

PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA, À LUZ DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 588 DO CPC (EX LEI N. 10.444/2002)

*José Miguel Garcia Medina**

Acomodando-se às tendências atuais, bem como a outras modificações legislativas realizadas na última década, a disciplina da execução provisória foi recentemente modificada pela Lei n. 10.444, de 07.05.2002¹. Sobressaem, a respeito, as seguintes alterações, em relação à sistemática legal anterior: (a) dispensa-se expressamente a caução para se iniciar a execução, ressalvando-se, contudo, a responsabilidade objetiva do credor em relação aos danos eventualmente sofridos pelo devedor; (b) torna-se expressamente possível não apenas o levantamento de depósito em dinheiro, mas também a prática de atos que importem em alienação de domínio, desde que prestada caução pelo exeqüente.

* Mestre e doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil na Universidade Estadual de Maringá e dos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR. Advogado no Paraná. *E-mail*: advocaciamedina@maringa.com.br

¹ Em sua nova redação, assim dispõe o art. 588 do CPC: "Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I - corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; II - 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; III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo. § 1.º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução. § 2.º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade." Cf., a respeito, na doutrina recente, dentre outros, Cássio Scapinella Bueno, *Execução provisória e antecipação da tutela*, 4.º Capítulo, n. 1., p. 299 s.; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, Cap. VII, p. 179 s.; Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, n. 91, p. 339, n. 101 s., p. 364 s., n. 106 s., p. 383 s. As obras indicadas *retro*, embora elaboradas antes da recente modificação do art. 588 do CPC, são bastante atuais, porquanto elaboradas em harmonia com os princípios que nortearam a aludida alteração legislativa.

Como se vê, a caução passa a ser necessária para a alienação dos bens ou o levantamento do depósito, mas não *para se iniciar* a execução provisória - como, a propósito, já vinha se manifestando parte da jurisprudência². Essa caução, contudo, de acordo com o novel § 2.º do art. 588, nem sempre é imprescindível, podendo ser dispensada em alguns casos³.

A modificação referida ganha melhor realce se examinada em concomitância com outras alterações importantes, não só legislativas, como ocorreu em relação ao efeito suspensivo do recurso de apelação (cf. art. 520, inc. VII, do CPC, novidade oriunda da Lei n. 10.352/2001), mas da interpretação sistemática do art. 520 com outros preceitos legais (p.ex., art. 273 do CPC), para permitir a antecipação dos efeitos da tutela na própria sentença, com a conseqüente execução imediata.

Assim sendo, a execução provisória referida no art. 588 do CPC, antes mecanismo relativamente raro, ante a regra do efeito suspensivo da apelação, vem gradativamente cedendo espaço. Com a modificação ora

² Nesse sentido: "A caução a que a Lei se refere (CPC, art. 588) não constitui condição 'sine qua non' para possibilitar o desfecho inicial da execução e deve ser prestada não no limiar, mas, antes que, por força desta (execução), haja alteração na situação jurídica do vencido. A execução provisória deve prosseguir, independentemente da prestação de caução, até a fase do leilão, ou, ainda, até o momento do levantamento do dinheiro ou bens" (STJ, 1.ª T., REsp 63097-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 03.06.1996, DJU 01.07.1996, p. 23991).

³ No mesmo sentido, na doutrina, já vinha se manifestando Cássio Scarpinella Bueno, ob. cit., p. 181 s.; Paulo Henrique dos Santos Lucon, ob. cit., p. 415-416; Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, n. 90.2, p. 287. Do mesmo modo, a caução para o levantamento de depósito em dinheiro, no regime anterior à nova redação do art. 588 do CPC, já vinha sendo dispensada pela jurisprudência em diversas situações: "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que em se tratando de execução provisória de crédito de natureza alimentar, atendendo ao aspecto social da pretensão, não tem cabimento a exigência de prestação de caução prevista no art. 588, do CPC" (STJ, Corte Especial, AEREsp 152729-PE, rel. Min. Vicente Leal, j. 29.06.2001, DJU 22.10.2001, p. 261; no mesmo sentido, mais recentemente: STJ, 5.ª T., AGA 430119-SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 09.04.2002, DJU 29.04.2002, p. 326); "Há precedentes da Corte no sentido de não ser imperativa a caução para o prosseguimento da execução provisória, salvo se existente o perigo de irreparabilidade do dano, assim, até o momento do levantamento do dinheiro pelo exequente" (AGA 185517-SP, 3.ª T., rel. Min. Carlos Alberto Manezes Direito, j. 06.12.1999, DJU 07.08.2000, p. 104); "A exigência de caução para a execução provisória contra a Fazenda Pública, de regra, justifica-se para garantia do devedor, diante da possibilidade de ser reformado o julgado que constitui o título executivo. Na desapropriação, ação de rito específico, depositado o justo preço, o valor correspondente pertence ao expropriado, que perdeu a propriedade, e não pode ficar sujeito à exigência de caução prévia, quando inexistente dúvida sobre o valor fixado por sentença judicial transitada em julgado" (STJ, 2.ª T., REsp 125288-SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 21.09.2000, DJU 13.11.2000, p. 136); "I - A prestação de caução na execução provisória, exigida pelo art. 588, I, do CPC, tem como escopo evitar o chamado risco processual, sobretudo quando os procedimentos executivos envolvem a entrega de bens ou dinheiro ao credor. II - Se a execução não definitiva não implica risco, é prescindível a garantia" (STJ, 1.ª T., REsp 152055-DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 09.06.1998, DJU 29.06.1998, p. 45).

analisada, percebe-se que, além da frequência de sua ocorrência, ampliou-se também a *profundidade* a que podem chegar os atos executivos.

Chamou-nos a atenção, no entanto, um aspecto que, segundo pensamos, deveria ter sido mais bem regulado pelo legislador da reforma, qual seja, saber se, em relação à alienação imediata do bem penhorado, autorizada pelo art. 588, inc. II do CPC, a desconstituição da arrematação na hipótese de modificação ou anulação da decisão executada atinge o arrematante, ou não⁴.

Desde logo, a *letra* do inc. III do art. 588 do CPC chama a atenção ao afirmar que se restituem *as partes* ao estado anterior. É duvidoso que se possa incluir o arrematante entre “as partes”, tal como referido no mencionado preceito legal. A literalidade da norma legal, assim sendo, permitiria a interpretação de que a execução provisória ficaria sem efeito *apenas entre as partes* da ação judicial em que se realizou a alienação, e não em relação a *terceiros* (p.ex., o arrematante)⁵. Conjugando-se este comando ao contido no inc. II do mesmo artigo, que impõe a prestação de caução (“requerida e prestada nos próprios autos da execução”, diz a Lei; logo, a caução deve ser requerida *pelo executado*) como condição para a realização de atos que importem em alienação de domínio, e ao expressado pelo inc. I, segundo o qual o exequente é responsável pelos danos sofridos *pelo executado*, chega-se fácil à conclusão de que a execução provisória e o desfazimento dos atos executivos realizados somente interferem na esfera jurídica *das partes*, e não do terceiro que, em hasta pública, venha a adquirir o bem. A propriedade deste sobre o bem, desta feita, e ultimada a arrematação, não se poderá desfazer caso semelhante circunstância ocorra com a decisão que deu causa à execução provisória⁶.

⁴ Cf. art. 588, inc. III, do CPC, segundo o qual a execução, neste caso, “fica sem efeito [...], restituindo-se as partes ao estado anterior”. Manifesta semelhante preocupação Paulo Furtado, ao afirmar que esta é a “inovação proposta que a maiores riscos exporá o executado, além dos problemas que nisso poderá vir a causar ao eventual terceiro arrematante” (Anotações à proposta de alteração da execução provisória, in Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Júnior [coord.], *A segunda etapa da reforma processual civil*, p. 46).

⁵ Note-se que, na redação anterior do dispositivo, afirmava-se: “restituindo-se *as coisas* no estado anterior”.

⁶ Esta parece ser a opinião de Cândido Rangel Dinamarco, emitida ainda à luz do Projeto que foi convertido em Lei: “Os riscos maiores a que a execução forçada pode expor o executado e seu patrimônio são os que advêm da definitiva privação do domínio sobre seus bens, com risco de irreversibilidade (art. 588, inc. II) [...]”. Mais adiante, o mesmo jurista afirma que “a alienação de domínio, especialmente ao criar direitos de terceiro, também é um fatos de dificuldade para a *restitutio in integrum* disposta no inc. III do art. 588” (*A reforma da reforma*, n. 183 e 184, p. 256-257). Seguindo esta linha, afirma Paulo Henrique dos Santos Lucon que “é melhor manter eficácia do ato jurídico tutelando o interesse de terceiro adquirente, que nada tem a ver com a disputa existente entre as partes litigantes” (ob. cit., n. 119, p. 418). O ilustre processualista cita em seu apoio a legislação italiana (art. 632 do CPC italiano) e a doutrina que a comenta. Segundo pensamos, embora criticável e suscetível de gerar insegurança para aqueles que venham a adquirir bens em hasta pública,

Esta solução, no entanto, acaba por não aplicar, integralmente, o art. 588 do CPC, porquanto, mesmo que indenizado o réu/executado, tal circunstância não permite a efetiva “restituição das partes ao estado anterior”, como se afirma no mencionado preceito legal. Acabar-se-ia impondo quase que exclusivamente ao réu o ônus da execução imediata (e - dirão muitos - precipitada) da decisão, e a prejuízos que nem sempre poderão ser realmente reparados. Trata-se, no entanto, de franca tendência adotada pelas reformas realizadas na última década, de “necessidade de uma distribuição racional do tempo do processo”, como afirma um de seus mais ilustres defensores⁷, e é natural, sob este prisma, que se carregue o réu, ao menos em parte, com os “riscos de erro”, como afirmou Cândido Rangel Dinamarco⁸.

Esta, contudo, não é orientação pacífica entre nós, tendo havido, ao menos na doutrina anterior à reforma em análise, manifestações no sentido de que a alienação realizada em hasta pública fica, neste caso, sem efeito, “como sucede com os atos subordinados a condição resolutiva”, na lição de J. M. de Carvalho Santos⁹. Seguindo este raciocínio, afirma Alcides Mendonça Lima que “a sentença exequenda é considerada ‘não proferida’ (Chiovenda), é como se o bem nunca houvesse saído do patrimônio do devedor-executado”¹⁰. Na doutrina mais recente, manifestou-se no mesmo sentido Araken de Assis: “Desfeita a arrematação, as partes retornam ao estado prístino. Conseqüentemente, tem o arrematante direito ao preço e demais despesas, tudo de forma corrigida”¹¹.

Acode a esta interpretação o fato, bastante relevante, de que deverá constar obrigatoriamente no edital a “menção da existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem a serem arrematados” (cf. art. 686, inc. V do CPC)¹². O recurso, no caso, poderá não versar, necessariamente,

esta não é a orientação encampada pelo CPC brasileiro, que permite, expressamente, o desfazimento da arrematação (cf. o que se diz adiante, no texto).

⁷ A idéia é bastante difundida, recentemente, por Luiz Guilherme Marinoni. Cf., dentre outros estudos do aludido autor, a obra citada na nota 1, cit., item I, p. 13 s.

⁸ Ob. cit., n. 182, p. 255.

⁹ Citado por Alcides Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V., p. 438. Afirmando ser condicional a sentença que enseja execução provisória, cf. Nelson Nery Júnior, *Princípios fundamentais - Teoria geral dos recursos*, n. 3.1., p. 184.

¹⁰ Ob. cit., p. 444. Os autores mencionados no texto também são citados por Paulo Furtado (ob. loc. cit., p. 47).

¹¹ Ob. cit., n. 253.3, p. 617.

¹² Ante a importância desta informação, “se o juízo deprecado tiver notícia da existência de recurso do executado apenas após a publicação do primeiro edital (CPC 687), deverá determinar que o leiloeiro esclareça os presentes, no início da praça, sobre tal episódio, de forma a tornar o arrematante sabedor do fato não noticiado pelos editais” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, p. 1162, nota 2 ao art. 686 do CPC).

sobre os bens a serem arrematados, mas a algo que é prejudicial à arrematação e à própria execução, que, no caso, é a decisão judicial que lhe serve de base. Modificando-se ou anulando-se o pronunciamento judicial que é base da execução, ficam sem efeito todos os atos que tiveram fundamento na referida decisão, na medida em que a decisão for atingida pelo julgamento proferido pelo órgão *ad quem* (cf. art. 588, § 1.º do CPC)¹³. De todo modo, o requisito aludido tem por fim informar àqueles que pretendem adquirir o bem a existência de recurso pendente contra a decisão que é base da execução¹⁴. A circunstância de se estar diante de situação sujeita a mudanças, assim sendo, é algo que será informado àqueles que se dispuserem a participar da hasta pública.

Não bastasse, o próprio CPC prevê expressamente a possibilidade de desfazimento da arrematação¹⁵ - tal como se um contrato fosse (cf., p. ex., art. 694, parágrafo único, inc. II)¹⁶ - e nada impede que se reconheça, no curso da ação de execução, a existência de alguma nulidade processual absoluta (p.ex., ausência de título executivo¹⁷) ou de algum outro vício que

¹³ Dá-se, no caso, de acordo com a orientação preconizada por Nelson Nery Júnior, efeito expansivo objetivo externo (ob. cit., n. 3.5.3., p. 411).

¹⁴ Com efeito, diz-se, num dos mais recentes julgados proferidos pelo STJ a respeito, que “a menção prevista no art. 686, V, CPC tem a principal finalidade de cientificar os licitantes da existência de ônus e/ou impedimentos sobre o bem que intencionam arrematar” (STJ, 4.ª T., REsp 200705-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.02.2002, DJU 15.04.2002, p. 221).

¹⁵ *Data venia*, entendemos, diante disso, que não se aplica, à hipótese, a construção realizada pela doutrina italiana à luz do art. 632 do CPC italiano, que não possui equivalente, no direito brasileiro. É esclarecedora, no particular, a comparação realizada por Araken de Assis: “Em primeiro lugar, a arrematação se dissolve por ‘vício de nulidade’. [...] Diverso se apresenta, neste particular, o direito italiano, em que a arrematação ou a adjudicação se revelam imunes aos vícios do processo. Exata a crítica de Anselmo de Castro, com vistas ao direito português, neste ponto similar ao nosso, segundo o qual o regime gera insegurança entre os pretendentes” (ob. cit., n. 253.1.1, p. 614).

¹⁶ Pensamos que, a rigor, a arrematação não se iguala ao contrato de compra e venda. Não se pode negar, no entanto, que, pelo menos sob o ponto de vista do arrematante, está-se ali diante de algo, no mínimo, semelhante. Com efeito, embora se admita seja a arrematação “ato tipicamente jurisdicional, de expropriação, realizado unilateralmente pelo Estado no exercício de seu *jus imperii*” (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, n. 117, p. 204), deve-se ter em vista que esta unilateralidade se identifica na relação do órgão estatal com o devedor - de cuja vontade se prescinde, e até pode ser contrariada, na execução por quantia certa - e que há ato de vontade do arrematante, na arrematação (cf., a propósito, Araken de Assis, ob. cit., n. 231, p. 573-574, citando em seu apoio Pontes de Miranda).

¹⁷ A propósito, decidiu o STJ, recentemente: “1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual a ação anulatória pode ser ajuizada quando os embargos à execução não foram opostos, ou quando, embora opostos, não foram recebidos ou apreciados em seu mérito, não ocorrendo a preclusão. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que: a) na execução não ocorre a preclusão, visto que essa opera dentro do processo, não atingindo outros que possam ser instaurados, o que é próprio da coisa julgada material, não havendo impedimento a que seja ajuizada ação, tendente a desconstituir o título em que aquela se fundamenta (REsp nº 135355/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 19/06/2000); b) a validade e eficácia do título executivo

macule a arrematação, enquanto ato executivo material, o que poderá ensejar até mesmo o ajuizamento de ação de anulação, autonomamente¹⁸.

Por derradeiro, embora o arrematante não seja parte na ação em que se realiza a execução, dúvida não pode haver de que, mesmo em sentido diverso do técnico-*processual*, o arrematante é parte no negócio jurídico processual da arrematação - afinal, sem sua manifestação de vontade o negócio não se aperfeiçoará. Desconstituída a arrematação, faltará o elemento que foi causa da aquisição da propriedade do bem pelo arrematante.

Seguindo raciocínio semelhante, há tendência em considerar análoga a situação do arrematante à do comprador que tenha sofrido evicção¹⁹. Sob este prisma, pode o arrematante que tenha perdido o bem, sentido-se prejudicado, mover ação contra o executado, contra o exequente ou até, conforme o caso, contra o Estado, com o fim de receber o preço pago e outras despesas²⁰. Embora, como dissemos *retro*, a arrematação não deva ser encarada como um contrato²¹, nada impede que à ela se apliquem, ao menos analogicamente, os preceitos normativos relativos à evicção.

De todo modo, pensamos que a soma dos fatores mencionados *retro* (possibilidade expressa de desfazimento da arrematação *ex art. 694*, parágrafo único do CPC e necessidade de se advertir, no edital, acerca da

extrajudicial podem ser objeto de posterior ação de conhecimento, quando na execução não forem opostos embargos do devedor, e, igualmente, quando tais embargos, embora opostos, não foram recebidos ou apreciados em seu mérito, incorrendo a preclusão e a coisa julgada material (AgReg no AG nº 176552/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 02/05/2000, e AgReg no AG nº 8089/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, DJ de 20/05/1991); c) se o acórdão tido como desrespeitado não decidiu o ponto posteriormente solucionado pelo juiz de primeiro grau quando da prolação da sentença na ação incidental de embargos à execução, não há que se falar em preclusão nem em coisa julgada capaz de impedir a propositura da ação anulatória do lançamento fiscal. Inexiste sentença se a execução não foi embargada (REsp nº 162457/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 01/02/1999)" (STJ, 1.ª T., REsp 336995-PR, rel. Min. José Delgado, j. 18.12.2001, DJU 04.02.2002, p. 309).

¹⁸ Cf. José Miguel Garcia Medina, *Execução civil - Princípios fundamentais*, n. 4.3.4. e 4.8.2., em que são citadas diversas orientações jurisprudenciais, a respeito. Segundo se defende no texto citado, a questão se resume, basicamente, no seguinte: os vícios processuais atinentes ao processo de execução podem ser argüidos a qualquer tempo, enquanto não se extinguir o processo de execução (cf. art. 795 do CPC); os vícios relativos ao ato material consistente na alienação do bem podem ser argüidos até mesmo em ação anulatória. Assim, p.ex., a arrematação não pode ser desconstituída se a execução que já extinta não se fundou em título executivo.

¹⁹ Cf. STJ, 4.ª T., REsp 1161-GO, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 21.11.1989, DJU 11.12.1989, p. 18141, com fulcro na doutrina de Celso Neves e Enrico Tullio Liebman. Cf. também, a propósito da natureza jurídica da arrematação, da semelhança desta com a compra e venda e da aplicação ao caso do instituto da evicção, Araken de Assis, ob. cit., n. 231 e 232.5, p. 569 s. e 578 s.

²⁰ Cf., dentre outros, Araken de Assis (ob. cit., n. 253.3, p. 617): "Insolvente o credor, toca-lhe [ao arrematante] demandar o Estado".

²¹ Cf. nota 16, *supra*.

existência de recurso contra a decisão executada, cf. art. 686, inc. V do CPC, bem como - ainda que com as ressalvas realizadas - a afirmação de que as partes devem se restituir “ao estado anterior”, cf. art. 588, inc. III do CPC) permitem entrever que, no direito processual civil brasileiro - distintamente do que sucede no direito italiano, portanto - preferiu o legislador proteger os interesses do executado, na hipótese de modificação ou anulação da decisão exequenda, em detrimento daquele que, em hasta pública, arremata o bem penhorado, que terá direito de haver o que pagou²².

Fixada esta premissa, há que se verificar em que casos será possível a aludida restituição. Como já se mencionou acima, a questão não foi, *data maxima venia*, suficientemente regulada pelo legislador da reforma. Trata-se, no entanto, de atividade a ser realizada, de modo mais demorado, em outro estudo.

²² Percebe-se a orientação por nós seguida discrepa daquela defendida, dentre outros, por Paulo Henrique dos Santos Lucon, citada *retro*, da qual discordamos, *data venia*, pelas razões apontadas.