

## EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA\*

Ersio MIRANDA\*\*

### INTRODUÇÃO

A Execução da Tutela antecipada é provisória, porque pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo, e deverá se proceder pela forma compatível com os efeitos a serem antecipados. O ato concessivo da tutela pode ter natureza constitutiva, antecipando as situações novas desejadas pelo demandante, como mandamental, ao determinar ao sujeito a abstenção de uma determinada conduta e autorizando medidas coercitivas para a realização do comando. Nesse sentido a doutrina italiana nega aplicação às regras do processo de execução na atuação da tutela urgente, atribuindo ao juiz um amplo poder para estabelecer os meios executórios que poderão ser usados para a observação da decisão.

Assim, se a decisão importar em efeitos executivos *lato sensu* ou mandamentais o juiz tem um amplo poder para determinar o cumprimento da decisão, procedendo-se a execução nos próprios autos ou por simples mandado. É o caso de uma ação de reivindicação de propriedade, onde se dá o deferimento da tutela para a imissão na posse. A questão surge quando a decisão diz respeito a ato que importe em constrição no patrimônio do devedor. Ou seja, se a decisão tiver efeitos executivos de tutela condenatória, poderá a execução importar em atos que cheguem a expropriação dos bens do

---

(\*) Trabalho apresentado ao CPPG - Centro de Pesquisa e Pós-Graduação da UniFMU, Faculdade Metropolitanas Unidas, como requisito para obtenção de grau Lato Sensu em Direito Processual Civil, sob coordenação do Prof. Roberto Armelin.

(\*\*) Pós-graduado pelas UniFMU - Faculdade Metropolitanas Unidas de São Paulo - CPPG - Centro de Pesquisa e Pós-graduação em Direito Processual Civil, Mestrando pela PUC-Campinas - Pontifícia Universidade Católica de Campinas em Direito Processual Civil. E-mail: ersio@uol.com.br

devedor? Estar-se-ia dando à tutela antecipatória uma eficácia maior do que a que é vedada à própria sentença não transitada em julgado?

Em se tratando de uma medida que visa garantir a efetividade do exercício do direito não se podem impor normas absolutas, devendo ser analisado cada caso concreto. Suponha-se um motorista de táxi que sofre um acidente de trânsito sem meios de atender às suas necessidades e às de sua família. Pedindo antecipadamente o pagamento de indenização, salário mínimo etc., não poderá o juiz antecipar um dos efeitos da sentença determinando, v. g., nos termos do pedido, o pagamento de um salário mínimo até o julgamento final? O mesmo exemplo, certamente, não obteria uma resposta afirmativa se a vítima dispusesse de outros recursos para se manter e a sua família.

Enfim, a tutela antecipatória visa realizar o direito do autor, portanto, deve ser concedida por ato judicial capaz de conduzir à efetividade do exercício do direito, do que se pode concluir que a execução da tutela antecipatória não pode seguir obrigatoriamente as regras que tratam da execução. A tutela antecipada situa-se no limite do processo de conhecimento e no processo de execução. Trata-se de executar provisoriamente uma decisão que, através de uma cognição sumária, se pronunciou sobre o mérito. A decisão da tutela visa, prioritariamente, dar efetividade ao direito, proteger o direito, e este não poderia ficar protegido com as amarras do processo de execução. O legislador, então, procurou dar maior amplitude, a fim de que o juiz tivesse maior liberdade de aplicação, estabeleceu parâmetros a serem seguidos, mas estabeleceu que tais normas devem ser aplicadas “no que couber”, a fim de que o juiz possa ter maior elasticidade na sua aplicação, diante de cada caso concreto.

## 1. ANTECIPAÇÃO, REVELIA E RECONVENÇÃO

”Problema que merece análise especial é o da concessão da medida em processo no qual houve revelia, devendo proceder-se ao julgamento antecipado da lide. Aqui só a existência de risco justificaria a antecipação, visto como omissa a defesa do réu no tocante a sua defesa, de abuso do direito de defesa não se pode cogitar, nem de propósito protelatório. Para alguns autores, a

revelia importa confissão e sendo confissão impossível não se ter à espécie como de prova inequívoca, porquanto a confissão é prova por excelência, pois produzida pelo confitente em seu desfavor”.<sup>1</sup>

”Vale lembrar que mesmo os que avançam tanto fogem de ter a confissão derivada da revelia como confissão real, considerando a espécie como configuradora de um caso de confissão ficta. Ora, a confissão ficta é, por definição, confissão que permite prova em contrário e deve estar, para ser aceita, em consonância com as demais provas dos autos. Assim, não se pode considera-la prova inequívoca, para fins de antecipação, situação em que o juiz forma seu convencimento com apoio nas regras que disciplinam a distribuição do ônus da prova. Se houver risco de ineficácia da futura tutela, como posto para a hipótese de solução com base nas regras do ônus da prova, deve o autor valer-se da cautela”.<sup>2</sup>

”Na proposta da Comissão nomeada pelo Ministro Fernando Lyra, permitia-se a antecipação, em caso de revelia, havendo prova documental convincente da pretensão do autor. É possível, sem dúvida, prova documental que se constitua prova inequívoca, como hoje reclamado. Nesta hipótese, havendo risco de dano, cabe a antecipação, pois há mais que simples plausibilidade do direito. No pedido de antecipação, far-se-á a prova do risco. Em razão da revelia, inexistirá o contraditório, dando-se ciência ao revel, concomitantemente, tanto da decisão de mérito quanto da decisão na antecipação.

Quanto à reconvenção, situação em que o réu assume a posição de autor, a ele também se defere a possibilidade de postular a antecipação da tutela objeto de sua reconvenção. Cumpre não esquecer, entretanto, a ineliminável conexão existente entre a causa principal e a reconvenção. Essa conexão importa implicações no caso concreto, a reclamar, certamente, ajustamentos e adaptações, v. g., alguém aciona outrem, querendo receber dívida já paga. O réu se defende, alegando o pagamento e reconvém pedindo a condenação do autor no pagamento do dobro do que indevidamente exige. Havendo prova inequívoca do pagamento, fato título da reconvenção, e mais algum dos pressupostos definidos na lei, pode o juiz antecipar a tutela por postulação do reconvinte, sem que ocorra antecipação na principal, até por haver incompatibilidade”.<sup>3</sup>

”O mesmo se poderá dizer, em outras hipóteses, quanto à antecipação na ação principal, sem que a existência de reconvenção seja

obstáculo, v. g., alguém propõe uma demanda, objetivando a condenação de réu à outorga da escritura definitiva de compra e venda, apoiado em promessa de compra e venda. O réu reconvém, alegando a invalidade da promessa, por exemplo, por ter havido vício de vontade. Convencendo-se o juiz quanto à existência de prova inequívoca da pretensão do autor, pode antecipar a tutela, presentes os outros pressupostos, sem que isso seja obstado pela reconvenção”.<sup>4</sup>

## 2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA

### 2.1. Execução provisória peculiar

O parágrafo 3º do art. 273 do Código de Processo Civil prescreve que a execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588, os referidos dispositivos dizem respeito à execução provisória e preceituam que ela não abrangerá atos que importem em alienação do domínio nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, ficando sem efeito, restituindo-se as coisas ao estado anterior, caso sobrevenha sentença que modifique ou anule a sentença que foi objeto de execução.

O parágrafo 2º do art. 273 já estabelecera não ser possível a concessão da antecipação havendo perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Esses dispositivos reforçam, decisivamente, o entendimento de que a antecipação outra coisa não é senão emprestar eficácia executória, de caráter provisório, à decisão de mérito que dela seria desprovida. Cuida-se, em verdade, de uma hipótese de execução provisória, acrescida ao que prevê o art. 587 do Código de Processo Civil e com os temperamentos postos na lei.

Eliminou-se a referência ao inciso I do art. 588, que prevê a prestação de caução pelo exequente e diz correr por sua conta e risco a execução provisória. A execução provisória comum é quase um capricho do exequente, visto que sua decisão ainda não transitou em julgado e há recurso pendente de julgamento. Daí a exigência de caução e a responsabilidade objetiva do exequente. Na antecipação, pune-se em verdade, o comportamento do réu, litigante de má-fé, ou se atende a razões de natureza objetiva que põem em risco a efetividade da tutela, quando da execução definitiva. Mas seria

excesso, atendido a inexistência, ainda, de coisa julgada, admitir-se a inserção do bem no patrimônio do exequente, ou a perda definitiva do bem pelo executado. E foi mais cauteloso o legislador. Havendo perigo de irreversibilidade, isto é, do retorno ao estado anterior das coisas, torna-se inadmissível a antecipação. Não se pede a certeza da irreversibilidade. A probabilidade de irreversibilidade impede a antecipação.

Entendendo a antecipação de tutela como espécie de execução provisória, quanto cabível nesta será cabível naquela, com as limitações da lei.

ARAKEN DE ASSIS ensina que “Consoante o art. 587, 1ª parte, do Código de Processo Civil, que é definitiva a execução fundada em título extrajudicial ou em sentença (*rectius*: pronunciamento, porquanto acórdão e decisões se afiguram exequíveis). E, ao revés, a execução provisória se origina de sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo. Logo exsurtem duas conseqüências do dispositivo: 1ª Toda execução com base em título extrajudicial é definitiva; 2ª Apenas algumas execuções de título judicial, quando ainda passível de reforma mediante recurso, assumem o signo de provisional”.<sup>5</sup>

“Embora de uso corrente, a palavra provisória não representa adequadamente o fenômeno, porque se cuida de adiantamento ou antecipação da eficácia executiva”.<sup>6</sup>

## 2.2. O perigo da irreversibilidade

A antecipação está autorizada havendo fundado receio de que ocorrerá dano irreparável ou de difícil reparação e não será concedida se houver perigo de irreversibilidade. Há diferença de monta entre uma e outra situação? Há, numa e noutra hipótese, o risco, isto é, algo entre a certeza, que elimina toda e qualquer dúvida, e a impossibilidade de firmar um juízo fundado e seguro. Há risco quando algo é dotado de alto grau de probabilidade, sem que se possa assegurar sua ocorrência, seja como fato, seja em termos do tempo em que o fato inelutável ocorrerá, v. g., a morte, no seguro de vida. E todo risco importa perigo, donde nos parece que nenhuma diferença se deve construir entre as duas hipóteses.

O grau de convencimento que autoriza, em termos de prova, a antecipação, é o mesmo que a desautoriza, em caso de irreversibilidade. Foi acertado o comportamento do legislador? Em princípio, sim. Admitir a antecipação do que será irreversível é transformar em definitiva uma execução que dessa natureza não se pode revestir ou se colocar o executado, dada a falta da caução, sem garantia de ressarcimento. Mas a irreversibilidade pode ter apenas uma dimensão pecuniária, econômica, suscetível de estimação em termos de valor. Não será que, nessa hipótese, a prestação de caução idônea autorizará a antecipação? Vou tentar um exemplo: estou acionando o réu para que me entregue um determinado equipamento cujo uso foi assegurado contratualmente. Peço a antecipação, mas a entrega do equipamento envolve o risco de, amanhã, vencedor que seja meu adversário, receber o equipamento em estado deplorável e até nem mesmo logre sua recuperação, porque destruído ou desviado. No caso, ou se conclui por que a execução antecipada é impossível ou ter-se-á de dar tratamento igual ao que se daria na execução provisória comum - exigir-se caução se idônea, para possibilitar ao réu a aquisição de bem de igual natureza, com o que as coisas terão voltado ao seu estado anterior. Isso me parece perfeitamente razoável e em consonância com o que dispõe o § 2º do art. 273, porque a irreversibilidade do provimento antecipado em termos estritos não ocorre.<sup>7</sup>

”Já o mesmo não se pode dizer caso haja infungibilidade, seja por força da própria natureza das coisas, seja por algum valor estimativo, histórico, artístico etc., existente na espécie sob julgamento. A irreversibilidade não só é material como também econômico-financeira. Se a parte beneficiada com a antecipação não tem idoneidade financeira para repor as coisas no estado anterior, a antecipação só será possível mediante garanti de quem assuma tal responsabilidade. Não se está dizendo com isso, que a antecipação é por conta e risco do exeqüente, mas sim que, havendo necessidade de se reverterem as coisas ao estado anterior, o exeqüente deve estar em condições de atender a essa exigência, e a antecipação não pode ser deferida quando em risco essa possibilidade. Se a caução for idônea para afastar esse risco, presta-la significa eliminar o risco e, conseqüentemente, afastar o obstáculo à admissibilidade da antecipação”.<sup>8</sup>

### 3. PARTICULARIDADES DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE TÍTULO JUDICIAL

”Explica-se o caráter provisional da execução na circunstância de que todo pronunciamento do juiz nasce dotado da eficácia que lhe é inerente.

Inibe-a, porém, a previsão de recurso dotado de efeito suspensivo. Segundo Barbosa Moreira, antes mesmo de interposto o recurso,<sup>9</sup> “a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não se interpusesse o recurso”.<sup>10</sup> “Mas, desprovido o recurso desse efeito suspensivo, o ato impugnado, apesar de sujeito a alteração produz efeitos naturais”.<sup>11</sup> Por isso, existindo condenação no provimento condenatório, ao credor é lícito, a teor do art. 521, 1ª parte, executa-lo provisoriamente.

Entre nós, subsiste a regra do recurso suspensivo *op legis*. Tal sistema, averbado de anacrônico<sup>12</sup> conhece frisantes exceções. Por exemplo, o art. 58, V, da Lei 8245/91, eliminou a suspensividade das apelações interpostas contra sentenças em matéria de locações.

Ao aludir à sentença, o art. 587 do Código de Processo Civil 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. 588 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.<sup>13</sup>

Enfim, é relativamente fácil catalogar as situações em que atos decisórios autorizam a execução provisória:

- a) Qualquer decisão interlocutória, cuja carga seja condenatória (art. 497, 2ª parte), principalmente a antecipação liminar da tutela (arts. 273 e 461, § 3º);
- b) Qualquer acórdão unânime e não embargado, pois os recursos especial e extraordinário carecem de efeito suspensivo (art. 542, § 2º);
- c) A sentença atacada por apelação que o juiz de primeiro grau, mediante decisão, não recebeu e deste ato agravou o apelante;
- d) A sentença agredida por apelação destituída de efeito suspensivo (art. 520, I a V).<sup>14</sup>

Assim, dentre as hipóteses dos incisos I a V do art. 520, se situam provimentos cuja força é executiva (demanda de divisão e demarcação) ou

mandamental (ação cautelar). Conseqüentemente, sua execução é estranha ao regime ora examinado.

Mas, certas demandas, formalmente cautelares, apresentam carga condenatória, v. g., a demolição de prédio, *ex vi* do art. 888, VIII, do Código de Processo Civil, e, portanto, seguem ao disposto acima. Igualmente, a sentença que julga improcedente os embargos do à execução (art. 520, V) possui eficácia condenatória em relação ao ônus de sucumbência.

Em que pese excepcional<sup>15</sup> no curso da história dos ordenamentos jurídicos, a exeqüibilidade imediata dos pronunciamentos de primeiro grau abrevia o processo e coarcta a chicana.<sup>16</sup> De qualquer modo, é assunto próprio da legislação infraconstitucional, considerando as particularidades sociais e econômicas de certo país. Pois bem,: o art. 2º - b da Lei 9494/97, com a redação da Medida Provisória 1906-8/99, proíbe a execução provisória da sentença condenatória a favor dos servidores públicos, antes de seu trânsito em julgado, e, cuidando-se de cautelar satisfativa, após se tornar indiscutível a sentença da ação principal. Neste último aspecto, a regra impede a execução definitiva, sob pretexto da pendência desta última demanda. De toda maneira, a solução é antiga: o art. 5º, § único, da Lei 4348/64, há largos anos vedava a execução provisória do mandado de segurança que condenou à reclassificação de servidores públicos, ou à concessão de aumentos, ou à extensão de vantagens pecuniárias.<sup>17</sup> Acolheu a lição esquecida dos que pregavam o banimento da execução provisória.<sup>18</sup>

#### 4. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

O artigo 588 do Código de Processo Civil esclarece quais os princípios expressos que governam a execução provisória. Implicitamente, há a estrita legalidade<sup>19</sup> desta espécie de antecipação da atividade executiva, porque como já se sublinhou, a ausência de efeito suspensivo do recurso é *ope legis* no ordenamento pátrio.<sup>20</sup>

O art. 588, *caput*, dispõe que a execução provisória far-se-á do mesmo modo que a definitiva.

Em outros termos, a escolha do meio executório obedece à mesma diretriz nas duas modalidades de execução, definitiva e provisória, contentando-se a lei em inibir parte da eficácia do expediente. O caráter

provisional não se refere, portanto, à eficácia do título ou aos meios executivos, mas à sua reforma eventual.<sup>21</sup> Por isso, ao executar alimentos, o credor indicará um dos meios admissíveis - desconto, coerção ou expropriação -, observando a ordem legal.

#### 4.1. Responsabilidade objetiva do credor

Reconhece o art. 588, I, o antiqüíssimo princípio *qui sentit commoda, et incommoda sentire debet*: à vantagem produzida pela execução provisional em suas expectativas processuais corresponde, simetricamente, a responsabilidade objetiva do credor, pelo dano por ele criado, na esfera jurídica do executado.

Este tipo de responsabilidade afina-se com o art. 574, do Código de Processo Civil. Em síntese, não se cogita, para efeito de pesar sobre o credor assumir dever de indenizar o devedor ante a posterior desconstituição do título executivo, através do provimento do recurso pendente, da noção de culpa *lato sensu*.<sup>22</sup> O dever indenizativo surge tão-só do desfazimento do título, seja qual for o meio.

O artigo 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 Supremo Tribunal de Justiça.<sup>23</sup> Ela também não se relaciona com a liquidação, na qual é disponível. 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.<sup>24</sup>

#### 5. RESTRIÇÕES DOS MEIOS EXECUTÓRIOS

Segundo o art. 588, II, do Código de Processo Civil, a provisoriedade executiva jamais importará atos de alienação de domínio ou levantamento de dinheiro sem caução idônea. Em vista disso, consagrou-se a fórmula, cujo rigor é duvidoso, de que a execução provisória vai até a penhora. O art. 588, II, atribui limites à expropriação, e, bem examinadas as hipóteses, de modo assaz parcimonioso.

Com efeito, se a penhora recair sobre dinheiro (art. 655, I); ou houver conversão dela em dinheiro (art. 668); ou, ainda, incidir a constrição sobre prestações periódicas (art. 675) ou crédito que, entretantes, se realizou (art. 671)<sup>25</sup> não há impedimento à entrega do produto. A cautela reside na caução que, de resto, deverá ter sido prestada na forma dos arts. 826 a 838<sup>26</sup> é obrigatória.<sup>27</sup>

Idêntico raciocínio se aplica ao meio do usufruto, que dispensa a alienação do domínio: o levantamento pelo credor das quantias depositadas pelo administrador dependerá da caução prévia.

No demais, sem desprezar o disposto no art. 732, § único, ao permitir o levantamento do dinheiro penhorado na execução definitiva de alimentos, e ass exceções análogas, v. g., art. 3º, § 5º, do Decr.-lei 911/69, art. 5º, § 3º, da Lei 492/37; art. 41, § 3º, do Decr.-lei 167/67;<sup>28</sup> art. 67, parágrafo único, da Lei 8245/91, ficam proibidas a alienação coativa e a adjudicação, incluindo a etapa da avaliação, art. 680, do Código de Processo Civil.<sup>29</sup>

O desapontamento se encerra com o depósito ou a entrega da coisa. Por coerência, o levantamento desta é admitido, uma vez caucionado. Lícita se afigura a realização da perícia de que trata o art. 634, parágrafo único, do Código de Processo Civil, no âmbito da transformação.

A coação pessoal, a coação patrimonial, e o desconto se ostentam completamente inadmissíveis. Eles sempre gerarão efeitos irreversíveis, o que é antagônico a idéia mesma de provisoriedade.

Portanto, a incidência do art. 588, II, graças à exegese teleológica, não se subordina à expropriação. Importante que seja a liquidação, no caso de condenação genérica, poupando ao credor tempo e esforços depois do desprovimento do recurso interposto pelo executado, o princípio em tela repercute em outros meios executórios.

### 5.1. Restituição ao estado anterior

Paralisada a execução provisória no patamar que o obstáculo à atuação permite, das duas uma: ou o executado não obtém êxito no recurso e o procedimento se solta dessas amarras; ou o pronunciamento judicial, que constitui o título, merece reforma no tribunal.

No primeiro caso, implementam-se os meios executórios e a caução, se o credor recebeu dinheiro; no último, conforme o art. 588, parágrafo único, a reforma poderá ser parcial ou total: naquela, prossegue a execução pelo que não foi atingido; nesta, incide o art. 588, III, cabendo promover o retorno ao estado anterior. Vale ressaltar que a execução provisória se transmuda, automaticamente, para definitiva, cabendo julgar os embargos, se ajuizados.<sup>30</sup>

Em sentido contrário, a volta ao estado anterior obriga o desafortunado credor a restituir as quantias recebidas, com correção e juros, sob pena de execução; desconstitui-se o usufruto forçado, com a mesma devolução de quantias; e, de um modo geral, liberam-se os bens penhorados. Ainda resta, no desapossamento, a restituição da coisa levantada.<sup>31</sup>

Encerradas tais providências, a instâncias do executado ou por iniciativa do juiz, ao antigo executado compete promover a liquidação das perdas e danos, relativamente aos prejuízos suportados pelo próprio executado<sup>32</sup> por qualquer dos procedimentos, nos próprios autos da execução provisória ou nos autos originais. Prescinde-se de qualquer processo para condenar o antigo exeqüente.<sup>33</sup>

## 6. PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

O procedimento da Execução Provisória não difere da execução definitiva, a única diferença formal, a par das limitações à atuação dos meios executórios está no emprego de autos suplementares ou carta de sentença, conforme dispõe o art. 589, *in fine*, do Código de Processo Civil. O motivo reside na circunstância de que os autos principais - designados, no art. 159, parágrafo 2º, como autos originais -, onde corre execução definitiva (art. 589, 1ª parte), se encontram tomados pela tramitação natural do recurso. Por isto o art. 521, *in fine*, faculta ao interessado requerer carta de sentença, a fim de executar provisoriamente a sentença.<sup>34</sup>

Este texto não prevê a hipótese de o juiz não admitir a apelação interposta contra a sentença. Então, surgem dois termos de alternativa: primeiro, o recorrente não impugna o ato e a sentença passa em julgado, tornando disponíveis os autos originais para execução definitiva do título (art. 589); segundo, o recorrente interpõe agravo de instrumento contra o ato, também liberando os autos originais para eventual execução, porém, provisória (art. 589, *in fine*), porque não transitou em julgado a sentença.<sup>35</sup> Nessa última

hipótese parece prudente requerer a expedição de carta de sentença (art. 590), pois o provimento implicará a subida dos autos originais, gerando a necessidade de expedi-la.<sup>36</sup>

Oportunidade semelhante dar-se-á em caso de acórdão, que julgar apelação ou outro recurso suspensivo, impugnado por recursos especial e/ou extraordinário, pois tais impugnações não inibem a eficácia do provimento do Tribunal (art. 542, parágrafo 2º). Em sua redação primitiva, o art. 545 contemplava parágrafo único, hoje desaparecido, prevendo a extração de carta de sentença. É claro que a omissão, no texto atual, não implicou o desaparecimento do direito de promover a execução provisória.<sup>37</sup> É provisória, igualmente, a execução na pendência de agravo interposto contra a decisão que não admitiu tais recursos.

Ademais, ensejando a subida dos autos originais o provimento do agravo, se o julgamento “não contiver os elementos necessários ao julgamento” (art. 544, parágrafo 3º), convém requerer, neste último caso, a expedição da carta de sentença. O disposto no art. 589, 2ª parte, então sofrerá as devidas adaptações: a secretaria da Corte a expedirá e seu Presidente a assinará<sup>38</sup> observando as normas regimentais.

Enquanto pender de decisão a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, não cabe expedir a carta de sentença, pois lhe faltaria o imprescindível despacho e recebimento do recurso (art. 590, V).

Em se tratando de decisão interlocutória, porém, a execução se processará nos autos principais, pois o recurso tramita em instrumento separado (art. 524). Denegado recurso especial e/ou extraordinário, os autos principais também ficam desimpedidos. Existindo capítulos líquido e ilíquido no título sujeito a recurso, e desejando o credor executar e liquidar simultaneamente, como lhe permite o art. 586, parágrafo 2º, é admissível a expedição de duas cartas de sentença.

Os autos suplementares só existem nas comarcas do interior dos Estados (art. 159 do Código de Processo Civil) e estão em quase completo desuso. Na sua falta, utilizar-se-á a carta de sentença<sup>39</sup> extraída pelo escrivão ou pelo chefe de secretaria antes da subida ao órgão *ad quem* dos autos principais.

A carta de sentença surgiu em razão do banimento progressivo dos autos suplementares.<sup>40</sup> Sua função, demonstrando a pretensão de executar, é

instruir a execução provisória.<sup>41</sup> Ela conterà os elementos previstos nos incisos I a V do art. 590, abrangendo:

- a) Atuação (inciso I), para os efeitos do art. 166;
- b) Petição inicial e procuração das partes, aquela para se avaliar a inteligência e o alcance do pedido;
- c) Contestação;
- d) Título exequendo;
- e) Decisão que admitiu o recurso, impropriamente designada de despacho, para caracterizar a provisoriedade;
- f) A sentença que julgou a habilitação (art. 590, parágrafo único), se houver, pois há habilitações que dela não dependem (art. 1060), a fim de facilitar a prova da legitimidade superveniente.<sup>42</sup>

Além desses elementos mínimos, toda e qualquer peça útil reproduzir-se-á na carta, a pedido do interessado, a exemplo da prova da sessão de direitos, que prescinde de habilitação. À falta de quaisquer das peças evidência simples irregularidade<sup>43</sup> cabe ao juiz ordenar a emenda ao despachar a inicial (art. 616).<sup>44</sup>

## 7. CRÍTICA E PARTICULARIDADES DA EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Conforme estudamos, há um caminho a ser percorrido no sentido de aprimorar o momento e o modo de atuação das decisões jurisdicionais. A insatisfação dos jurisdicionados, como um sentimento, um fenômeno psíquico que costuma acompanhar a percepção ou ameaça de uma carência<sup>45</sup> está cada vez mais presente em razão da demora na prestação jurisdicional e precisa ser, na medida do que for, praticamente possível, debelada. Não há dúvida de que é a insatisfação, enquanto fenômeno de grande relevância social, que enseja e legitima a atividade jurídica do Estado.<sup>46</sup> Por isso, compete mais do que nunca ao Estado por fim a esses estados de descontentamento, de modo a impedir a perpetuação de decepções, prestigiando as condutas favoráveis e reprovando as desfavoráveis, oferecendo recompensas ou sanções e estabelecendo critérios de acesso aos bens da vida e às situações desejadas dentro de um processo justo, no menor espaço de tempo possível. O direito à prestação jurisdicional tempestiva constitui o mais importante aspecto na atualidade do processo justo.

A modificação legislativa no sentido de valorizar a antecipação dos efeitos da sentença não é tudo para a melhora da justiça. A educação da população é uma das formas de se evitar o processo e a proliferação de causa. Além disso, a modernização de todo o aparato dos órgãos do Poder Judiciário é indispensável para uma adequada resposta ao grande número de processos e à demora na prestação jurisdicional. Não há dúvida de que para um processo efetivo tornam-se necessários diferentes e indispensáveis ingredientes.

Relativamente ao tema desenvolvido ao longo do presente estudo, devem ser formulados os seguintes destaques:

1. É indispensável e fundamental a compreensão das regras referentes à execução provisória dos diversos casos em que ela se aplica;
2. É o Estado que estabelece a execução provisória das decisões dos órgãos jurisdicionais, proporcionando sua concreta atuação antes da autoridade da coisa julgada;
3. Ao determinar a execução provisória, o legislador vale-se de um critério político eminentemente comparativo: o estado de indecisão do litígio é mais prejudicial do que a projeção imediata dos efeitos decorrentes da decisão provisória. Esse critério político na execução provisória tem uma importância estrutural em relação aos órgãos do Poder Judiciário: valorização das decisões dos órgãos jurisdicionais de primeiro grau;
4. Na execução provisória, há uma antecipação de efeitos práticos e materiais, pois não se tem, ainda, uma decisão transitada materialmente em julgado;
5. A execução é chamada provisória em função da possibilidade de um resultado desfavorável ao atual titular da situação jurídica de vantagem em decorrência da pendência do próprio processo em primeiro grau de jurisdição ou de um recurso;
6. A provisoriedade é um atributo do título e não diz respeito à extensão dos atos executivos, que deve ser completa;
7. Execução provisória que não permite a satisfação do titular da situação jurídica de vantagem, na realidade, não é execução provisória, mas execução incompleta ou truncada, que objetiva, apenas e tão-somente, medidas preparatórias e acautelatórias, e não satisfativas. Tal é a sistematização presente no Código de Processo Civil;

8. É ilógico um sistema que estabelece uma regra geral, com raríssimas exceções, de impedir a execução da sentença enquanto pender o recurso. Na maior parte dos casos, a espera pelo processamento do recurso passa a ser fonte de injustiças em relação à parte titular de um direito;

9. A execução provisória significa uma importante alternativa aos órgãos jurisdicionais para evitar recursos manifestamente procrastinatórios;

10. A impossibilidade de se executar a sentença na pendência do recurso provoca prejuízos de grande monta em relação à parte que tem razão. Nas demandas de natureza condenatória, isso se torna mais evidente, pois o demandante é duplamente penalizado: pelo enfoque extraprocessual, em razão do inadimplemento do demandado; pelo prisma endoprocessual, em decorrência da longa espera pelo percurso dos graus de jurisdição;

11. É de admitir, desde que o ordenamento jurídico não disponha em sentido contrário, a execução provisória das sentenças de natureza constitutiva. Não é possível a execução provisória da sentença meramente declaratória, mas a antecipação de efeitos secundários e pedidos sucessivos ao principal de natureza declaratória;

12. As normas disciplinadoras do processo executivo devem ser aplicadas na execução da tutela antecipada e da sentença apelada apenas para garantir a rápida atuação da decisão. Isso significa que a execução simplesmente continuaria no caso de substituição ou absorção do provimento provisório pelo definitivo;

13. Se de um lado prevalece a sentença, confirmando ou revogando a tutela antecipada, em razão de ser esse ato decisório fruto de uma cognição exauriente e, por conseqüência, logicamente superior; de outro, deve ser afastado em tais casos o efeito suspensivo da apelação. Aqui, a disciplina da execução da sentença impugnada garante a efetiva satisfação, pois seria incoerente, por exemplo, suspender com o recurso de apelação a produção de efeitos de uma sentença que confirma uma tutela antecipada ainda em fase de execução;

14. A execução provisória pode ser outorgada em duas hipóteses: na primeira, a lei admite que efeitos substanciais sejam desde logo produzidos; na segunda, a lei autoriza que o próprio órgão jurisdicional emanador do ato decisório permita a produção de efeitos substanciais. A executoriedade decorre da lei, sozinha ou acompanhada de um provimento do juiz. Tal é a

diferença entre execução provisória *ope legis* e execução provisória *ope iudicis*;

15. Na execução provisória de sentença *ope iudicis*, a própria sentença estabelece a execução provisória. Há ainda a possibilidade de o juiz receber o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, em momento ulterior e por decisão autônoma e independente da sentença;

16. Na execução provisória *ope iudicis*, o direito de determinar ou não a execução provisória é parte integrante do poder jurisdicional;

17. Nos sistemas em que se admite a execução provisória por expressa determinação legal, ao juiz de primeiro grau é vedado receber no efeito suspensivo o recurso interposto contra sentença;

18. A suspensão da execução provisória da sentença deve ser excepcional e motivada, dentro de situações bem delineadas. Não se pode admitir a suspensão da execução da sentença por decisões apenas alegando uma suposta existência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, sem quaisquer justificativas. Decisões padronizadas, sem um mínimo de enquadramento com a realidade processual a respeito do caso concreto, são portadoras de vício insanável;

19. No sistema do Código de Processo Civil brasileiro, a suspensão da chamada execução provisória da sentença dá-se por meio da interposição de recurso de agravo, contra a decisão de recebimento do recurso de apelação;

20. Nas situações em que a decisão deve ser executada provisoriamente, pode-se admitir a suspensão da eficácia executiva dos atos executivos mediante caução, destinada a reparar prejuízo sofrido em razão da demora na prestação jurisdicional definitiva, caso a decisão recorrida seja definitivamente confirmada;

21. A possibilidade de não estar a execução provisória respaldada no direito material existe simplesmente em razão de ulterior decisão em sentido contrário. Em alguns países, v. g., a Inglaterra e Itália, o risco de inexistência de relação dos atos executivos com o direito é muitas vezes desconsiderado pelo legislador, que prefere a atuação prática de decisões antes da autoridade da coisa julgada sem qualquer garantia. Em outros países, v. g., Espanha e Portugal, esse risco é inexistente em função da imposição de caução como requisito para que se possa executar provisoriamente. Exigir do titular da posição jurídica de vantagem a prestação de caução idônea é uma

fórmula legítima que afasta os riscos de uma execução provisória sem correspondência com o direito material.

## 8. CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se dizer que a tutela antecipatória visa realizar o direito do autor, portanto, deve ser concedida por ato judicial capaz de conduzir à efetividade do exercício do direito, do que se pode concluir que a execução da tutela antecipada não pode seguir, obrigatoriamente, as regras que tratam da execução. Trata-se de executar provisoriamente uma decisão que, através de uma cognição sumária, se pronunciou sobre o mérito.

A decisão da tutela visa, prioritariamente, dar efetividade ao direito, proteger o direito, e este não poderia ficar protegido com as amarras do processo de execução. O legislador, então, procurou dar maior amplitude, a fim de que o juiz tivesse maior liberdade de aplicação, estabeleceu parâmetros a serem seguidos, mas estabeleceu que tais normas devem ser aplicadas no que couber, a fim de que o juiz possa ter maior elasticidade na sua aplicação, diante de cada caso concreto.

## BIBLIOGRAFIA

- ÁNGELIS, Dante Barrios de. *Introducción al Estudio del proceso*. Depalma, Buenos Aires: 1983.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. Revista dos tribunais, São Paulo: 2000, 6ª ed.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, Rio de Janeiro: 1998, 7ª ed.
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria geral do processo de conhecimento*. Saraiva, São Paulo: 2000, 3ª ed.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação da tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória*. Saraiva, São Paulo: 1999.
- BUZUID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. Saraiva, São Paulo: 1989.
- CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. RT, São Paulo: 1976, 2ª ed.

## EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

- CASTRO, José Antonio de. *Execução no Código de Processo Civil*. Saraiva, São Paulo: 1983, 3ª ed.
- CHIARLONI, Sérgio. *Prime riflessioni sui valori sottesi allà novella del processo civile*. RDP 46, Cedam, Pádua: 1991.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. Dialética, São Paulo: 1997.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Forense, Rio de Janeiro: 1983, 7ª ed.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. Malheiros, São Paulo: 2000, 7ª ed. ver e atua.
- \_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do Processo*. RT, São Paulo: 1987.
- FURTADO, Paulo. *Execução*. Saraiva, São Paulo: 1991.
- LEIBMAN, Enrico Tullio. *Eficacia ed autorità della sentenza*. Giuffrè, Milão: 1962, reimpressão.
- LIMA, Alcides Mendonça de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, Rio de Janeiro: 1987, 5ª ed.
- LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Da intervenção de terceiros no processo*. C. Teixeira, São Paulo: 1930.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2000.
- \_\_\_\_\_. *Embargos à execução*. Saraiva, São Paulo: 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1999, 3ª ed. ver e atua.
- MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*. Cedam, Pádua: 1994/5.
- MOURA, Mário Aguiar. *O processo de execução*. Emma, Porto Alegre: 1975.
- NERY Jr., Nelson. *Execução Provisória*. RT, São Paulo: 1980, RePro 18.
- ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante*. LEJUS, São Paulo: 1999.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Forense, Rio de Janeiro: 1995, 2ª ed.
- PAJARDI, Piero. *Procedura civile*. Giuffrè, Milão: 1989.
- PLÁCIDO E SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Guairá, Curitiba: 1949, 3ª ed.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, Rio de Janeiro: 1974, vol. IX.

- SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Saraiva, São Paulo: 1985/9.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. Forense, Rio de Janeiro: 2000, 5ª ed. ver e atua.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. RT, São Paulo: 1998, vol. III, 2ª ed.
- THEODORO Jr., Humberto. *Processo cautela*. LEUD, São Paulo: 1999, 18ª ed.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. Forense, Rio de Janeiro: 1985.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Central de publicações jurídicas: centro brasileiro de estudos e pesquisas judiciais, São Paulo: 1999, 2ª ed. atua.

## NOTAS

- (1) PASSOS, JJ Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*, pág. 30.
- (2) PASSOS, JJ Calmon de. *Idem*, pág. 31.
- (3) PASSOS, JJ Calmon de. *Idem, ibidem*, pág. 31.
- (4) PASSOS, JJ Calmon de. *Idem*, pág. 32.
- (5) ARAKEN DE ASSIS. *Manual do Processo de Execução*, pág. 314.
- (6) PAJARDI, Piero. *Procedura civile*, pág. 174.
- (7) PASSOS, JJ Calmo de. *Inovações no Código de Processo Civil*, pág. 34.
- (8) PASSOS, JJ Calmon de. *Idem*, pág. 34/35.
- (9) ARAKEN DE ASSIS. *Manual do Processo Civil*, pág. 316.
- (10) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 255.
- (11) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficacia ed autoriità della sentenza*, pág. 397.
- (12) BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, pág. 36, vol. II.
- (13) ASSIS, Araken de. *Idem*, pág. 317.
- (14) ASSIS, Araken de. *Idem*, pág. 317.
- (15) LIMA, Alcides Mendonça de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 397.
- (16) CHIARLONI, Sérgio. *Prime riflessioni sui valori sottesi allà novella Del processo civile*, pág. 660/1.
- (17) BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, pág. 273.
- (18) COSTA CARVALHO, Luiz Antônio da. *O espírito do Código de Processo Civil*, pág. 285.
- (19) BATISTA DA. Ovídio A. *Curso de Processo Civil*, pág. 35, vol. II.
- (20) ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, pág. 318.
- (21) MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*, pág. 234, vol. II.
- (22) FURTADO, Paulo. *Execução*, pág. 17.
- (23) 5ª T. do STJ, Resp. 30.824-0-SP, 5.4.95, Rel. Min. Costa Lima. "A finalidade é, também proteger o credor".
- (24) ASSIS, Araken de. *Manual do Processo Civil*, pág. 319.
- (25) MOURA, Mário Aguiar. *O processo de execução*, pág. 157.
- (26) SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 89.
- (27) LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 417.

## EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

- (28) MOURA, Mário Aguiar. *O processo de execução*, pág. 157.
- (29) ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, pág. 320.
- (30) NERY Jr., Nelson. *Execução provisória*, pág. 211/4.
- (31) ASSIS, Araken de. *MANUAL DO Processo de Execução*, pág. 321.
- (32) CASTRO, José Antonio de. *Execução no Código de Processo Civil*, pág. 100.
- (33) SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito Processual Civil*, pág. 89.
- (34) ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, pág. 321.
- (35) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 471/2.
- (36) ASSIS, Araken de. *Idem*, pág. 322.
- (37) THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, pág. 132, vol. II.
- (38) LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Da intervenção de terceiros no processo*, pág. 18.
- (39) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 434, vol. IX.
- (40) PLÁCIDO E SILVA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 1699, vol. IV.
- (41) FURTADO, Paulo. *Execução*, pág. 21.
- (42) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, pág. 188/9.
- (43) CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 66.
- (44) LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, pág. 434.
- (45) ÁNGELIS, Dante Barrios de. *Introducción al Estudio del Proceso*, pág. 56/7.
- (46) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, pág. 160.