

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL E A SÚMULA 317

DO STJ.

***PROVISIONAL EXECUTION OF AN EXTRAJUDICIAL EXECUTIVE DOCUMENT
AND THE PRECEDENT NUMBER 317 OF BRAZILIAN SUPERIOR JUSTICE
COURT***

Márcia Michele Garcia Duarte

Professora Adjunta da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-doutoranda em Direito Processual pela UERJ. Doutora e Mestre em Direito pela Unesa/RJ (ex-bolsista do PROSUP - CAPES). Especialista em Direito e em Didática do Ensino Superior (Unesa/RJ). Email: marciaduarte.juridico@gmail.com Artigo recebido em 02/09/2015 e aprovado em 28/11/2014.

Resumo: O título executivo extrajudicial é líquido, certo e exigível, admitindo-se a suspensão formal (não real) do processo, mas não a transmutação da execução definitiva em provisória. É o que vem sendo aplicado à luz da Súmula 317 do STJ, mesmo após a alteração do art. 587 do CPC em 2006. Reiteramos que se passou a admitir a provisoriedade da execução do título extrajudicial desde então e assim justificamos este ensaio, erigido sobre as garantias processuais na execução, o que habilita o afastamento do enunciado sumular para a incidência plena da redação do art. 587 do CPC.

Palavras-chave: Título executivo extrajudicial. Súmula 317 do STJ. Execução Provisória. Possibilidade.

Abstract: An extrajudicial executive document, a document valid to commence an execution process, has the subsequent elementary features: liquidity, assurance and enforcement. From this statement, the judgment execution of those documents has been following both the possible formal (but not real) stay of proceedings and definitiveness exegesis, so the switch of final into provisory execution has not been allowed. This interpretation was stated by Brazilian Superior Justice Court Precedent no. 317 based on the Brazilian Code of Civil Procedure article 587 composition, before the 2006 procedural reform. Therefore the subject is presented in this essay, particularly as a challenge regarding the procedural guarantees of the parts involved in the execution case laws, what justifies the not application of the Precedent as well as the broad admissible of the redraft

of Brazilian Code of Civil Procedure article 587, introduced by Brazilian Law no. 11.382/2006.

Key words: extrajudicial executive document, Brazilian Superior Justice Court Precedent no. 317, provisory execution, possibility.

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Breves notas sobre as novas orientações do processo contemporâneo; 3. O artigo 587 do CPC antes e depois da reforma de 2006. 4. Súmula 317 do STJ 5. Artigo 587 do CPC - Suspensão da execução ou provisoriedade da execução? 6. Fundamentação teleológica para a defesa da provisoriedade da execução; 7. Perspectivas no Novo CPC (PLS 166/2010); 8. Considerações finais. 9. Referências Bibliográficas.

1. Considerações Iniciais

O presente estudo tem o propósito de buscar a *ratio essendi* do disposto no artigo 587 do CPC, que teve alteração a partir da Lei n. 11.382/06.

Na reforma de 2006, diferentemente do que se observa na atual aplicabilidade do instituto, parte da doutrina à qual nos filiamos à época entendeu que o propósito da redação era modificar significativamente o sistema de execução pautada em título extrajudicial, passando a admiti-la também em caráter de provisoriedade.

O viés sistemático da norma não foi acolhido pelos tribunais que continuam a aplicar a Súmula 317 do STJ sem confrontá-la com a redação do art. 587, posterior ao referido enunciado.

Partindo da leitura puramente gramatical da Súmula 317, temos, à primeira vista, a impossibilidade de se conferir o rótulo de provisoriedade à execução alicerçada em título extrajudicial, mas, tão logo o art. 587 do CPC entrou em vigor, pareceu-nos que deveria haver uma mudança no tratamento dispensado para a execução de título extrajudicial. Entretanto, o que vê na prática já que as discussões iniciais se dissiparam e a Súmula 317 do STJ vem sendo reproduzida sem questionamentos, a despeito da importância prática de se revisitar essa questão, notadamente no que toca às matrizes

principiológicas da execução. Assim justificamos as razões que nos fazem recobrar esta discussão científica.

Este estudo propõe, portanto, uma releitura do que parece ser uma controvérsia jurídica com reflexos relevantes para a prestação jurisdicional, de modo a que sejam observados e respeitados a moderna hermenêutica processual e a função basilar das normas de serem interpretadas de modo a buscar o enraizamento teleológico dos textos positivados à luz da realidade social.

Devem ser considerados os novos paradigmas que levaram ao advento das Reformas Processuais decorrentes da Emenda Constitucional n. 45/2004, e assim atingir a efetividade do texto normativo, motivo pelo qual propomos uma justificativa jurídica pautada na valorização da duração razoável do processo, em perfeita harmonia com as garantias processuais e presunções probatórias em escala de proteção a direitos fundamentais.

2. Breves notas sobre as novas orientações do processo contemporâneo.

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, consagrou importante marco no Direito Processual Contemporâneo. Foram realizadas diversas alterações legislativas e posturais do Poder Judiciário, dentre as quais se observou significativa alteração na estrutura do processo civil, notadamente no que toca aos sistemas de execução de títulos judiciais e extrajudiciais.

Reforma de tamanha monta com o fito de ampliar a melhora do Acesso à Justiça está intimamente ligada a questões sociais relevantes que ocorreram desde os escritos pós-Revolução Francesa, que impulsionaram alterações no cenário político, destacando-se, já no Século XX, o período do *Welfare State* quando se impôs nova postura dos Estados frente aos paradigmas insurgentes com vistas às garantias sociais e observância dos interesses coletivos, gerando movimentos transnacionais de consagração de direitos fundamentais.

A Carta Constitucional atual estampa em seu preâmbulo essa nova postura. O Acesso à Justiça recebe especial atenção no sistema jurídico-social visando ao

estancamento da morosidade da prestação jurisdicional e impondo a busca por medidas que viabilizem a duração razoável do processo¹.

A demora na prestação jurisdicional é naturalmente diagnosticada como resultado de um sistema legislativo burocratizante gerando a sensação de precariedade e descrédito na função judicante e a inefetividade constatada pela opinião pública e pelos próprios operadores do direito.

Desde a década de 70 as discussões e estudos a respeito do Acesso à Justiça, brilhantemente capitaneados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth,² vêm sendo aprimorados, conceituados e rediscutidos, buscando-se estabelecer regras para melhor atender às garantias fundamentais das partes no processo enquanto um direito a um sistema jurídico justo com respostas efetivas e satisfatórias.

Para Kazuo Watanabe, inclui-se no direito ao Acesso à Justiça o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela dos direitos, o que nos levou a concluir que as velhas regras e estruturas processuais careciam de revisão e aprimoramento para então se atingir ao chamado processo justo.³

Paulo César Pinheiro Carneiro informou quatro princípios⁴ que devem orientar as atividades descritas no sistema jurídico para o Acesso à Justiça, dentre os quais destacamos para este estudo os da *utilidade e proporcionalidade*.

O princípio da utilidade narrado por Carneiro tem o condão de assegurar ao vencedor tudo o que lhe é de direito do modo mais rápido proveitoso possível, e da maneira que importe em menor sacrifício ao vencido.

Para este estudo, assinalamos especificamente os correlatos ao processo de execução, que são o menor sacrifício ou execução menos gravosa, a economia da execução, a efetividade, a satisfatividade e a utilidade da execução, somando-se todos e encerrando pelo princípio constitucional da proporcionalidade.

¹ Art. 5º, LXXVIII, incluído pela EC 45/2004.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

³ Processo Justo é a denominação conferida ao conjunto de referências estabelecidas a partir da leitura do art. 111 da Constituição Italiana e do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. DUARTE, Márcia Michele Garcia; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; BARBOSA, Hugo Penna. *A Lei n. 11.382/06 e a Nova Sistemática da Execução dos Títulos Extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 03.

⁴ Acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Partindo dessa base principiológica, entendemos ser possível admitir a provisoriedade da execução de título extrajudicial, como forma de melhor atender interesse do exequente, com menor sacrifício para o executado e respeitada a ordem jurídica justa, útil, efetiva e econômica, consagrando a proporcionalidade das formas, da *applicatio* e interpretação das fontes do direito, e da resposta jurisdicional adequada.

3. O artigo 587 do CPC antes e depois da reforma de 2006.

A leitura simplista do atual art. 587 do CPC leva-nos ao entendimento de que se passou a admitir, a partir de 2006, a transmutação *a posteriori* da execução definitiva em provisória.

Para além da mera observação gramatical, erigimos nosso entendimento na observância global das reformas que vêm sendo implementadas no sistema jurídico processual. Em nossa obra⁵ datada de 2006 afirmamos que se construía uma nova identidade processual e não estávamos isolados⁶.

Também para o ex-Ministro do STJ Athos Gusmão Carneiro⁷, a lei passara a admitir que a execução pudesse prosseguir como provisória e que o novo posicionamento seria justificado pela ponderável possibilidade de a sentença ser reformada em razão da relevância dos fundamentos dos embargos⁸.

Do mesmo modo, Humberto Theodoro Júnior afirmou que a partir da Lei n. 11.382, a execução provisória, antes cabível apenas para os títulos judiciais, passaria a ser

⁵ DUARTE, Márcia Michele Garcia; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; BARBOSA, Hugo Penna. *A Lei n. 11.382/06 e a Nova Sistemática da Execução dos Títulos Extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁶ Nessa mesma linha Araken de Assis, Cassio Scarpinella Bueno, dentre outros.

⁷ “Em sua atual redação, o art. 587 dispõe ser ‘definitiva a execução fundada em título extrajudicial’, porém ‘provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739-A)’. Assim, esquematizando: a) a execução por título extrajudicial é sempre ajuizada como execução ‘definitiva’; (...) d) nos casos em que julgados improcedentes os embargos do executado recebidos com efeito suspensivo, a apelação da sentença de improcedência (art. 520, V) não impedirá seja retomada a execução; todavia, enquanto a apelação se mantiver pendente, a execução prossegue como provisória e, portanto, sujeita à caução; e) na hipótese do inciso anterior, caso a sentença seja mantida pelo tribunal, esta execução provisória convola-se em execução definitiva, caso reformado a sentença e, pois, julgados procedentes os embargos opostos pelo executado, extinguir-se-á a execução.” CARNEIRO, Athos Gusmão. “A ‘nova’ execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito?”. In *Revista Forense*. N. 391, v. 103. mai-jun 2007, pp. 13-24.

⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. “A ‘nova’ execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito?”. In *Revista Forense*. N. 391, v. 103. Mai-jun 2007, p. 16.

admitida em certos casos também para os títulos executivos extrajudiciais, sendo possível conferir à execução em andamento o caráter de execução provisória, seguindo a conduta procedimental do art. 475-O do CPC.⁹

Ainda assim, o STJ permaneceu aplicando a Súmula 317, embora, a nosso ver, o texto sumulado não tenha sido recepcionado pela nova redação do processo de execução. A doutrina, por seu turno, manteve-se silente nos anos que se seguiram, sem novas indagações ou enfrentamento da temática.

Para o Tribunal da Cidadania, o art. 587 do CPC atual e a Súmula 317 guardam perfeita harmonia, já que entende que cada qual se encontraria uma esfera diversa de atuação, isso porque, afirmam os ministros do Pretório, o legislador teria pretendido a mera suspensão da execução, mas não a sua modificação para o caráter provisório, reafirmando entendimento pretérito que embasou a construção da Súmula 317.

Ousamos considerar que não foi esse o propósito do legislador infraconstitucional e que a leitura objetiva do dispositivo pode gerar efeitos práticos com mais benefícios aos jurisdicionados e efetividade da tutela do Estado.

Defendemos que seja possível propor uma releitura da Súmula 317 do STJ de modo a adequá-la ao idealizado do legislador infraconstitucional (quadro esquemático, que segue ao final do texto), conjugando-os com os princípios específicos das relações executórias no processo civil.

4. Súmula 317 do STJ

Com a edição da Lei n. 11.382/2006, defendemos¹⁰, inclusive adotando os ensinamentos de Wambier¹¹, que haveria uma adaptação do entendimento do STJ no tocante à definitividade da execução de título extrajudicial.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 24- 27.

¹⁰ “Além disso, há um ponto relevante na nova redação; o legislador passa a admitir agora, expressamente, execução provisória fundada em título extrajudicial, o que se dará na hipótese de interposição de recurso de apelação contra sentença que julgue improcedente os embargos do executado, recebidos com efeito suspensivo. De se observar que até o advento da nova lei, a jurisprudência amplamente majoritária entendia que só poderia haver execução provisória se esta tivesse por base um título judicial. Veja-se que, curiosamente, o entendimento é mantido em recente precedente do STJ, cujo julgamento se deu já sob a vigência da Lei n° 11.382/06, embora esta não tenha sido referida no precedente (...). Por outro lado, o sítio do STJ, em notícia veiculada no dia 02 de março de 2007 afirma que a Lei n° 11.382/06 entrou em vigor na

Ao que parece, tal alteração não foi implementada no sistema jurídico e as decisões continuam a reproduzir a Súmula 317 do STJ editada em outubro de 2005 a partir no sistema superado e da quarentenária redação do art. 587 do CPC. Diz o enunciado sumular: “*definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos*”.

Como exemplo, apontamos a decisão prolatada em julho de 2010 no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1268923/SP¹², por meio do qual a Terceira Turma decidiu que:

(...) III - **Quanto à provisoriedade da execução, a discussão encontra-se superada no âmbito desta Corte, com a edição da Súmula 317**, no sentido de que “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”. Portanto, julgados improcedentes os embargos, a execução que iniciou com caráter definitivo prosseguirá como definitiva, mesmo que o embargante interponha recurso de apelação, cujo efeito é apenas devolutivo (Código Processo Civil, artigo 520, V).

Grifamos.

*segunda-feira, dia 26 de fevereiro de 2007, ao contrário do que diz Humberto Theodoro Jr, que sustenta que a vigência se deu a partir do dia 21 de janeiro de 2007. Esse entendimento da Corte, explicaria, ao menos em tese, o teor do precedente referido, que simplesmente ignorou a nova redação do art. 587. Ao que parece, a confusão é causada por uma republicação parcial da Lei nº 11.382/06, o que teria ocorrido em janeiro de 2007, embora esta circunstância não seja esclarecida no endereço oficial da Presidência da República que cuida da legislação federal. De qualquer sorte, a inovação merece atenção do intérprete”. DUARTE, Márcia Michele Garcia; BARBOSA, Hugo Leonardo Penna; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Nova Sistemática da Execução dos Títulos Extrajudiciais e a Lei n. 11.382/06*. Lumen Juris, 2007, pp. 26/7.*

¹¹ “Parece, assim, que, ao considerar que a execução passa a prosseguir como provisória, na pendência de apelação interposta contra sentença que tenha rejeitado os embargos, o legislador quis, com a prestação de caução pelo exequente, amenizar o maior rigor dos atos executivos que, com a reforma da Lei 11.382/06, passarão a pesar sobre o patrimônio do executado. Tem-se, desse modo, que, rejeitados os embargos, e apelando o executado contra a sentença, a alienação de bens do executado e o levantamento de dinheiro dependerão de caução, que poderá ser dispensada nos casos referidos no art. 475-O, § 2º, do CPC”. WAMBIER, Luiz Rodrigues et alli. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 61/629.

¹²

Disponível

em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=984654&num_registro=201000104560&data=20100701&formato=HTML. Acesso em outubro de 2014.

Apesar de haver Livros distintos no CPC para conduzir a ordem das execuções dependendo da origem do título (Livro I, judicial; Livro II, extrajudicial), o Superior Tribunal de Justiça persistiu no entendimento de que a execução pautada em título executivo extrajudicial não poderia adotar natureza de provisoriedade no seu curso frente à essência cumulativa de liquidez, exigibilidade e certeza. Para o referido Órgão, admite-se apenas a suspensão da execução quando da interposição de embargos, e não a provisoriedade à execução.

Aventa que o art. 791, I, do CPC traria as diretrizes para a suspensão da execução e que essa sim encontraria permissivo legal para ser aplicada na execução extrajudicial. Haveria, assim, a suspensão da execução na hipótese de recebimento dos embargos à execução com efeito suspensivo, bem como se asseguraria que a apelação contra a sentença de rejeição ou improcedência dos embargos fosse recebida no efeito devolutivo, apenas.

5. Artigo 587 do CPC - Suspensão da execução ou provisoriedade da execução?

O advento do sistema de processo de conhecimento sincrético em 2005, também denominado *sine intervallo*, permitiu o cumprimento de sentença como uma fase contínua do processo originário, sem necessidade de instauração de um processo de execução, como se exigia na sistemática anterior à reforma.

No ano seguinte, o próprio Livro II do CPC foi substancialmente alterado dando vez aos novos procedimentos no processo de execução. A redação anterior do artigo 587 do CPC (antes da reforma de 2006) estabelecia que: “*A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo*”.

Em defesa da provisoriedade da execução, apontamos como **primeiro argumento** a interpretação gramatical. A redação do art. 587 do CPC, após a reforma de 2006, passou a estabelecer que: “*É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739)*”.

O art. 587 do CPC está alocado no Livro II do CPC disciplina o autônomo processo de execução – e as excepcionais execuções de alimentos e contra a Fazenda Pública – o que torna indiscutível que o expresso nesse seguimento do CPC diga respeito à provisoriedade ao título extrajudicial.

Esse foi o nosso¹³ entendimento à época da entrada em vigor da nova sistemática quando afirmamos que: “*o legislador passa a admitir agora, expressamente, execução provisória fundada em título extrajudicial*”, explicando que antes do advento de tal redação, a jurisprudência somente admitia a execução provisória de títulos executivos judiciais¹⁴.

Demos notícia de julgamento ocorrido já na vigência da nova norma, e justificamos o fato de o STJ não o ter considerado por força do período de *vacatio legis* e da republicação parcial da Lei, gerando dissenso quanto ao início da vigência da Lei n. 11.382/06.

Portanto, a simples leitura do dispositivo nos levou - e ainda leva - a crer que a regra é de que será definitiva a execução pautada em título executivo extrajudicial, mas que *se torna* provisória enquanto houver apelação interposta contra sentença de improcedência dos embargos do executado, desde que esses tenham sido recebidos no efeito suspensivo.

Como **segundo argumento**, apontamos que o efeito suspensivo que não será conferido aos embargos do executado, salvo exceções, exatamente como ocorre impugnação em caso de execução do título judicial (art. 475-M).

Sendo assim, tem-se como regra no *caput* do artigo 739-A, que os embargos não são dotados de efeito suspensivo, mas o poderão ser quando o juiz, analisando o caso concreto e a requerimento do interessado, verificar que são relevantes os fundamentos do embargante, bem como que o prosseguimento da execução poderá causar ao executado grave dano ou de difícil ou incerta reparação. O mesmo justifica a concessão de efeito suspensivo à impugnação, na execução judicial.

¹³ DUARTE, Márcia Michele Garcia; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; BARBOSA, Hugo Penna. *A Lei n. 11.382/06 e a Nova Sistemática da Execução dos Títulos Extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 26/7.

¹⁴ Apontamos em nossa obra o posicionamento de Luiz Rodrigues Wambier, que correlacionou a execução provisória do título extrajudicial aos critérios exigidos pelo § 2º do art. 475-O do CPC.

Além disso, a execução deve estar garantida por penhora, depósito ou caução suficientes (739-A, § 1º), tal como ocorre na execução provisória de título judicial (art. 475-O, III), sendo esse o nosso **terceiro argumento**.

O efeito suspensivo concedido aos embargos é uma exceção que somente será admitida quando presente não só um, mas a combinação de diversos elementos justificadores, que demonstrem que os fundamentos dos embargos sejam, no mínimo, razoáveis e substanciais, o que, por si só, fragiliza a certeza do título executivo.

Como **quarto argumento**, sugerimos a análise do parágrafo 6º do art. 739-A. Dispõe que: “*A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens*”, o que nos leva a crer que somente impediria os atos expropriatórios.

Ademais, o impedimento à prática de atos de expropriação patrimonial do devedor no curso da execução também pode ser relativizado. Vejamos que do art. 670 do CPC elenca permissivos para que, em alguns casos, o juiz possa autorizar a alienação antecipada dos bens penhorados se esses estiverem sujeitos à depreciação ou deterioração, ou mesmo em caso de alienação que represente manifesta vantagem.

Surge então a indagação quanto aos efeitos práticos da não concessão de *provisoriedade*, mas sim de *suspensão* da execução, entendimento resvalado por meio da Súmula 317 do STJ.

Para responder a isso, confrontamos a *execução provisória/cumprimento de sentença* do art. 475-O do CPC com a *suspensão da execução*, o que dividimos em tópicos temáticos para melhor visualização:

I - Quanto à iniciativa e riscos:

a) **Art. 475-O, I e II, do CPC** - *Corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido e fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento.*

b) **Art. 574 do CPC** - *O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.*

c) **Conclusão** - Parece-nos que ambos os incisos traduzem a mesma ideia, ou seja, que o devedor será ressarcido pelo credor dos danos que sofreu, quando a sentença transitada em julgado declarar a inexistência, ainda que parcial, da obrigação objeto da execução do título.

II - Quanto à caução:

a) **Art. 475-O, III, do CPC** - *O levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos, o que poderá ser dispensada (§ 2º).*

b) **Art. 826 e ss do CPC** - A caução também poderá ser oferecida por meio de *processo cautelar*, a fim de sanar os supostos riscos aos quais o executado possa estar sujeito por força da execução.

c) **Conclusão** - Seja a caução prestada nos próprios autos ou em processo acessório, existem meios de se conceber a caução tal como ocorre na execução provisória, o que representa clara similitude entre os institutos.

III - Quanto à forma:

a) **§ 3º do art. 475-O do CPC** - A execução provisória segue em autos apartados com cópia das peças indispensáveis.

b) **Conclusão** - E como ocorre no caso dos embargos com efeito suspensivo (739-A)?

Sendo a sentença dos embargos de improcedência do pedido, a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo¹⁵, devendo os autos autônomos dos embargos à execução¹⁶ seguirem para o juízo *ad quem*, permanecendo os da execução do título extrajudicial no juízo singular em que tramita a execução que, por força do art. 521 do CPC, deveria ser provisória.

Isso evidencia a perfeita harmonia procedimental com a segunda parte do art. 587 (títulos extrajudiciais) e 475-O (títulos judiciais).

Pensem ainda na hipótese de procedência do pedido dos embargos, caso em que a sentença estará sujeita à apelação recebida em duplo efeito. Nesta hipótese a execução do título extrajudicial também não seria provisória ou permaneceria suspensa?

Em ambas as situações identificamos que o executado será ressarcido em caso de não reconhecimento da obrigação em juízo da obrigação, ambas correm por iniciativa e conta do requerente, ambas podem ser objeto de prestação de caução.

A distinção entre “execução provisória” e “execução suspensa” residiria então apenas no fato de que, para a primeira, há a necessidade de se instruir novos autos processuais com o título judicial, enquanto que na segunda já existem os autos processuais com o título.

Por ser isso mera questão de forma, sem qualquer conteúdo processual relevante, parece-nos não ser a melhor resposta.

Por fim, prediz o art. 739 do CPC as hipóteses de rejeição liminar dos embargos, o que nos leva a crer que a parte final do art. 587, que remete expressamente para o art. 739, permite que a apelação contra rejeição dos embargos também pode conferir o caráter provisório à execução iniciada na modalidade definitiva.

Diante de todo o exposto, eis que surge a indagação: A execução provisória a qual se refere à segunda parte do art. 587 do CPC, limitar-se-ia a disciplinar a execução provisória da sentença prolatada nos embargos?

Pois bem, se o pedido dos embargos foi julgado improcedente, quem tem interesse e legitimidade para apelar é o executado/embargante vencido e a execução provisória corre por iniciativa do exequente/embargado vencedor.

¹⁵ Art. 520, V, do CPC.

¹⁶ Art. 736. (...) Parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, que poderão ser declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

Nesse compasso, o que executar provisoriamente? Multa¹⁷, honorários e reembolso de custas?

Para o que mais se prestaria a execução provisória de embargos improcedentes?

Qual a razão de existência da segunda parte do art. 587 do CPC, frente aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e economia processual?

Parece-nos não ser esta a razão que justificou a normatização do instituto da forma como foi redigida, e nem mesmo será a melhor resposta se considerarmos todo o exposto a partir da consideração das perspectivas do processo civil contemporâneo.

6. Fundamentação teleológica para a defesa da provisoriedade da execução.

Conforme vastamente demonstrado neste estudo, invocamos a análise hermenêutica da norma¹⁸ a fim alcançar a realização do processo justo.

Supor que a força executiva dos títulos extrajudiciais os torna imutáveis ou inquestionáveis parece-nos algo extremamente frágil e temerário. Isso conferiria ao documento escrito maior valor exequível do que o conferido à própria sentença prolatada por aquele que está investido em jurisdição.

Essa “maior força” é um contrassenso na medida em que as decisões judiciais possuem aptidão de retirar dos títulos extrajudiciais qualquer de seus elementos constitutivos, como, por exemplo, quando reconhece a nulidade da cártula.

Se adotarmos de modo engessado o caráter de definitividade da execução do título, estaremos obstaculizando o sistema processual e sequer poderá o credor da obrigação fazer uso do direito de assumir os riscos e oferecer caução, cercando-lhe a oportunidade de requerer a execução provisória por sua conta e responsabilidade, tal como poderia ocorrer se o título fosse executivo judicial não definitivo, do art. 457-O.

¹⁷ Desde que não seja decorrente de litigância de má-fé, pois, neste caso, aplicar-se-á o art. 739-B, que estabelece que será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos.

¹⁸ A interpretação da norma deve considerar a finalidade do direito de realizar justiça verificando caso a caso para conferir as melhores respostas, sem subjetivismo, e sim atento ao olhar teleológico, como já anunciara o legislador ao dispor na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.

Em favor do executado, apontamos que nem mesmo a impugnação da execução definitiva por meio de embargos do executado recebidos no efeito suspensivo impedirá a prática dos atos de penhora e avaliação dos bens, que poderão até mesmo ser alienados antecipadamente em casos específicos, como vimos¹⁹.

A violação às garantias processuais evidencia a importância de se ressaltar isso, pois, se se tratasse de execução provisória, caberia ao exequente responsabilidade de arcar com prejuízos que o executado viesse a sofrer em razão das medidas de constrição e expropriação patrimonial então decorrentes.

Não é razoável a **disparidade** real quando a execução é feita com base em título executivo judicial e extrajudicial. Reflitamos acerca do exposto no quadro sistemático a seguir:

I - Título Judicial:

- a) Situação jurígena: Sentença submetida a reexame por força de interposição de recurso de apelação;
- b) Possibilidade processual: A execução provisória poderia ser feita, dadas as garantias do art. 475-O, inclusive para se antecipar os meios expropriatórios, desde que prestada caução;
- c) Benefícios: mais seguro para o executado, por força da caução prestada, e confere direito de escolha ao exequente.

II - Título Extrajudicial:

- a) Situação jurígena: Execução de título extrajudicial perante a qual foram opostos embargos do devedor recebidos com efeito suspensivo;
- b) Possibilidade processual: pela regra do art. 587 do CPC c/c Súmula 317 do STJ, resulta em *suspensão* da execução (não há transmutação em execução provisória), permitindo-se, contudo, o seguimento dos atos de penhora e avaliação (§ 6º do art. 739-A), e mesmo a possibilidade de expropriação precoce (art. 670 do CPC);

¹⁹ Lembremos que o art. 670 do CPC confere ao julgador poderes para autorizar a alienação antecipada dos bens penhorados. Em complemento, a oposição de embargos, ainda que dotado de efeito suspensivo, por força do § 6º do art. 739-A, “*não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens*”.

- c) Malefícios: não há segurança de prestação de caução em favor do executado, e nem possibilidade de o exequente seguir formalmente com a execução provisória.

Admitir que a Súmula 317 do STJ não foi recepcionada pelo art. 587 do CPC, com redação dada pela Lei n. 11.382/06 é dar nova roupagem e igualdade de ferramentas tanto à primeira quanto à segunda modalidades executivas, ambas simplesmente *execução* enquanto medida de sub-rogação e expropriação forçada.

Essa razão conduz à indagação dos motivos de impedimento da execução provisória de execução de título extrajudicial.

Por que não viabilizar ao credor que, por sua conta e risco, assumo interesse em procedimentos expropriatórios, desde que garantido o juízo?

Vamos além. *I. e.*, na execução de título extrajudicial para entrega de coisa certa, o exequente poderia se beneficiar de oportunidades negociais do objeto em disputa, desde que prestando caução em favor do executado.

A redação do art. 587 do CPC é clara a demonstrar o propósito do legislador de modificar no sistema e abrir a possibilidade de se convolar execução definitiva em provisória, desde que a cargo, responsabilidade e interesse do suposto credor.

Para encerrar a defesa aqui apresentada, o ponto nodal que conferiria a possibilidade de conversão em provisória da execução iniciada como definitiva é que a execução somente pode ser agraciada com o efeito suspensivo na hipótese de oposição de embargos recebidos com esse efeito, o que evidencia a existência de resquício mínimo de *fumus boni iuris* demonstrado pelo devedor.

Essa manifestação jurisdicional favorável ao embargante reflete a fragilização da *presunção iuris tantum*, que até então favorecia o exequente, e abertura do viés contraditável, o que já autoriza, por si só, a suspensão. Então por que não a provisoriedade?

Decerto a concessão do efeito suspensivo conferido deu-se com aporte em fundamento jurídico hábil a demonstrar que tais características em algum momento quedaram *relativizadas* o que já justificaria que a força do título executivo extrajudicial possa ser transmutada.

Agir de modo diverso é congelar o feito (suspensão da execução) e seguir na contramarcha da sistemática do direito processual contemporâneo que deve garantir, inclusive, a *duração razoável do processo* e a *isonomia*.

7. Perspectivas no Novo CPC (PLS 166/2010)

A redação do PLS 166/2010 e do Substitutivo da Câmara dos Deputados (nº 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados) deixaram de tratar da matéria em estudo, não havendo correspondente ao texto do atual art. 587 do CPC.

Há provisoriedade da execução na fase do cumprimento de sentença (art. 534 do PL), assim como a norma inova ao permitir que o portador de título executivo extrajudicial opte pelo ajuizamento de ação de conhecimento com a finalidade de obter título executivo judicial.²⁰

Seguramente, depois de todo exposto e da importância de se viabilizar a execução provisória na execução de título extrajudicial, defendemos que tal temática deva ser incluída no PLS n. 166/2010, por meio da simples reprodução do atual art. 587 do CPC, acrescida da remissão expressa ao procedimento de execução provisória (art. 534 do PL), estabelecido para o cumprimento da sentença (processo de conhecimento).

Deste modo entendemos que serão atendidos direitos e garantias de exequente e executado, alcançando-se a realização do processo justo.

8. Considerações finais.

Concluimos ser plenamente possível a execução provisória de título executivo extrajudicial.

Parece-nos um contrassenso inadmitir, por um lado, a execução provisória, embora expressamente autorizada pelo legislador da reforma de 2006 e, por outro lado, admitir a suspensão da execução sem prejuízo da continuação dos atos de penhora e avaliação de bens do executado.

²⁰ SDC no PLS 166/2010: “Art. 801. A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”.

É direito do exequente optar por promover a execução provisória em vez de se sujeitar à suspensão da execução. Em complemento, é direito do executado obter mais garantias pecuniárias com a execução provisória do que aquelas que lhe vêm sendo dadas com a suspensão da execução; suposta benesse que não impede o seguimento dos atos de constrição e expropriação patrimonial precoce na execução “suspensa” (parágrafo único do art. 739-A e art. 670 do CPC, respectivamente).

Observamos que nos embargos à execução, ainda que o pedido tenha sido julgado improcedente, se esse remédio jurídico foi agraciado com a concessão do efeito suspensivo, é porque em algum momento houve o vislumbre de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, o que para nós já consagra elemento suficiente a transmutar em provisória a execução do título executivo, com as consequências então decorrentes, em prol da maior segurança para o executado, notadamente se for reconhecido em decisão final que lhe assiste razão.

Ademais, permitir que o exequente assumira o risco da execução provisória é conferir-lhe o direito de escolha de prestar caução e seguir na marcha processual, o que não pode ser realizado na execução suspensa.

Entendemos, portanto, que não se pode cogitar a permanência da execução definitiva nesses casos como regra absoluta e imutável, pois, apesar da certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo extrajudicial, deve-se atentar para os princípios do desfecho único e da satisfatividade, sem abrir mão do princípio do contraditório e da ampla defesa, inerentes ao Estado Democrático de Direito, que permitem a elucidação da controvérsia e justificam a realização do direito por meio do processo justo e a efetividade da prestação jurisdicional.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEM, José Antônio. *Embargos do Devedor*. 3. ed. São Paulo: editora Conan, 1995.

ALVIM, J. E. Carreira e CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim. *Nova Execução de Título Extrajudicial*. Curitiba: editora Juruá, 2007.

ARAÚJO, Luciano Vianna. “A provisoriedade do título executivo extrajudicial segundo precedente do Superior Tribunal de Justiça”. In *Revista de Processo*. Ano 34. N. 169. Mar 2009, pp. 297-303.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil*, in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 72/179.

BELTRAME, José Alonso. *Dos Embargos do Devedor*. Teoria e Jurisprudência. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL/ Congresso Nacional. *Lei n.º 11.382, de 06 de dezembro de 2006*. Altera dispositivos da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Brasília/DF, 2006.

BRASIL/ Congresso Nacional. *Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant (tradução de Ellen Gracie Northfleet). *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. “Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas”, *Revista Forense* n.º 318 pp. 119/128.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. “A ‘nova’ execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito?”. *In Revista Forense*. N. 391, v. 103. Mai-jun 2007, pp. 13-24.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo" (Modelli a confronto)* in *Revista de Processo*, vol. 90, ano 23, abr-jun/1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 95/148.

_____. *Garanzie Minime del "Giusto Processo" Civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani* in *Revista de Processo*, vol. 112, ano 28, out/dez/2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 159/176.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 8ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Execução Civil*. 8. ed. rev., atual. São Paulo: editora Malheiros, 2002.

DUARTE, Márcia Michele Garcia; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; BARBOSA, Hugo Penna. *A Lei n. 11.382/06 e a Nova Sistemática da Execução dos Títulos Extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FUX, Luiz. *O Novo Processo de Execução (cumprimento de sentença e a execução extrajudicial)*. Rio de Janeiro: editora Forense, 2008.

GARCIA, Izner Hanna. *Embargos à Execução*. (de acordo com a Lei n. 10.444, de 07/05/2002). Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*.
<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto165.htm>, Acesso em: 02
de maio de 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. Tradução de José Guimarães
Menegale. São Paulo: editora Saraiva, 1952.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. São Paulo: editora Saraiva,
1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (Coordenador). *A Nova Execução: Comentários à Lei
nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Nova Sistemática do Cumprimento de
Sentença: reflexões sobre as principais inovações da Lei nº 11.232/05* (artigo publicado na
Revista Dialética de Direito Processual, vol. 37, pp. 46/62, São Paulo: Oliveira Rocha,
2006).

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. “A definitividade da execução fundada em título
extrajudicial diante da nova redação dada ao art. 587 do CPC pela Lei 11.382/2006”. In
WAMBIER, Luiz Rodrigues et al (coords). *Execução Civil: estudos em homenagem ao
Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 841-
849.

TARZIA, Giuseppe. *L’Art 111 Cost. e le Garanzie Europee des Processo Civile* in Revista
de Processo, vol. 103, ano 26, jul-set/2001, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 156/174.

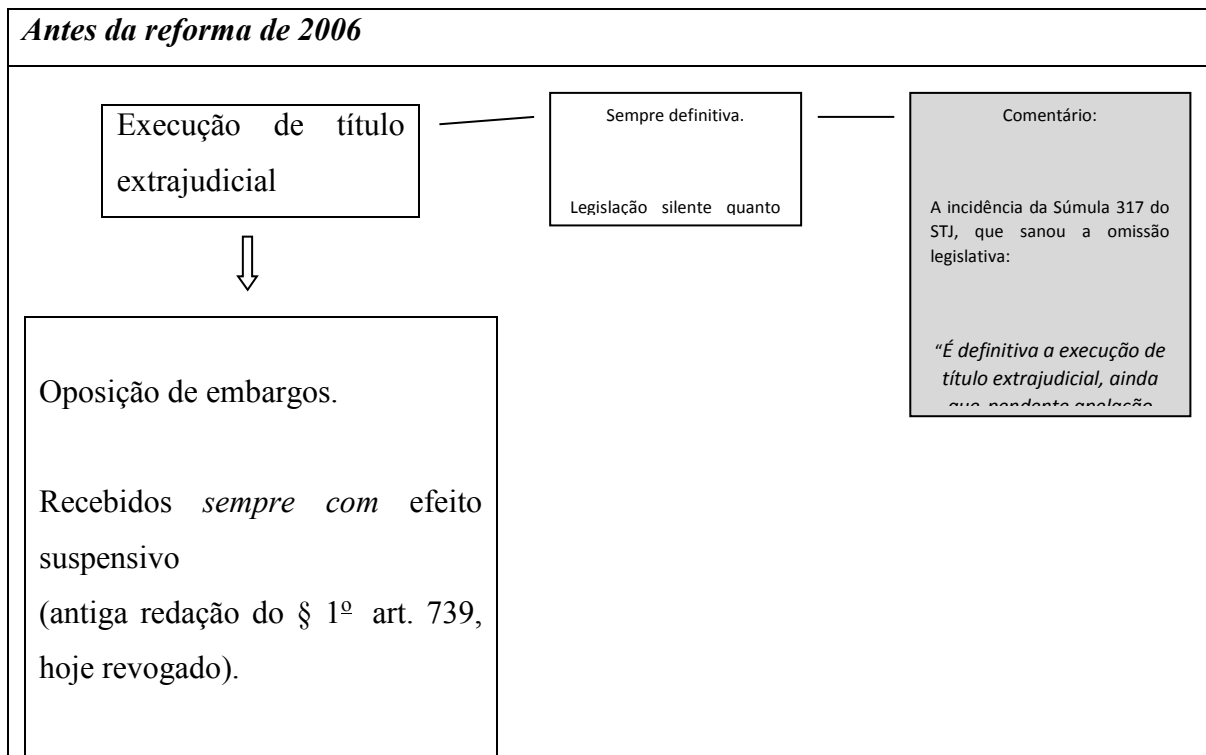
THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*. Rio de
Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. V. II. 40. ed. Rio de Janeiro: editora Forense, 2006.

_____. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*. Rio de Janeiro: editora Forense, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

Quadro Esquemático I:



Quadro Esquemático II:

