegam a afirmar que se trata da segunda etapa da Reforma Processual Civil. A preocupação maior foi em relação aos males do sistema, os chamados pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional, ligados principalmente à demora na prestação jurisdicional e a brevidade ao acesso à justiça.

Especificamente quanto à Lei 10.444/02, o novo diploma legal alterou o CPC em relação, dentre outros aspectos, à audiência preliminar, à antecipação da tutela e as diretrizes da execução provisória prevista no art. 588 do CPC.

¹ A preocupação quanto ao acesso à justiça não é de hoje e há muito vem preocupando os juristas tanto nacionais quanto estrangeiros. Na doutrina alienígena, pode-se mencionar a obra clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (*Acesso à Justiça*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1988), como leitura obrigatória. Já na doutrina nacional, menciona-se obra anterior de minha autoria intitulada *Acesso à Justiça e Efetividade do Processo*. Curitiba: Juruá, 2001, e a coordenada por Maria Tereza Sadek. *Acesso à Justiça* : São Paulo : Fundação Konrad Adenauer, 2001.

² Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier atestam que “são certamente louváveis, portanto, os esforços da *Comissão de Reforma do Código de Processo Civil*, que, com extrema competência, aguçada sensibilidade e profundo senso democrático, formulou propostas interessantíssimas, sempre voltadas a modernizar os mecanismos de acesso à prestação jurisdicional justa”. In *Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

No presente trabalho enfrentar-se-ão as alterações envolvendo o art. 588 do CPC, observadas dentro de um contexto maior, levando em conta que as recentes alterações processuais objetivaram acelerar a prestação da tutela jurisdicional.

Na verdade, dentro desse correto contexto processual, não se trata de execução provisória, mas de execução definitiva de sentença provisória (título provisório), já que ainda pendente de julgamento de recurso sem efeito suspensivo (*ex vi* art. 588 CPC)³.

O novo sistema procurou incentivar a efetividade da decisão judicial, mesmo restando o julgamento de recurso sem efeito suspensivo, dentro de um juízo de probabilidade e de riscos.

Contudo, como restará comprovado, a análise sistemática permitirá a conclusão de que a alteração poderia ter sido melhor e de certa forma está incompleta, já que permanecem outros dispositivos inalterados.

II- ALTERAÇÃO INCOMPLETA. A NECESSIDADE DE OUTRAS MODIFICAÇÕES NO SISTEMA PROCESSUAL

Antes de se adentrar, especificamente, as alterações advindas da Lei 10.444/02, é necessário enfrentar assunto ligado à falta de complementação da reforma processual.

Com efeito, durante a tramitação dos anteprojetos de reforma do CPC, pretendia-se uma alteração profunda no artigo 520 do CPC, fazendo com que o efeito suspensivo da apelação fosse exceção e não regra, como ocorre nos dias de hoje⁴.

Contudo, a modificação foi tímida e incompleta, considerando que apenas foi introduzido o inciso VII, ao art. 520 do CPC. Logo, permanece no sistema processual a regra do efeito suspensivo da apelação⁵.

³ Luiz Guilherme Marinoni ensina 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”. *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. No mesmo sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que “o termo provisoriedade é, portanto, empregado de forma distinta daquele tradicionalmente utilizado em relação ao processo cautelar: a execução não é provisória por ser instrumental à definitiva. Na realidade, a execução do ato jurisdicional somente é provisória em razão de ser esse ato suscetível de modificação, chama-se provisória em função da possibilidade de um resultado desfavorável ao atual titular da situação jurídica de vantagem em decorrência da existência de um recurso ou de uma causa em andamento. A provisoriedade refere-se exclusivamente a um atributo do título ou da situação substancial declarada e não propriamente aos resultados conseguidos em virtude de eventual antecipação autorizada por lei: a antecipação da eficácia do provimento realiza o escopo satisfativo do direito tal como reconhecido” (*Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 210). Por fim, Ricardo Hoffmann atesta que “o que é provisório é o título em que se funda a execução provisória, uma vez que pode vir a ser modificado em função do recurso intentado” (*Execução provisória*. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 89).

⁴ A Professora Ada Pellegrini Grinover, em seu *A marcha do processo* (Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000, p. 128/129), transcreve uma das versões da proposta de alteração: “Art. 520. Ressalvadas as causas relativas ao estado e capacidade das pessoas e as sujeitas ao duplo grau de jurisdição (art. 475), a apelação terá somente efeito devolutivo, observado o disposto no parágrafo único do art. 558.

Parágrafo único. Sendo relevante a fundamentação e podendo resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, poderá o juiz, em decisão irrecorrível, atribuir à apelação efeito suspensivo”. Havendo perigo de lesão grave e de difícil reparação e sendo relevante a fundamentação, poderá o juiz, a requerimento do apelante, atribuir à apelação, total ou parcialmente, também o efeito suspensivo (em decisão irrecorrível)”.

⁵ 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).

Ora, se a apelação, em regra, possui efeito suspensivo, a efetividade buscada pela reforma da execução provisória apenas poderá ser discutida após a apreciação do recurso pelo tribunal competente, o que, em certos casos, pode demorar alguns anos⁶.

Com isso, pode-se afirmar que, com a alteração dos arts. 588, 520 e 521 do CPC poder-se-ia alcançar a executividade imediata da sentença. Contudo, apenas o primeiro dispositivo foi profundamente alterado, fato que culmina com a conclusão de que a alteração estabelecida para a execução provisória foi incompleta⁷.

Percebe-se, com isso, que 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 italiano⁸, o qual admite a suspensão da eficácia executiva mediante requerimento diretamente ao tribunal.

III- ANÁLISE SOBRE AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES ENVOLVENDO A EXECUÇÃO DE TÍTULO PROVISÓRIO E AS NECESSÁRIAS REFLEXÕES

III- 1- Responsabilidade pelo risco da execução injusta . A teoria do risco e a tentativa de maior efetividade à execução provisória

Como se deixou claro anteriormente, a ‘nova’ execução provisória procura trazer maior efetividade à prestação jurisdicional, inclusive possibilitando a alienação de domínio, considerando o risco e a probabilidade discutida no processo de execução.

Aliás, o sistema de riscos e probabilidades é uma característica da ciência processual⁹, podendo ser observado também na tutela antecipada. Já no que respeita a execução provisória, o exequente poderá utilizar o instituto, quando houver recurso sem efeito suspensivo, mas sob sua conta e risco em caso de reforma da decisão exequenda.

Destarte, se a decisão recorrida e executada provisoriamente for reformada em definitivo, o exequente deve ser responsabilizado quanto aos danos causados. Nesse aspecto, duas indagações podem ser feitas: o bem penhorado, se for alienado judicialmente¹⁰, deverá retornar ao patrimônio do devedor em caso de provimento do recurso pendente? O devedor poderá executar provisoriamente o novo título executivo judicial; ou seja, sendo reformada a decisão exequenda, formando-se título em favor do executado, poderá este executá-lo provisoriamente?

⁶ Ricardo Hoffman afirma que “a regra do duplo efeito do recurso de apelação constitui evidente entrave para que as sentenças condenatórias possam desde logo surtir os efeitos esperados, mediante a utilização da execução provisória” (Op. Cit. p. 161).

⁷ Joel Dias Figueira Júnior chega a afirmar que: “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)

⁸ Essa é a redação do art. 282 do Código italiano: “La sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti”.

⁹ Cândido 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” *A reforma da reforma*. p. 255.

¹⁰ O novo sistema da execução provisória permite a alienação de domínio mediante caução, o que será ratificado posteriormente.

A primeira indagação, será enfrentada posteriormente, considerando que enfrenta um dos pontos mais polêmicos da alteração processual.

Já no que respeita à possibilidade de execução provisória em favor do executado em caso de reforma da decisão exequenda posiciono-me em sentido contrário. Melhor explicando: o novo texto legal consagra a responsabilidade do exequente pelos prejuízos causados (art. 588, I); contudo, caso a execução seja considerada injusta, penso que a responsabilidade por esses danos apenas poderá ocorrer com a reversão definitiva, e não provisória, daí porque a reforma da decisão exequenda deve se dar de forma definitiva.

Aliás, atento a essa questão, Sérgio Shimura, salienta que “cabe observar que a *reforma da sentença* deve se dar de modo definitivo e imutável. Ilustrativamente, a reforma da sentença pelo Tribunal estadual local não gera, automática e imediatamente, direito ao executado à indenização, se a lide ainda está pendente de julgamento pelos Tribunais superiores (ex.: recurso especial ou extraordinário)”¹¹.

Destarte, o sistema de riscos e probabilidades estabelece a prerrogativa ao exequente de iniciar os atos executórios antes do trânsito em julgado da sentença. Por outro lado, estará sujeito à reparação dos prejuízos em caso de reforma definitiva da decisão exequenda, deixando claro o CPC que a liquidação dos prejuízos se dará nos mesmos autos processuais (art. 588, IV – apesar de mencionar ‘processo’ o mais correto é falar-se em autos processuais).

Aliás, a responsabilidade pelos danos não é apenas em execução provisória de sentença, mas também é previsto no sistema de efetivação da tutela antecipada, ex vi. art, 273, §3º, do CPC¹².

Não se deve olvidar que a responsabilidade estabelecida pelo art. 588 do CPC é a objetiva, bastando a comprovação do dano e do nexa causal¹³. Tal responsabilidade também se afigura nos casos de efetivação da tutela antecipada, devendo aquele que se beneficiou pela medida posteriormente reformada na decisão final reparar os danos causados a parte adversa¹⁴.

¹¹ Op. Cit. P. 325.

¹² Por essa razão, importante observar que poderia ter sido mais clara a alteração do *caput* do art. 588 e mesmo da falta de alteração do art. 587, considerando que menciona apenas ‘execução provisória de sentença’. Contudo, como restará demonstrado posteriormente, também existirá execução provisória de acórdão ou mesmo efetivação da tutela antecipada, observando-se as regras da execução provisória, se for o caso. Aliás, Araken de Assis critica o art. 587 do CPC, com a seguinte lição: “Ao aludir à ‘sentença, o art. 587 do CPC comete a dupla impropriedade já acenada: decisões interlocutórias comportam execução, porque criam título judicial, inclusive a provisória, pois o agravo porventura interposto ‘não obsta o andamento do processo’ (art. 497, 2ª parte), exceto nos casos do art. 558 ou se outro remédio (mandado de segurança e/ou medida cautelar) paralisar a eficácia do ato; e acórdãos, que substituem o provimento na parte impugnada (art. 512), igualmente, amparam execuções provisórias” (*Manual do processo de execução*. 5ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 285). Já Juvêncio Vasconcelos Viana, no que respeita a efetivação da tutela antecipada envolvendo soma em dinheiro: “Porém, é certo que, no caso de antecipação do pagamento de soma em dinheiro, não há como deixar de fazer a aplicação das regras do processo de execução, especialmente se o réu recusar cumprimento voluntário ao mandado de pagamento. A efetivação, nesse caso, contra o particular, deverá observar os arts. 646 e seguintes do CPC, é certo, com algumas adaptações. Não há que se cogitar, por exemplo, de citação para tal fim. Tal conjunto de regras será mero ‘parâmetro de efetivação’ da antecipação de tutela para pagamento de quantia certa” (*Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 119).

¹³ Também Moacyr Amaral Santos afirma que “a responsabilidade do credor é objetiva, não *aquiliana*, o que vale dizer que independe de culpa ou dolo, donde, a nosso ver, a apuração dos danos, como regra, pode ser feita em liquidação, por arbitramento ou por artigos” (*Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 3 18ª edição, São Paulo : Saraiva, 1999, p. 230).

¹⁴ Quanto a responsabilidade objetiva nos casos de tutelas de urgência, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “Porque concedidas com base em cognição superficial e incompleta, as antecipações de tutela trazem consigo uma potencialidade danosa, tanto quanto as cautelares ou, muitas vezes, até mais. Se depois, ao cabo da instrução exauriente e completa, o juiz decidir a causa contra o sujeito que se beneficiou da antecipação, isso significará que a aparência de razão do autor (*fumus boni juris*) não passava de ilusão e que só conduziria à antecipação porque havia urgência (*periculum in mora*). Nessa situação, se a efetivação da medida urgente houver causado dano, é natural que por ele responda aquele que requerera tal medida e dela se beneficiara. Na disciplina da tutela antecipada o Código de Processo Civil invoca a esse propósito as *regras inerentes à execução provisória*, especialmente a da responsabilidade por danos causados ao executado (art. 273, §3º c/c art. 588, inc, I, red. Lei n. 10.444, de 7.5.02)” (*Nova era do processo civil*. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 87).

Sobre a responsabilidade objetiva prevista na execução provisória, Joel Dias Figueira Júnior afirma que: “destarte, corre por conta e risco do credor a execução provisória, obrigando-se, por decorrência de lei, a reparar os prejuízos que o executado, eventualmente, venha a sofrer (responsabilidade objetiva), razão pela qual não se questiona, nesses casos, se o exequente laborou com dolo ou culpa, bastando ao executado vencedor do recurso de apelação, provar os danos sofridos (emergentes ou lucros cessantes) e o nexo de causalidade entre a efetivação do julgado e as conseqüências do ato executacional (art. 588, I)”¹⁵.

Percebe-se que há uma inversão das posições processuais e de títulos executivos. A execução provisória considerada injusta pelo provimento do recurso pendente ocasionará, se for o caso, o resgate da caução, além da possibilidade de indenização pelos prejuízos causados, passando o primeiro exequente (cujo título foi fulminado pelo provimento do recurso) a ser executado pelos danos causados ao antigo executado, que passará a ser o novo exequente.

Resta claro, portanto, que antes de iniciar a execução provisória, deverá o autor verificar a probabilidade de sucesso do recurso pendente, considerando que além do resgate da caução prestada¹⁶, poderá ficar sujeito à responsabilização pelos prejuízos causados ao réu, incluindo eventuais danos morais¹⁷.

III.2- Caução idônea e questões importantes

A nova redação do art. 588, II estabelece que: “*o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução*”.

Apesar da alteração tentar agilizar a sistemática da execução provisória, muitas dúvidas e discussões práticas merecem ser destacadas.

Com efeito, a execução provisória, no regime anterior à Lei 10.444/02 suportava muitas críticas principalmente ligadas à limitação dos atos executórios, já que não permitia atos de alienação de domínio¹⁸. Contudo, a sistemática atual permite que essa modalidade de execução chegue ao seu final, em que pese a provisoriedade do título executivo¹⁹, com a satisfação do credor, dependendo de caução idônea, sendo esta dispensada apenas nas hipóteses do §2º do mesmo diploma legal²⁰.

¹⁵ *Comentários à Novíssima Reforma do CPC : Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 210.

¹⁶ Assunto que será ratificado no próximo item.

¹⁷ Paulo Furtado, interpretando o projeto que culminou nas alterações ora analisadas, aduziu que “restituindo as coisas no estado anterior” significa recompor uma situação existente antes da execução provisória, de tal forma que todos os prejuízos, ou danos, até mesmo o moral, sejam reparados, via indenização, ao devedor.. É indiscutível a dificuldade de reparação do dano moral, mas o perito há de encontrar sempre elementos objetivos que possibilitem ou viabilizem sua apuração” (*Anotações à proposta de alteração da execução provisória. In A Segunda etapa da reforma processual civil* (Coord. Por Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr). São Paulo : Malheiros, 2001, p. 43.

¹⁸ Como bem observa Ricardo Hoffman, “pela letra da lei, na execução por quantia certa não se podia atingir a fase de arrematação, mesmo que tivesse sido prestada caução, situação esta que vinha tornando a execução provisória uma medida praticamente inútil ao credor”. Op.cit. p. 116.

¹⁹ Como mencionado anteriormente, trata-se 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 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).

²⁰ 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

Assim, percebe-se que “as principais alterações residem: a) na possibilidade de alienação dos bens penhorados, em praça ou leilão, ainda que pendente de desate o recurso contra a sentença provisoriamente executada; b) na legitimidade da dispensa de caução, quando o crédito for de natureza alimentar e o exequente se encontrar em estado de necessidade”²¹.

De início, merece aplausos a alteração processual já que encerrou a limitação dos atos executórios na execução provisória, considerando que permite atos de alienação de domínio mediante caução idônea.

A caução funciona como verdadeira cautela, considerando o risco de provimento do recurso pendente, podendo resgatá-la o devedor caso seja considerada injusta a execução. Como se deixou claro anteriormente, além da caução, poderá o devedor discutir o direito à indenização pelos prejuízos causados, liquidando-os nos mesmos autos processuais²².

Sobre o assunto, Paulo Henrique dos Santos Lucon aduz que “a caução constitui um legítimo instrumento de contrapeso, que tem o escopo de assegurar a responsabilidade patrimonial o causador do dano, daí ser destinada a funcionar como cautela contra o perigo derivante da execução provisória de um provimento judicial”²³.

Por outro lado, indaga-se: a caução é óbice para o início da execução provisória? O que é caução idônea²⁴? Quem deve requerer a sua prestação?

Diante da nova sistemática processual, a execução provisória pode ser iniciada sem o oferecimento da caução, sendo esta obstáculo, se for o caso, para a alienação de domínio e levantamento de dinheiro²⁵.

Por outro lado, a caução idônea (livre e desembaraçada) poderá gerar discussões importantes na prática processual.

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). Semanticamente, a execução provisória do sistema italiano indica simplesmente que o juiz da apelação pode suspendê-la, vindo a sentença a perder sua eficácia”. Op. Cit. p. 132.

²¹ FURTADO, Paulo. Op. Cit. p. 45.

²² Em sede jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. A prestação de caução na execução provisória, exigida pelo art. 588, I, do Código de Processo Civil, tem como escopo evitar o chamado risco processual, sobretudo quando os procedimentos executivos envolvem a entrega de bens ou dinheiro ao credor. Se a execução não definitiva não implica risco, é prescindível a garantia. Outrossim, podem os procedimentos seguir sem ela, até o momento do levantamento do dinheiro ou bens. Matéria já explicitada quando do julgamento do apelo excepcional. Inocorrência de qualquer omissão. Embargos rejeitados, por unanimidade” (ED no RESP 20.054-8/SP -92.0006140-0-1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Julgado em 05.10.92. DJU de 07.10.1992).

²³ Op. Cit. p. 414.

²⁴ Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier defendem que: “esse valor (ou a quantia em dinheiro que tenha sido levantada) estará representado pela caução idônea a que se refere o inc. II. Em razão disso deverá o juiz deferir a realização de atos que impliquem a definitividade da execução, que, teoricamente, seria apenas provisória, somente em casos em que a caução seja *efetivamente idônea*, entendendo-se por *idônea* a garantia que permita ao devedor, se a situação for alterada pelo tribunal, reaver o valor efetivo e real do bem que lhe tenha sido expropriado”. Op. Cit. p. 217.

²⁵ Nesse sentido, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Reforma da reforma*. Op. Cit. P. 255. Também Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que: “a caução somente é fundamental quando se evidenciar um prejuízo ao executado no momento em que realizados atos de transferência patrimonial. A regra fundamental é a seguinte: não se exigirá caução quando a execução provisória não provocar dano ao executado”. Op. Cit. P. 416.

Com efeito, a alteração procura incentivar e potencializar a execução provisória. Contudo, o instituto poderá cair por terra caso se discuta a idoneidade da caução prestada pelo exequente.

Não se pode esquecer que o processo executório muitas vezes se caracteriza como uma verdadeira “guerra processual”. Logo, caso o exequente ofereça caução inidônea, tal fato poderá gerar incidente dentro do processo de execução, impedindo ou prejudicando a efetivação dos atos de alienação de domínio.

Destarte, necessário imaginar o seguinte exemplo: credor oferta como caução um bem já penhorado em outra execução ou mesmo um bem de terceiro. O réu poderá impugnar a indicação, já que tal bem será por ele resgatado caso seja considerada injusta a execução movida?

Ora, se a impugnação ocorrer (e por certo ocorrerá em muitas situações práticas ocasionando atraso no encerramento dos atos executórios), será discutida a efetividade da alteração processual, já que não se alcançará a rapidez esperada na execução provisória. Dos males o menor, já que o exequente gerou o incidente que poderá atrasar a satisfação de seu pretense direito.

Por outro lado, a caução deverá ser requerida expressamente pelo executado e prestada pelo exequente²⁶.

Como a caução funciona como meio de segurança jurídica ao executado em caso de modificação da sentença exequenda, indaga-se se a mesma é devida caso o exequente seja a Fazenda Pública. Não se está discutindo a execução fiscal, mas sim execução provisória movida pela Fazenda Pública.

Entendo que não, considerando a solvabilidade da Fazenda Pública.

Com efeito, levando em conta que o objetivo da caução que é ensejar segurança jurídica em favor do executado, a presunção de solvabilidade do ente público afasta a necessidade de prestação de caução²⁷. Ademais, os bens públicos são inalienáveis e impenhoráveis, o que ratifica a desnecessidade de oferecimento de caução²⁸.

Outra situação importante e que poderá ensejar alguma controvérsia processual ocorre quando o bem indicado como caução for penhorado em outro processo. Caso isso ocorra, entendo que a finalidade da caução como garantia assegura o direito de preleção sobre o bem, caso contrário, bastaria o exequente indicar um bem que tem consciência que será penhorado em outro processo

²⁶ Ermani Fidelis dos Santos observa que “a caução não é imposta de ofício. Só será prestada se a outra parte a exigir. Seja qual for, porém a espécie de execução provisória, ela não prosseguirá sem a garantia, desde que exigida”. *Manual de direito processual civil*. Vol 2, 8ª edição. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 91.

²⁷ No mesmo sentido, assim se manifesta Araken de Assis: “O art. 588, I, impõe ao credor caução real ou fidejussória para demandar a execução. Embora prevista tal caução, seja para acautelar eventuais danos (art. 588, I, *in fine*), seja para o levantamento de dinheiro penhorado (art. 588, II), a simples instauração da execução provisória não obriga o credor a prestá-la, assentou a 5ª Turma do STJ. Ela também não se relaciona com a antecedente liquidação, na qual é dispensável. Em realidade, o requisito se aplicará com temperamentos. Por exemplo, se mostrará desnecessária caução em execuções provisórias movidas por pessoas de direito público, cuja solvabilidade, em caso de dano, se presume”. Op. Cit. p. 287. Sobre o assunto, ver também SHIMURA, Sérgio, *et alli*. Op. Cit. p. 334.

²⁸ Já quanto à execução provisória em demandas movida contra a Fazenda Pública, existem as restrições previstas no art. 2º-B da Lei 9.494/97, além do artigo 100, §3º, da CF/88. No que respeita ao incabimento desta modalidade de execução nas demanda movida por servidor público, Cassio Scarpinella Bueno ensina que “a execução provisória, destarte, está *eliminada*, nas hipóteses referidas no art. 2º-B da Lei 9.494/97. Isso quer dizer que nem sequer é possível a execução provisória enquanto pendem de exame perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal recursos especiais ou extraordinários, respectivamente, ou seus agravos derivados” (*O Poder Público em juízo*, 2ª edição. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 181). Ademais, o STJ, interpretando o §3º, do art. 100 da CF/88, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 30/2000, concluiu que não é mais cabível execução provisória em face da Fazenda Pública, tendo em vista expressa necessidade de trânsito em julgado da decisão para a expedição de precatório ou mesmo sua dispensa. Ver Resp. nº 447.406/SP, 2ª Turma. julgado em 20.02.03, DJ de 12.05.03, rel. Min. Eliana Calmon. Ainda antes da EC 30/00, o STJ já tinha precedente contrário à expedição de precatório requisitório em sede de execução provisória (STJ. AGRMC 618 / SP, Agravo Regimental na medida cautelar nº1996/0066833-7, 2ª Turma, j. em 19.11.98, DJ de 28.06.99, rel Min. Peçanha Martins).

contra si movido, para burlar a finalidade da caução. Isso, a meu ver, é um absurdo diante da natureza e finalidade da caução.

No mesmo sentido, observa Sérgio Shimura que “não é impossível que o bem caucionado venha a ser apreendido por terceiro, como, por exemplo, quando o imóvel dado em garantia vem a ser penhorado em execução alheia movida. Neste caso, tendo em vista a finalidade da caução, parecidos que o beneficiário da caução tem direito de prelação sobre o bem. A não ser assim, torna-se fácil a burla à garantia. Para que o bem caucionado não garantisse os prejuízos causados pela constrição injusta, bastaria ao caucionante simular uma dívida e o terceiro credor o executar. Cairia no vazio a finalidade da caução”²⁹.

De qualquer forma, o incidente envolvendo a penhora do objeto caucionado em outro processo de execução poderá ensejar maior demora na efetivação da execução provisória (*no caso, a demora ocorreu por óbice provocado pelo próprio exequente, assim como na hipótese de caução inidônea*).

III.3-Alimentos até 60 salários mínimos (588 §2º) e dispensa de caução

Esta é a redação do parágrafo 2º do art. 588, após a alteração ocorrida pela lei 10.444/02: “§2º. A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade”.

No meu ponto de vista, a presente alteração é a que mais poderá ensejar dúvidas controversias práticas.

Com efeito, dúvidas existem em vários itens do novo dispositivo, a saber: a) A dispensa da caução é faculdade ou discricionariedade do julgador? B) O que é crédito de natureza alimentar? b) Se é alimentar, por quê a existência de limite quantitativo para a dispensa de caução? c) Quem tem o ônus de comprovar o estado de necessidade?

Cada um dos requisitos merece comentários específicos, para ao final se concluir quanto à efetividade/ constitucionalidade / aplicabilidade no novo dispositivo legal.

a) Faculdade ou Obrigatoriedade na dispensa da caução?

O CPC elenca, em várias passagens, a expressão “pode” como atributo ligado à discricionariedade e em outros momentos ligado ao poder-dever; ou seja, a obrigatoriedade de uma conduta.

No §2º do art. 588 vê-se novamente a expressão “pode”. Contudo, importante discutir se no aspecto ora discutido há uma faculdade do julgador em dispensar a caução ou verdadeiro poder-dever.

Não se deve esquecer, por oportuno, que no parágrafo em questão tem-se a necessidade de verificação dos requisitos cumulados. Assim, estando todos presentes, penso que o sistema não permite qualquer juízo de discricionariedade na dispensa da caução³⁰.

²⁹ Op. Cit.p. 328.

³⁰ Apenas à título de ilustração, a mesma discussão quanto à discricionariedade ou obrigatoriedade, estando previstos os requisitos, ocorre na interpretação do art. 273 do CPC. Realmente, o *caput* do dispositivo expressa “poderá”, mas a interpretação mais adequada à sistemática da tutela antecipada envolve um “deverá” (verdadeiro poder-dever), desde que estejam presentes os requisitos para a antecipação de tutela. Sobre o assunto, José Carlos Baptista Puoli, observa que: “a contrário do que sugere a utilização do verbo *poderá* no *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil, a decisão a respeito da concessão da tutela antecipada nada tem de discricionária, pois, como visto quando se tratou de forma genérica da questão dos conceitos indeterminados, o ato de preenchimento dos conceitos de prova inequívoca, verossimilhança, etc., não corresponde a ato integralmente livre do juiz, o qual deverá, à luz das circunstâncias do caso concreto, e dos elementos extraídos da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais dizer o direito no caso concreto (lembrando-se de que o direito não admite a indicação de duas soluções para o caso concreto, entre as quais o juiz poderia livremente escolher uma” (*Os*

Ora, a hipótese em questão envolve discussão quanto à sobrevivência do exequente e manutenção de sua família, razão pela qual entendo que, estando presentes os requisitos, a alteração de forma alguma permite discricionariedade na dispensa da caução, constituindo-se verdadeiro poder-dever.

No mesmo sentido escreve Cleanto Guimarães Siqueira que “a condicionante ‘pode’ está em desarmonia com o restante da norma, e não resulta, como poderia parecer, em norma criadora de uma faculdade ao julgador: ao juiz, diante dos três elementos (natureza e valor do crédito, mais o estado de necessidade do exequente) não é dado negar a dispensa. (A inclusão da conjunção alternativa ‘ou’ daria ao dispositivo uma maior abrangência e alcance porquanto estaria criando duas situações em alternância)”³¹.

Portanto, o novo dispositivo legal de forma alguma permite juízo discricionário do julgador. Estando presentes todos os requisitos do art. 588, §2º, deverá ser dispensada a caução, de forma a efetivar a satisfação do direito do exequente de dívida alimentar, ligada à sobrevivência e à manutenção do demandante.

b) Conceito de dívida alimentar

Nesse momento, cumpre apresentar os ‘apontamentos e dúvidas’ envolvendo a expressão “crédito de natureza alimentar”, visando discutir se se refere apenas às dívidas decorrentes do direito de família ou as outras hipóteses de dívidas alimentares (v.g. as decorrentes de ato ilícito, como pensão decorrente de atropelamento ou outro ato ilícito praticado pelo réu).

A meu ver, o disposto na nova alteração não se refere apenas ao direito de família, o qual inclusive possui forma de execução específica no CPC, mas qualquer crédito ligado à sobrevivência do credor³². No mesmo sentido, entende Alan Helber de Oliveira que “é de natureza alimentar o crédito destinado à manutenção do indivíduo e de sua família, necessário para prover necessidades físicas, morais e jurídicas. Nesse rol, dentre outros, devem ser compreendidos: salários de empregados celetistas, vencimentos de servidores públicos, remuneração de profissionais liberais, proventos de aposentados e pensionistas, retiradas *pro labore* de sociedades”³³.

Sem dúvida, o grande problema é conciliar o art. 588, §2º do CPC, com o disposto na execução de prestação alimentícia, prevista nos arts. 732 e seguintes da legislação processual.

Com efeito, tratando-se de execução de alimentos, o CPC pátrio não condicionou qualquer caução para fixação e levantamento de valores. Assim, importante indagar: qual sistemática prevalece, a execução sem caução dos arts. 732 ou a limitação da dispensa de caução apenas se a execução tiver valor limitado à 60 salários mínimos?

poderes do juiz e as reformas do processo civil. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2002, p. 155). No mesmo sentido, há precedente jurisprudencial afirmando que se trata de poder-dever (TRF 5ª Região. Agravo de Instrumento 12383. Processo 9705262675-CE. 2ª Turma. Data da decisão 24/03/1998. Dj de 05/06/1998, pág. 522. Relator Juiz Petrúci Ferreira).

³¹ Op. Cit. P. 273.

³² Cândido Dinamarco manifesta-se sobre o assunto, escrevendo que “O novo parágrafo do art. 588 é mais uma providência do legislador com vista a agilizar a efetivação dos direitos por via jurisdicional, agora levando em conta possíveis necessidades que se relacionam muito de perto com os *direitos da personalidade* do credor; os requisitos para dispensar a caução, postos pelo novo §2º, mostram que essa dispensa só deve atuar em casos nos quais se trate de propiciar ao credor, com rapidez, um mínimo patrimonial indispensável à vida decente”. *A reforma da reforma*. Op. cit. P. 258. Já Joel Dias Figueira Júnior aduz que “a expressão ‘crédito de natureza alimentar’ está empregada aqui em sentido amplo, portanto, não restrita às demandas de alimentos”. Op. Cit. P. 213 (nota 6).

³³ Op. Cit. P. 242, inclusive citando Humberto Theodoro Jr.

As preocupações quanto à fixação do limite de 60 salários mínimos serão levantadas nos itens posteriores, mas no presente momento já se pode concluir que a alteração representa uma contradição em relação ao sistema anterior. Mais ainda, se o exequente está em estado de necessidade e se trata de quantia ligada à sobrevivência, não vejo razões para fixar caução, até porque, no dia-a-dia forense, dificilmente o detentor de crédito alimentar possui patrimônio suficiente a indicar como caução. Por fim, se os alimentos são irrepitíveis³⁴, por quê se fixar caução?

Portanto, uma conclusão preliminar é a de que o disposto no §2º do art. 588 está em dissonância com a sistemática da execução de crédito alimentar, razão pela qual teria sido melhor manter as premissas previstas nos anteprojetos anteriores à Lei 10.444/02: liberação sem caução nos casos de crédito alimentar³⁵.

C) limitação até 60 salários mínimos e suas contradições

Não se deve olvidar que o §2º do art. 588 trata de crédito ligado à manutenção, sustento e sobrevivência do credor. Logo, será que é realmente cabível a fixação do limite de 60 salários mínimos para a dispensa da caução?

Vários problemas devem ser enfrentados, para se concluir quanto a ineficácia do novo dispositivo. O primeiro deles é quanto à viabilidade da fixação de 60 salários³⁶.

Com efeito, entendo que a fixação de limite de 60 salários mínimos é, antes de mais nada, inconstitucional, considerando que viola o princípio da isonomia. Destarte, deve o sistema processual tratar os credores alimentares de forma isonômica, dispensando a caução para os atos ligados à execução provisória.

Ademais, os alimentos são irrepitíveis e normalmente quem os requer é hipossuficiente, razão pela não vejo motivos para se fixar limitação quantitativa para a dispensa de caução.

Sobre o assunto, Joel Dias Figueira Júnior defende que “o limite valorativo imposto pelo legislador para a dispensa de caução é inadmissível, porquanto inconstitucional, pois viola o princípio da igualdade e do devido processo legal, tendo-se como certo que, se assim não for, os menos afortunados ficarão excluídos desse benefício em razão de impossibilidade de prestação de garantia real ou fidejussória à consecução de sua satisfação, nada obstante o caráter alimentar da prestação articulada”³⁷.

Ora, se a caução visa assegurar o eventual ressarcimento do dano que a execução provisória possa vir a causar ao réu, deve ser aplicado princípio da proporcionalidade e dispensá-la nos casos envolvendo crédito alimentar, independente da tutela estar ou não limitada a 60 salários mínimos³⁸.

³⁴ No Superior Tribunal de Justiça existem vários precedentes sobre o assunto, como o Resp. 25.730-SP – 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter. Julgado em 15.12.1992. DJU de 01.03.1993 e Resp. 132.309 – 4ª Turma, rel. originário Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. para acórdão Min. César Asfor Rocha, julgado em 28.11.2000, DJU de 04.06.2001.

³⁵ Sérgio Shimura observa que “o novo §2º do art. 588 conflita com o disposto no parágrafo único do art. 732. Quando a execução for de alimentos, permite-se a penhora em dinheiro ou mesmo o desconto em folha de pagamento. Ainda que o devedor oponha embargos, não há suspensão da execução, portanto, permite-se ao credor o levantamento mensal da importância devida, *independentemente de caução* (arts. 732 e 734)” Op. Cit. p. 329.

³⁶ Apenas à título de ilustração, nos esboços do Anteprojeto que culminou com o Projeto de Lei nº 3.476/00, não existia qualquer limitação quantitativa, estando prevista a dispensa da caução apenas com a comprovação da natureza alimentar do crédito. Contudo, a alteração do §2º do art. 588 trouxe a limitação quantitativa, o que ocasiona várias indagações práticas quanto à viabilidade da fixação.

³⁷ Op. Cit. P. 213/214.

³⁸ Aliás, o princípio da proporcionalidade também é analisado nas hipóteses de tutela antecipada, especialmente quando o assunto está ligado ao perigo de irreversibilidade (art. 273, §2º). *In casu*, deve ser verificado se há irreversibilidade também para o autor, o que estava

Outro aspecto que merece reflexão quanto ao parágrafo em questão é a indagação se 60 salários mínimos devem ser observados em cada prestação ou pelo valor total; e mais, se ao magistrado é permitido dispensá-la até o limite em questão, deixando o montante excedente para execução definitiva.

Visando melhor enfrentar a questão, é necessário citar um exemplo. “A” move demanda executória, com base em título provisório (execução provisória) em face de “B”. O objeto da prestação jurisdicional refere-se a execução de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito no valor de 20 salários mínimos por mês, valor este necessário à sobrevivência do exequente e de sua família. Com base nesse problema, indaga-se: comprovando o estado de necessidade, está autorizada a dispensa da caução atingindo todos os meses da execução continuada? A caução deverá ser dispensada apenas até o terceiro mês (já que alcançará os 60 salários mínimos)?

Em sede doutrinária, existe certa divergência quanto a interpretação da questão. Sérgio Shimura observa que: “se o valor for até 60 salários mínimos (na somatória total), o juiz pode dispensar a caução, dando a entender que, acima desse limite, é possível a sua exigência. Em outras palavras, se o valor (total) a ser executado ultrapassar 60 salários mínimos, exige-se a caução pelo total, e não apenas pelo excedente”³⁹.

Ao final, conclui o citado professor paulista que “em nosso ver, seria preferível deixar como estava. Tratando-se de débito alimentar, portanto, relacionado com a própria sobrevivência do credor, não tem sentido condicionar o exercício desse direito à prestação de garantia”⁴⁰.

Já Cândido Dinamarco expõe, apresentado os pressupostos para a aplicação do parágrafo segundo do art. 588, que: “é mais do que razoável o entendimento de que, o crédito sendo maior, o credor poderá promover a execução provisória até àquele limite, aguardando o trânsito em julgado da sentença ou acórdão para então executar pelo excesso”⁴¹.

Ainda sobre o assunto, Alan Helber de Oliveira aduz que “não seria bizarro defender a aplicação da regra de modo a autorizar em caso de cifras superiores ao limite legal, a liberação imediata de sessenta salários mínimos, independente de garantia, e o aguardo da execução definitiva para liberação do valor remanescente”⁴².

Contudo, com base no exemplo citado, o que me preocupa é a interpretação do dispositivo de forma sistemática e principiológica.

Com efeito, a análise do §2º deve ser feita em consonância com o princípio da proporcionalidade. Logo, a limitação quantitativa para a dispensa de caução deve ser repensada se, no caso concreto, estivermos diante destas situações cumuladas: *a) estado de necessidade; b) impossibilidade de prestação de caução; c) execução de crédito alimentar superior à sessenta salários mínimos; d) impossibilidade de redução da execução para sessenta salários mínimos para adaptá-la à alteração processual, sob pena de comprometimento da sobrevivência do exequente.*

previsto nos anteprojetos da reforma do CPC. Contudo, a redação do art. 273, §2º permaneceu inalterada. De toda sorte, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que: “a exigência da irreversibilidade inserta no §2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipada não cumprir a excelsa missão a que se destina” (Resp. 144.656 – ES, Rel. Min. Adhemar Maciel. Julgado em 06/10/97).

³⁹ Op. cit. p. 329.

⁴⁰ *Idem. Ibidem.p.* . 329.

⁴¹ *A Reforma da Reforma.* Op. Cit. P. 259.

⁴² Op. Cit. P. 243.

Particularmente, ratifico as críticas anteriormente apontadas em relação à alteração processual. Ora, se o exequente está em estado de absoluta necessidade e não houver condições de limitar a execução à sessenta salários mínimos, sob pena de comprometer sua sobrevivência e mesmo o sustento de sua família, não me parece absurdo aplicar o princípio da proporcionalidade e dispensar a caução, mesmo estando diante de quantia superior ao limite estabelecido no parágrafo ora analisado⁴³.

Portanto, conclui-se que tudo depende do caso concreto. Se a dívida ultrapassar o limite legal, mas estivermos diante de claro estado de necessidade, somado à impossibilidade de prestação de caução, sob pena de risco do exequente, e mesmo de impossibilidade de redução ao patamar estabelecido no §2º, do art. 588, entendo que a mesma deve ser dispensada, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Nesse momento, cumpre enfrentar mais uma indagação precedente: são 60 salários no total da execução, ou em cada uma das parcelas?

Apesar da existência de posicionamento doutrinário em sentido contrário, defendo que deve ser verificada a limitação em cada parcela, caso contrário poderá cair por terra toda a sistemática do crédito alimentar.

Com efeito, no exemplo citado anteriormente, ficaria sem sentido liberar a caução apenas as prestações até o montante de sessenta salários mínimos, o que iria alcançar apenas três meses, razão pela qual devem ser verificados os pressupostos do §2º em cada prestação.

Sobre a questão, observa Alan Helber de Oliveira que o art. 588 do CPC “aproveita a expressão e a utiliza para criar comando de conteúdo claramente humanitário. Sua aplicação deverá ser observada tanto em execução de prestação única, quanto em execução de parcelas sucessivas no tempo. Para as parcelas sucessivas no tempo, o limite de sessenta salários mínimos deverá ser observado no pagamento de cada parcela e não pela soma da totalidade delas”⁴⁴.

Evidente que, se o crédito alimentar for de pagamento único, deve ser verificado o limite de sessenta salários mínimos, observadas as críticas quanto ao princípio da proporcionalidade citadas anteriormente. Por outro lado, se o caso concreto ventilar pagamentos sucessivos (ex. pensão decorrente de ato ilícito), os requisitos do §2º, inclusive a limitação de sessenta salários mínimos, devem ser observados em cada prestação, sob pena de se incorrer em situações envolvendo pagamento de duas, três (como no exemplo anterior) ou quatro parcelas, ficando o credor sem possibilidade de sustento nos meses subseqüentes.

d) estado de necessidade

Outro problema que poderá significar demora na prestação jurisdicional é a comprovação do estado de necessidade.

De acordo com a alteração processual, a dispensa da caução não é automática, devendo ser comprovado o estado de necessidade do exequente.

⁴³ Em sentido contrário, entende Cleanto Guimarães Siqueira que: Assim, por hipótese, se o crédito de natureza alimentar cobrado *in executis* for superior ao limite legal, não poderá acontecer a dispensa, mesmo que o exequente venha a se apresentar “em estado de necessidade”. Op. cit. p. 273.

⁴⁴ Op. Cit. P. 243.

Contudo, indaga-se: Como se comprova o estado de necessidade? Este conceito é discricionário do julgador? Poderá o executado impugnar a argüição de estado de necessidade, requerendo, com isso, seja determinada a prestação de caução?

Evidentemente que o estado de necessidade tem que ser comprovado pelo exeqüente, visando requerer, com isso, a dispensa da caução⁴⁵. Contudo, o executado poderá impugnar a alegação de estado de necessidade, gerando incidente processual a ser decidido pelo juiz, o que irá dificultar a brevidade na satisfação do direito do exeqüente.

Paulo Furtado observa que “se, por outro lado, a preocupação gira em torno da agilização e da eficácia da atividade executiva, por outro, abre-se a perspectiva de ensejar que no processo de execução, visceralmente próprio para a materialização do julgado, se instaure outro e verdadeiro processo de conhecimento. Por exemplo, quando o exeqüente entenda que a prática do ato não resultará em ‘grave dano ao executado’. Ou quando o executado afirme que o exeqüente ‘não se encontra em estado de necessidade’, de modo a dispensar a caução. É evidente que, instaurado o incidente, dentro do processo de execução, haverá uma decisão judicial. E dessa decisão caberá recurso. Enfim, não estou convencido de que a proposição realmente atenda as reclamos da celeridade e da economia processuais”⁴⁶.

Ademais, não há um critério objetivo para a comprovação do estado de necessidade, devendo ser convencido o julgador que a tutela pretendida visa a sobrevivência do credor e que o mesmo se encontra em situação de necessidade. Por outro lado, não há como impedir que o executado impugne a argüição, inclusive por força do princípio do contraditório.

Evidente que, como bem expôs Paulo Furtado, o incidente quanto a existência ou não do estado de necessidade gerará decisão judicial passível de recurso, pelo que, nos casos concretos, a discussão poderá dificultar a brevidade da prestação jurisdicional pretendida através da execução provisória.

III.4- A exigência de caução na efetivação da tutela antecipada

No que respeita à tutela antecipada, a Lei 10.444/02 alterou o art. 273, §3º, passando a ter a seguinte redação: “*A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º e 461 A*”.

Antes da reforma, o §3º trazia a expressão “execução” da tutela antecipada. Assim, visando encerrar qualquer discussão quanto à forma de cumprimento da tutela antecipada – em regra nos próprios autos do processo de conhecimento, não se confundindo com a ação de execução autônoma — o legislador reformista utilizou corretamente a expressão “efetivação da tutela antecipada”, mediante simples mandado de cumprimento. Há, portanto, atos executórios (ou de efetivação), sem processo de execução autônomo⁴⁷.

⁴⁵ O Superior Tribunal de Justiça já possui precedentes envolvendo o estado de necessidade. Nesse sentido, ver Resp. 213.564-RS, rel. Gilson Dipp. Julgado em 09.05.2000, DJU de 05.06.2000).

⁴⁶ Op. Cit. P. 46.

⁴⁷ José Gabriel Garcia Medina afirma que “coexistem, assim, no direito processual civil, no que respeita á necessidade de título executivo para a realização da tutela jurisdicional executiva, dois princípios: o princípio da *nulla executio sine titulo* e o princípio da execução sem título permitida” (Op. Cit. .p. 93). No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque ensina que “na tutela condenatória, a própria satisfação do direito é antecipada, ainda que parcialmente, com o início dos atos materiais de execução, mesmo sem que haja condenação prévia e, portanto, sem o título executivo” (*Considerações sobre a Antecipação da Tutela Jurisdicional* In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim –coord- *Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 230). Já Ricardo Rodrigues Gama aduz que “em princípio, ainda que tratando somente da tutela condenatória, é bom afastar a utilização do processo de execução para satisfazer o que se determinou em caráter de tutela antecipada, isso porque, a efetividade e a celeridade do processo, as quais incentivaram a inclusão dessa modalidade de tutela no nosso ordenamento, seriam aniquilados” (*Temas de Direito Processual*. 1ª edição, Campinas/SP : Bookseller. 2002, p. 138).

Apesar de não se tratar de execução propriamente dita, na efetivação da tutela antecipada se serão observadas “*no que couber e conforme sua natureza*”, a sistemática da execução provisória⁴⁸. Portanto, poderá o juiz, ao conceder ou apreciar o pedido de tutela antecipada, determinar a prestação de caução⁴⁹.

Percebe-se, analisando as novas disposições processuais, que a alteração do §3º do art. 273 permite a fixação da caução para a concessão da tutela antecipada⁵⁰. Nesse sentido, ensinam Nelson Nery Júnior e Maria Rosa de Andrade Nery que “a execução da medida antecipatória pode ser feita de acordo com o sistema da execução provisória, isto é, do CPC 588. Ocorre que, com a modificação que a L. 10.444/02 empreendeu ao sistema da execução provisória, a tutela antecipada pode, na prática, ser executada até definitivamente, desde que a parte que irá beneficiar-se com a execução da medida preste caução idônea, caso a efetivação da medida implique: a) o levantamento de depósito em dinheiro, b) atos de alienação de domínio ou c) atos dos quais se possa resultar dano à parte contrária (CPC 588 II). De qualquer sorte, é possível a execução imediata da tutela antecipada e com força de definitiva. A norma ora comentada reforça nossa opinião no sentido de que a irreversibilidade de que fala o CPC 273 §2º é *de fato* e não de direito. Mantém-se hígido e vigente o CPC 273 §2º, porquanto continua proibida a concessão de tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade de fato e permitida a tutela quando o perigo referir-se à irreversibilidade de direito (que pode resolver-se em perdas e danos)”⁵¹.

Contudo, um problema prático merece ser enfrentado: como ficará o instituto da tutela antecipada alimentar em relação à limitação quantitativa prevista no §2º do art. 588? Vejamos mais um exemplo: “A” requer tutela antecipada de natureza alimentar, em demanda de indenização por danos materiais cumuladas com pedido de pensão movida em face de “B”, em decorrência de ato ilícito (atropelamento e lesão corporal). Visando a sobrevivência do demandante, há a necessidade de concessão de tutela antecipada de quantia em valor superior ao limite previsto no art. 588, §2º, do CPC. Assim, poderá o magistrado conceder a tutela antecipada integral e sem caução, diante do claro estado de necessidade, ou deverá limitar a tutela de urgência à sessenta salários mínimos?

Não se deve olvidar que a alteração prevista no art. 273, §3º menciona a expressão “*no que couber e conforme sua natureza*”, daí porque, a meu ver, poderá o magistrado dispensar a caução diante do bem jurídico e valor confronto⁵², aplicando o princípio da proporcionalidade. Portanto, resta claro que as circunstâncias de cada caso irão influenciar na tomada da decisão⁵³.

⁴⁸ Estas duas expressões indicam que não será automática a aplicação da sistemática da execução provisória nos casos envolvendo antecipação de tutela. Nesse sentido, ver LOPES, João Batista; *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁴⁹ Comentando a importância da caução, José Roberto dos Santos Bedaque defende que “a caução acaba restabelecendo o equilíbrio entre as partes do contraditório, ameaçado com a concessão da tutela cautelar, principalmente nos casos de antecipação dos efeitos do provimento definitivo, o que pode ocorrer até mesmo sem audiência prévia da parte contrária. Essa proteção imediata ao interesse do requerente tem a finalidade de evitar o dano inerente à demora exagerada e insuportável da tutela principal. Não pode, todavia, importar prejuízo irreparável ao requerido, visto que precedida de mero juízo de probabilidade, de verossimilhança”. (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada : Tutelas Sumárias e de Urgência*. 3ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 399).

⁵⁰ Na tutela antecipada também se aplica o princípio da responsabilidade objetiva, prevista no art. 588 do CPC. Por essa razão, deve-se ponderar os bens jurídicos em discussão e, se for o caso, fixar a caução como contracautela ao réu, atendendo o princípio da proporcionalidade.

⁵¹ *Código de processo civil e legislação processual civil em vigor – comentado*, suplemento, 6ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 618 – nota 36 – art. 273 CPC.

⁵² Joel Dias Figueira Júnior menciona que inexistente, portanto, fórmula previamente estabelecida para a aplicação das técnicas de efetivação das providências judiciais concedidas em antecipação de tutela genérica, havendo de ser atendidas as necessidades ditadas pela relação jurídica, apresentada no caso em concreto, submetido à apreciação do Estado-juiz”. Op. cit. p. 60.

⁵³ Teori Albino Zavascki, em obra clássica, ensina que: “Sempre que houver um conflito entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto, para o que levará em especial consideração a relevância dos fundamentos que a cada um deles dá suporte, fazendo prevalecer a posição com maior chance de vir a ser, ao final do processo, consagrada vencedora. Assim, nos casos em que o direito afirmado pelo autor seja de manifesta verossimilhança e que seja igualmente claro o risco de seu dano iminente, não teria sentido algum sacrificá-lo em nome de uma possível, mas improvável, situação de irreversibilidade. Em contrapartida, porém é perfeitamente viável que se imponha ao

Contudo, o problema irá ocorrer se o autor não tiver condições de prestar caução e a tutela antecipada tiver natureza alimentar superior à sessenta salários mínimos. Assim, para o correto entendimento da questão, deve-se ratificar as lições envolvendo a ineficácia da limitação quantitativa prevista no §2º do art. 588.

Destarte, se no caso concreto o credor não tiver condições de prestar caução e se não for suficiente para sua sobrevivência a efetivação da tutela antecipada até sessenta salários mínimos, defendo a possibilidade de concessão da tutela de urgência sem qualquer limitação, aplicando o magistrado o princípio da proporcionalidade, aliado ao fato de que no §3º do art. 273 está prevista claramente a expressão “*no que couber*”, dando, com isso, margem para entendimento em sentido contrário à obrigatoriedade de caução⁵⁴. Caso contrário, restará inviabilizada a tutela antecipada ao demandante em claro estado de necessidade⁵⁵.

Ademais, como restou claro anteriormente, a fixação de limite quantitativa se apresenta ineficaz, inviabilizando a concessão da tutela antecipada, além de estabelecer discutível constitucionalidade⁵⁶.

III. 5- Restituição das partes ao estado anterior e problemas advindos da reforma processual

Como se afirmou no início do presente trabalho, uma das alterações mais relevantes da execução provisória refere-se à mitigação da limitação dos atos executórios.

Com efeito, antes da reforma processual, um dos fatores de descrédito e desprestígio da execução provisória referia-se à limitação da atividade executiva. Com a reforma, passa o inciso terceiro 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 e ocorrendo a reforma da sentença exequenda, deverá retornar ao patrimônio do devedor, resolvendo-se em perdas e danos o direito do terceiro?

Visando responder esta indagação, cumpre abordar algumas lições antecedentes.

Uma das grandes críticas ao anterior sistema da execução provisória girava em torno de sua pouca efetividade, já que estavam limitados os atos executórios e não se permitia alienação de domínio.

autor, beneficiado com a antecipação, a prestação de caução que assegurem ao menos, eventual indenização por danos”. In *Antecipação da Tutela*. 2ª edição. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 88.

⁵⁴ José Roberto Bedaque, ao comentar a exigência de caução nas tutelas de urgência, nos ensina que: “Daí afirmar-se que a caução constitui solução legítima para manter o equilíbrio e a igualdade processual se a parte de quem se exige a garantia tiver condições econômicas de prestá-la. Caso não possua, a imposição desse ônus acaba por constituir óbice intransponível à efetividade do processo. Estabelecer a caução como regra geral para a concessão de cautelar antecipatória significa inviabilizar essa medida para o hipossuficiente. Em consequência, se a cautelar se mostra como tutela realmente necessária à eficácia do provimento final, este também acabará se tornando inútil.” (*Tutela cautelar e tutela antecipada*. Op. Cit. p. 400).

⁵⁵ É fato que a irreversibilidade prevista no §2º do art. 273 deve ser analisada em consonância com a proporcionalidade: irreversibilidade ao réu e também ao autor, em caso de negativa de concessão da tutela antecipada — irreversibilidade recíproca. Caso contrário, o instituto da tutela antecipada poderá se tornar letra morta no sistema. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a exigência da irreversibilidade inserta no §2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina” (Resp. 144.656 – ES, Rel. Min. Adhemar Macial. J. 06/10/1997).

⁵⁶ Sérgio Shimura defende que “entretanto, é preciso considerar algumas situações em que a exigência da caução pode inviabilizar a concessão da tutela antecipada, como aquela em que o autor não possui condições financeiras para tanto ou quando o interesse não tem conteúdo patrimonial. Nestes casos, a caução não se mostra mecanismo adequado para reequilibrar o contraditório e a igualdade entre as partes” (Op. Cit. p. 344).

Como a nova sistemática, a execução provisória permite os atos finais e a satisfação do direito do credor, com a alienação da coisa⁵⁷.

Assim, se a legislação adjetiva permite a alienação da coisa, como fica a situação do terceiro adquirente?

Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier defendem que “ se a lei permite, como efetivamente o faz, que a execução possa ser definitiva, isto é, operando-se a transferência de bens do patrimônio do devedor para o patrimônio de terceiros, que adquiram esses bens em hasta pública, a higidez de tal situação deve ser garantida a esses terceiros pelo próprio sistema, como intangível”⁵⁸.

No mesmo sentido, escreve Willian Santos Ferreira que “ o disposto no inciso comentado toma o cuidado de dizer que as partes devem ser restituídas ao estado anterior e não ‘as coisas’ como na redação anterior, o que, pelo menos nesta primeira interpretação, nos parece indicar que, sendo possível, o retorno das partes seria um retorno no sentido *patrimonial*, mais especificamente, *financeiro* e não do ato de alienação; sob pena de, se entendendo o contrário, o disposto não ter praticamente função”⁵⁹.

De início, concordo com os referidos posicionamentos, sob pena de se colocar em risco a tentativa da reforma de estimular a execução provisória⁶⁰. Caso contrário ninguém ou poucas pessoas iriam se arriscar em arrematar um bem nesta modalidade de execução, correndo o risco de devolvê-lo em caso de sucesso do recurso, resolvendo-se a quantia paga em perdas e danos. Seria verdadeira afirmação da expressão “*dinheiro bom em cima de dinheiro ruim*”, já que o terceiro adquirente de boa-fé iria trocar um valor por uma possível indenização em face do credor que promoveu, inadvertidamente, a execução provisória⁶¹.

Ademais, pela simples leitura da exposição de motivos da alteração do CPC percebe-se o estímulo à maior efetividade para a execução provisória⁶², 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 subseqüentes poderiam ser destituídos em caso de sucesso do recurso pendente, constituindo-se verdadeira arrematação *sub judice*⁶³.

⁵⁷ Por essa razão, melhor chamá-la de execução definitiva envolvendo título provisório, como se demonstrou anteriormente.

⁵⁸ *Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 214/215..

⁵⁹ Op. Cit. P. 261 e 262.

⁶⁰ Em sentido contrário, 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”. Op. Cit. p. 239.

⁶¹ Ricardo Hoffman observa que “se a lei permite a prática de atos que importem alienação de domínio, deve resguardar os direitos daqueles que nela acreditam e se propõem a adquirir bens vinculados a processo, por meio de atos expropriatórios” Op. Cit. p. 136.

⁶² Esta é a exposição de motivos envolvendo o art. 588, de acordo com o Projeto de Lei 3.476/2000: “Será atribuída à execução provisória maior abrangência e eficácia, de molde a permitir que o exeqüente possa realmente, de regra sob caução, receber o bem da vida que o julgamento lhe reconheceu ou atribuiu.

O atual sistema brasileiro de execução provisória revela-se totalmente superado, porque despido de eficácia prática.

Também aqui a proposta ora apresentada ao exame do Poder Legislativo adota parâmetros já consagrados: na Alemanha, a alienação de bens, na execução provisória, é possível após prestada caução (ZPO, par. 720). O mesmo se dá no direito português, que prevê a caução para o pagamento do exeqüente enquanto a sentença estiver pendente de recurso (art. 473). Outrossim, no direito italiano, a execução provisória atua *ope legis* (art. 282), podendo levar à expropriação independentemente de caução (*apud* Ada Pellegrini Grinover)”. In *Reforma Constitucional do Poder Judiciário* / organizado por Petrônio Calmon Filho. São Paulo : Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2001, p. 34..

⁶³ Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier concluem que: “essa é, portanto, a grande e expressiva novidade do novo sistema da execução provisória. Possibilita-se, pelo inc II, a efetiva execução, em seu sentido próprio, isto é, a transferência de dinheiro

Contudo, necessário observar que, se de um lado protege-se o terceiro arrematante, inclusive com os atos de transcrição de domínio estimulados pelo Poder Judiciário, de outro não se pode esquecer que o terceiro deve ter ciência do ônus que incide sobre o bem.

Destarte, o art. 686, V, do CPC, deixa claro que no edital constará a existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre o bem a ser arrematado. Ora, se o terceiro tinha ciência, inclusive com a publicação do Edital, que se tratava de execução provisória, por quê o sistema de restituição não lhe atinge?

A indagação me causa preocupação⁶⁴, principalmente no momento em que se discute a maior brevidade da execução provisória. De qualquer forma, como a redação alterada deixou claro que o retorno ao *status quo* é “das partes” e não “das coisas”, mantenho o posicionamento de que o sistema de retorno não atinge o terceiro de boa-fé que arrematou o bem, sob pena de se colocar em risco e praticamente esvaziar toda a efetividade procurada pela “nova” execução provisória⁶⁵.

Resta concluir que ao executado injustamente, tendo ocorrido arrematação de um patrimônio anterior à reforma do título provisório, é possível o resgate da caução, além da discussão dos danos causados pela execução injusta, em face exclusivamente do credor que a promoveu, de forma afoita e precipitada.

IV- EXECUÇÃO PROVISÓRIA OU DEFINITIVA DE PARTES DA DECISÃO — A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DOS CAPÍTULOS DA SENTENÇA

Como última reflexão do presente trabalho, importante enfrentar a interpretação da ‘nova’ execução provisória, em consonância com o instituto da coisa julgada.

Com efeito, o sistema processual permite que uma mesma decisão possa ensejar execução provisória e definitiva.

Explico.

Imagine uma hipótese de cumulação simples de demandas, todas julgadas procedentes. Caso haja recurso parcial, a execução dos pedidos não cumulados será provisória ou definitiva?

Antes de mais nada, mister aduzir que a sentença não é um ato jurídico simples, mas complexo, onde várias demandas poderão ser enfrentadas na mesma decisão. Ora, se o sucumbente impugna apenas partes da sentença, vislumbra-se a aplicação do *tantum devolutum quantum appellatum*.

depositado ou a alienação de bens pertencentes ao patrimônio do devedor ‘provisório’ para o patrimônio do credor ‘provisório’”. Op. Cit., p. 220.

⁶⁴ A situação ainda é mais complexa se for observado que o o acórdão que reforma a sentença exequenda o substitui, *ex vi* art. 512 do CPC. Logo, é como se a mesma não tivesse existido, assim como os atos posteriores, inclusive a arrematação judicial. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que: “**Substituição**. Somente haverá substituição se o recurso for conhecido. O julgamento do mérito do recurso substitui a decisão recorrida. Verifica-se a substituição quando: a) em qualquer hipótese (*error in judicando* ou *error in procedendo*), for negado provimento ao recurso; b) em caso de *error in judicando*, for dado provimento ao recurso. Ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou, na linguagem inexacta mas corrente ‘confirme’ a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de sorte que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva e não a decisão ‘confirmada’. Com muito maior razão a substitutividade se dá quando a decisão recursal dá provimento ao recurso” (Op. Cit. p. 852).

⁶⁵ Sérgio Shimura observa que “pode surgir uma situação irreversível, fática e juridicamente, principalmente quando haja o envolvimento de terceiros de boa-fé. Não há como voltar atrás, principalmente diante da provável situação já consolidada em favor de terceiro arrematante. Só resta, assim, a via autônoma em favor do executado para buscar o ressarcimento patrimonial dos prejuízos sofridos, compensando com a caução prestada”. Op. Cit. p. 331.

Como bem expõe Cândido Dinamarco, em obra de leitura imprescindível, “podem variar, em relação aos diversos capítulos de uma sentença só, os momentos em que cada um deles passa em julgado. Essa variação tanto pode ocorrer entre capítulos da mesma natureza (todos de mérito, todos contendo a negativa do julgamento do mérito), como em relação a capítulos heterogêneos (...); pode também ocorrer em caso de capítulos favoráveis a uma das partes, em convívio na mesma sentença com capítulos desfavoráveis, ou mesmo quando todos eles são favoráveis a uma só das partes. Ela é sempre causada (a) por alguma peculiaridade referente aos prazos para recorrer, sua dimensão, seu início, sua eventual suspensão, (b) pelo fato de haver sido interposto recurso com relação a um capítulo mas, quanto aos outros, não ou (c) pela irrecorribilidade de algum capítulo, em oposição à recorribilidade de outros”⁶⁶.

Em casos como o acima citado, poderá ocorrer parte da sentença impugnada, cujo trânsito em julgado restará adiado, e parte não impugnada, portanto, imutável⁶⁷.

Logo, nessas hipóteses, como os autos judiciais serão remetidos ao respectivo tribunal, para apreciação do recurso, será necessária a expedição de carta de sentença para execução definitiva da parte não impugnada⁶⁸. Com isso, percebe-se que a carta de sentença é extraída, como regra, para as hipóteses de execução provisória, mas nada impede que em alguns casos específicos, seja extraída visando execução definitiva em autos separados.

Evidente que, ocorrendo a interposição de recurso parcial, haverá execução definitiva dos capítulos não impugnados, observados os pressupostos delineados por Paulo Henrique dos Santos Lucon: “i) *autonomia concreta* ou *abstracta* entre o *capítulo da decisão* que se pretende executar e aquele objeto da impugnação; ii) havendo litisconsórcio, que não seja ele *unitário*, quando houver recurso interposto por apenas um ou alguns dos litisconsortes”⁶⁹.

A discussão de carta de sentença para execução definitiva também ocorrerá nos casos envolvendo a tutela antecipada do pedido incontroverso (art. 273, §6º, do CPC). Há, na doutrina, divergência de interpretação no que respeita esta nova modalidade de tutela antecipada: se se trata de mais uma modalidade de antecipação (de efeitos) da tutela⁷⁰ ou de verdadeiro julgamento antecipado do pedido incontroverso. Logo, na segunda hipótese, a execução do pedido incontroverso poderá ser definitiva se não houver interposição de agravo em face da decisão que o apreciou e será efetiva mediante extração de carta (a rigor não seria de sentença e sim de decisão interlocutória)⁷¹.

Acompanho o último posicionamento, tendo em vista que está em consonância com o ‘espírito da reforma’, além de permitir a rápida solução do litígio no que respeita aos pedidos incontroversos.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 118.

⁶⁷ Ainda sobre capítulos da sentença e recursos parciais, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 1998. Ver, no direito estrangeiro, obra de Francesco Carnelutti. *Cosa giudicata parziale*. In *Rivista di Diritto Processuale*. 1956.

⁶⁸ José da Silva Pacheco, em obra clássica, afirma que: “como a sentença pode ser impugnada no todo ou em parte (art. 505), pode haver execução definitiva, na parte não recorrida que transitar em julgado, e provisória, na parte sujeita a recurso. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença recorrida, no que tiver sido objeto do recurso (art. 512). No caso de sobrevir modificação da sentença provisoriamente executada, ficará sem efeito a execução, relativamente à parte modificada (art. 588, III e parágrafo único)” In *Tratado das execuções : processo de execução*. 2ª edição. São Paulo : Saraiva, 1976, p. 209.

⁶⁹ Op. Cit. p. 222.

⁷⁰ Athos Gusmão Carneiro, ao abordar a tutela antecipada do incontroverso, defende que “diante de tais percalços, a melhor solução, pelo menos na aguarda de novidades legislativas, seria admitir a AT das parcelas ou do(s) pedido(s) não contestados, em decisão que será confirmada, ou não, na sentença a ser prolatada após o contraditório pleno” (*Da antecipação de tutela*. 4ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 60).

⁷¹ Sobre o assunto, Fredie Didier Júnior defende que: “Certo que a execução da decisão que resolver parcialmente a lide é definitiva, restar examinarmos o modo pelo qual ela deve ser promovida, tendo em vista a dificuldade prática de se tratar de uma decisão interlocutória. Aliada a esta dificuldade operacional, a absoluta ausência de tratamento normativo também cria embaraços à solução do problema. Deve ser extraída uma ‘carta de decisão’, atuando-se em apartado à semelhança do que ocorre com a execução incompleta (arts. 589 e 590 do CPC), cujo regimento deve ser aplicado por analogia”. *A nova reforma processual*. Op. Cit. p. 82.

Outras questões importantes podem surgir nos casos envolvendo os embargos infringentes, considerando a alteração ocorrida no art. 498 do CPC.

Destarte, a nova redação do artigo 498 incentivou o princípio da singularidade recursal, permitindo a oposição de embargos infringentes da parte não unânime do Acórdão, sobrestando a interposição do recurso especial e extraordinário da parte unânime⁷².

Imagine-se hipótese onde houve condenação em primeira instância envolvendo os pedidos “a”, “b” e “c”. Analisando o recurso de apelação interposto pelo réu, o tribunal conheceu, mas negou provimento ao apelo, sendo que nos dois primeiros o julgamento foi por unanimidade e, no terceiro, por maioria. Neste caso concreto, duas hipóteses poderão ocorrer:

- i) A oposição de embargos infringentes;
- ii) A não oposição do referido recurso, mas apenas Resp e RE da parte unânime.

Caso não haja a apresentação dos embargos, a parte não unânime transitará em julgado. Contudo, a execução definitiva será efetivada através de “carta de sentença”, considerando que os autos principais provavelmente subirão aos Tribunais Superiores para análise dos recursos excepcionais. Ainda nessa hipótese, poderá ocorrer execução provisória da parte unânime, posto que os recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo⁷³.

Outro será o raciocínio quando houver oposição dos EI, já que o novo art. 498 do CPC estabelece que o prazo para o recurso excepcional ficará sobrestado. Contudo, após o julgamento dos EI, iniciará o prazo para o Resp e RE de todos os capítulos do acórdão (pedidos “a”, “b” e “c”). Se isso realmente ocorrer, poderá ser promovida a execução provisória, posto que os recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo.

Por todo o exposto, deve-se repensar o instituto da carta de sentença, pelo menos da forma prevista no art. 587 do CPC, considerando que: a) a chamada carta de sentença em alguns casos pode ser ‘carta de decisão’, quando se tratar da hipótese do art. 273, §6º, ou mesmo nas hipóteses envolvendo execução de acórdão; b) eventualmente, a carta de sentença poderá ser extraída para a execução definitiva, quando ocorrer capítulos da decisão não impugnados; c) a carta de sentença poderá ensejar, simultaneamente, capítulos em execução provisória e capítulos em execução definitiva.

⁷² Em obra conjunta, de minha autoria juntamente com Gustavo Vaz Salgado, já se teve oportunidade de aduzir que: “Vale frisar que, tal como ocorre com os embargos de declaração, o efeito da interposição dos infringentes é o de interromper o prazo para a interposição dos recursos especial e extraordinário, muito embora, numa primeira análise, possa parecer tratar-se de efeito suspensivo, pela utilização da expressão ‘sobrestado’. Assim, julgados os EI, o prazo dos recursos especial e extraordinário começará a fluir desde o início” (*Recursos Cíveis — Manual sobre as Alterações ocorridas na Reforma Recursal*. Curitiba : Juruá, 2003, p. 42).

⁷³ Sérgio Shimura também possui mesmo entendimento, ao aduzir que: “conclui-se, pois, que é cabível a execução *provisória* contra uma parte do acórdão (unânime), relativa ao objeto dos recursos extraordinários, tendo em vista o efeito meramente devolutivo em que são recebidos (arts. 497 e 542), e execução *definitiva* contra o capítulo (não unânime), não atacado por embargos infringentes. Isto é, uma mesma decisão pode embasar, simultaneamente, uma execução provisória e definitiva, se comportar a sua separação em partes ou capítulos, como similarmente ocorre quando houver outorga de tutela antecipada quando parte do pedido ou um dos pedidos cumulados não for contraditado (art. 273, §3º)”. Op. Cit. 337.