
A EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

THE PRELIMINARY ENFORCEMENT AGAINST THE STATE TREASURY

Leonardo Castro de Sá Vintena¹
Procurador do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Execução Provisória; 2 A execução provisória em face da Fazenda Pública; 3 Conclusão; Referências.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE).

RESUMO: Analisam-se as questões relevantes envolvendo a execução provisória em face da Fazenda Pública. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se ao estudo da execução provisória em face dos particulares, ressaltando o seu importante papel na busca da celeridade e efetividade processual e apontando as distinções existentes com relação à execução definitiva. Em seguida, aborda-se o regime jurídico da execução em face da Fazenda Pública e suas prerrogativas processuais no procedimento da execução. Por fim, analisa-se a possibilidade da instauração de execução provisória em face da Fazenda Pública, seus requisitos e restrições, bem como o tratamento distinto conferido à execução da obrigação de pagar se comparada às demais.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Provisória. Fazenda Pública. Precatório. Trânsito em Julgado.

ABSTRACT: We analyze the relevant issues involving the preliminary enforcement against the State Treasury. For better understanding of the topic, the first part turns to the study of the preliminary enforcement against the private, emphasizing its important role in the pursuit of speed and procedural effectiveness and pointing out the existing distinctions in comparison to the final enforcement. It then discusses the legal regime of the enforcement against the State Treasury and their procedural prerogatives in the enforcement procedure. Finally, we analyze the possibility of commencing a preliminary enforcement against the State Treasury, its requirements and restrictions, as well as the different treatment given to the enforcement on the obligation to pay if compared to the others.

INTRODUÇÃO

Esta obra tem por objetivo promover, por meio de consulta à legislação, doutrina e jurisprudência, uma detida análise da execução provisória contra a Fazenda Pública.

Referido estudo é de suma importância, tendo em vista que o ordenamento processual civil brasileiro admite expressamente a execução provisória no artigo 475-O do CPC e enumera diversas hipóteses em que os recursos serão recebidos apenas no efeito devolutivo, possibilitando, portanto a utilização daquela figura.

Por outro lado, a Fazenda Pública goza de prerrogativas que apontam para uma execução diferida, tais como o reexame necessário, as restrições à concessão de liminares e antecipações de tutela e a sistemática do precatório, que condiciona o pagamento de quantia em dinheiro ao prévio trânsito em julgado de decisão final condenatória.

Pretende-se, com este trabalho, aprofundar e sistematizar o conhecimento sobre o instituto da execução provisória, distinguindo-a da execução definitiva, enumerando as suas hipóteses de cabimento e analisando o seu procedimento.

Em seguida, aborda-se a possibilidade de execução provisória em face da Fazenda Pública, demonstrando e justificando o tratamento dispensado às obrigações de pagar e destacando-o daquele conferido às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

Busca-se, ainda, esclarecer uma dificuldade prática enfrentada pela Fazenda Pública em juízo, consistente na execução de obrigações de fazer que impliquem, indiretamente, no pagamento de quantia.

Também merece destaque a questão referente à possibilidade de execução provisória nos Juizados Especiais de Fazenda Pública e nos Mandados de Segurança, que possuem procedimentos específicos.

Por fim, procura-se, com o presente estudo, apresentar sugestões para a melhoria do arcabouço legislativo relativo à execução provisória em face da Fazenda Pública, expondo as dificuldades ainda enfrentadas por tais entes que justificam um tratamento diferenciado, e ao mesmo tempo, sem desprestigiar a celeridade e a efetividade dos provimentos jurisdicionais buscadas pelos particulares.

1 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA

1.1 Noções gerais. Distinguição entre execução definitiva e execução provisória

Antes de adentrar na análise da execução provisória, seu regime jurídico e hipóteses de cabimento, mostra-se necessário distingui-la da execução definitiva.

Até a entrada em vigor da Lei nº 10.444/2002, a principal diferença entre a execução provisória e a definitiva residia na possibilidade de chegar-se ou não à fase final do procedimento executivo, com a entrega do objeto da prestação do credor.²

Enquanto a execução definitiva permitia o alcance do resultado material pretendido pelo credor, na execução provisória não era possível chegar à fase final, limitando o procedimento à prática de atos preparatórios.

Por esse motivo, parte da doutrina entendia tratar-se a execução definitiva de uma “execução completa” e a execução provisória de uma “execução incompleta.”³

Após a referida alteração legislativa, que reformou o artigo 588 do CPC [posteriormente revogado pela Lei nº 11.232/2005], houve uma ampliação do papel da execução provisória. Passou a ser possível, ainda que mediante a observância de certas condições especiais, o alcance do resultado material pretendido pelo credor em sede de execução provisória.

Tornou-se necessário, portanto, encontrar outro ponto de distinção entre a execução provisória e a definitiva.

E segundo a doutrina, o critério diferenciador passou a ser a estabilidade do título em que se funda a execução. Tratando-se de execução fundada em decisão definitiva transitada em julgado, está-se diante de uma execução definitiva. Tratando-se de execução fundada em decisão passível de alteração, está-se diante de uma execução provisória.⁴

Importante atentar para o fato de que, na sistemática atual, provisória é apenas a natureza do título executivo, “*os atos executivos praticados em virtude de sentença que ainda não foi confirmada pelo tribunal não podem ser chamados de provisórios.*”⁵

Nesse sentido se manifestou Cassio Scarpinella Bueno, *in verbis*:

2 DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 40.

3 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 371/372.

4 DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 40.

5 MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 368.

É que a execução que aqui analiso não é, propriamente, provisória, nem temporária. Estas duas palavras, usualmente associadas às tutelas de urgência em processo civil, dão a falsa impressão de que a execução, por ser provisória, sê-lo-ia porque aguardaria o pronunciamento de uma decisão futura que venha substituí-la ou conformá-la.

[...]

A execução provisória é muito mais uma execução antecipada do que, propriamente, provisória.⁶

Também não há que se falar que os efeitos da decisão passível de alteração são provisórios. Segundo Luís Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Provisório é o ato jurisdicional (ou a decisão em senso lato) em que se funda a execução chamada de provisória. A decisão que recebe a apelação apenas no efeito devolutivo (e, portanto, não tem efeito suspensivo) abre oportunidade para a sentença produzir imediatamente seus efeitos. Tais efeitos, à semelhança do que ocorre com a execução não são diferentes dos efeitos de uma sentença transitada em julgado. Neste ponto, a distinção não está nos efeitos, mas sim na qualidade que os cobre, já que apenas a sentença transitada em julgado produz efeitos qualificados pela autoridade da coisa julgada material.⁷

Exatamente por esses motivos a doutrina critica as nomenclaturas execução definitiva e execução provisória, entendendo que mais correto seria utilizar os termos *execução fundada em decisão definitiva e execução fundada em decisão provisória*⁸, ou mesmo *execução completa fundada em título definitivo e execução completa fundada em título provisório*⁹.

Verifica-se, a toda evidência, que a distinção entre execução provisória e definitiva foi corretamente empregada na definição formulada por Scarpinella Bueno:

6 BUENO, Cassio Scarpinella. Execução Provisória. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Execução Civil (Aspectos Polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 41.

7 MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 370.

8 DIDIER JÚNIOR, et al., loc. cit.

9 MARINONI; RENHART, op. cit., p. 372.

A execução provisória pode ser entendida como a possibilidade de a sentença ou o acórdão serem executados, isto é, cumpridos antes de seu trânsito em julgado. Dito de outro modo: a execução provisória é a autorização para que uma decisão judicial surta efeitos concretos mesmo enquanto existem recursos pendentes de exame perante as instâncias superiores.¹⁰

Estabelecidas essas primeiras premissas, passa-se ao estudo das hipóteses de cabimento da execução provisória.

1.2 Hipóteses de cabimento da execução provisória

Conforme dispõe o Código de Processo Civil, em seu artigo 475-I, § 1º, a execução provisória de título judicial só é cabível quando a sentença exequenda for impugnada por recurso ao qual não tenha sido atribuído efeito suspensivo:

Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e *provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.* (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) (grifo nosso)

Primeiramente, deve-se apontar uma atecnia presente tanto no artigo 475-I, § 1º, quanto no artigo 475-O, do CPC. Trata-se do emprego contínuo da palavra “sentença” ao se referir à execução provisória.

Evidente que, se o recurso ao qual não tenha sido atribuído efeito suspensivo for uma apelação, a decisão executável será uma sentença. Contudo, ao longo de um processo judicial são proferidas inúmeras decisões impugnáveis por recursos não dotados de efeito suspensivo. Em todos esses casos será possível a execução imediata da decisão.

Em outras palavras, “*não é apenas a sentença que pode ser executada no curso do processo ou na pendência do recurso não recebido no efeito suspensivo.*”¹¹

10 BUENO, Cassio Scarpinella. Execução Provisória. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Execução Civil (Aspectos Polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 39.

11 MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 365.

Nesse sentido, é executada de plano, no curso do procedimento de primeiro grau, a decisão que defere a antecipação de tutela. Tratando-se de decisão proferida em sede de cognição sumária, desprovida de imutabilidade, nada impede a sua reforma e conseqüentemente, o retorno das partes ao estado anterior.

Verifica-se, portanto, que o cumprimento da decisão antecipatória de tutela em muito se assemelha à execução provisória da sentença.

Também podem ser executados provisoriamente os acórdãos proferidos pelos órgãos colegiados de segundo grau, o que na prática se verifica com muita frequência. Isso se deve ao fato de que, em regra, os recursos extraordinário e especial – utilizados para impugnar os acórdãos – são recebidos apenas no efeito devolutivo.

Portanto, para os fins deste estudo, “*a expressão ‘sentença’, assim, quer significar decisão, ou melhor, qualquer decisão passível de execução na pendência do recurso.*”¹²

Enfrentada e confirmada a possibilidade de execução provisória das decisões interlocutórias e dos acórdãos, passa-se agora ao estudo das hipóteses de cabimento da execução provisória da sentença.

Conforme mencionado acima, o Código de Processo Civil, ao dispor sobre a execução provisória, refere-se exclusivamente à sentença. Ironicamente, “*o direito brasileiro admite que a sentença seja executada na pendência do recurso de apelação apenas em hipóteses excepcionais.*”¹³ Isso porque, em regra, o recurso de apelação é recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo. Nesse sentido, veja-se o artigo 520 do Código de Processo Civil:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito *devolutivo e suspensivo*. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

- I - homologar a divisão ou a demarcação;
- II - condenar à prestação de alimentos;
- III - (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005)
- IV - decidir o processo cautelar;

¹² Ibidem, p. 365.

¹³ Ibid., p. 355.

V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

(grifo nosso)

Verifica-se, contudo, que o próprio artigo 520 do CPC elenca seis exceções em que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo. Nesses casos, o ordenamento jurídico pátrio permite a execução provisória da sentença. Todavia, esse rol de exceções não é taxativo.

O Código de Processo Civil também estabelece que o recurso de apelação será recebido somente no efeito devolutivo no caso de sentença de interdição [artigo 1.184 do CPC].

Do mesmo modo, fora do Código de Processo Civil diversos diplomas preveem hipóteses em que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo, possibilitando a execução provisória da sentença.

Um dos principais para os fins deste trabalho é a Lei nº 12.016/09, que, em seu artigo 14, § 3º, dispõe que *“a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar”*.

Também merece destaque o artigo 14 da Lei nº 7.347/85 que, ao dispor que *“o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”*, deixa implícito que a regra na ação civil pública é o recebimento dos recursos apenas no efeito devolutivo.

Com relação ao processo de desapropriação, o artigo 28 do Decreto-lei nº 3.365/41 dispõe que *“da sentença que fixar o preço da indenização caberá apelação com efeito simplesmente devolutivo, quando interposta pelo expropriado, e com ambos os efeitos, quando o for pelo expropriante”*.

Na mesma linha, o artigo 58, V, da Lei nº 8.245/91 estabelece que nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessórios da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação *“os recursos interpostos contra as sentenças terão efeito somente devolutivo”*.

Por fim, é interessante lembrar que mesmo nas hipóteses em que a legislação prevê o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, o apelante dispõe de um mecanismo processual apto à obtenção do efeito suspensivo, mediante demonstração da relevância dos fundamentos do recurso e fundado receio de sofrer grave lesão. Veja-se, nesse sentido, o artigo 558 do CPC:

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. *Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520.* (grifo nosso)

Nas palavras de Luís Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Ou seja, o art. 558 também se aplica aos casos em que o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo. Neste caso o recorrente pode pedir ao juiz – invocando a relevância dos fundamentos do recurso e fundado receio de sofrer lesão grave e de difícil reparação – que receba a apelação no efeito suspensivo.¹⁴

Um último comentário quanto a este ponto se faz necessário. Caso o juiz, mesmo provocado pelo recorrente nos termos do artigo 558, parágrafo único, do CPC, receba o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, caberá agravo de instrumento contra a referida decisão. Além disso, nada impede que, após a distribuição da apelação no tribunal, o recorrente requeira a concessão do efeito suspensivo diretamente ao relator do recurso.

1.3 Regime jurídico da execução provisória

A execução provisória de título judicial é regulada pelo artigo 475-O do CPC.

Primeiramente, merece destaque o *caput* do artigo 475-O, ao dispor que a execução provisória far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a execução definitiva.

Tal dispositivo se coaduna com as alterações realizadas no artigo 558, II, do CPC [alterado pela Lei nº 10.444/02] e agora no artigo 475-O, III, do CPC [introduzido pela Lei nº 11.232/05], que passaram a admitir a prática de atos expropriatórios em sede de execução provisória, mesmo que com algumas limitações.

¹⁴ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 359.

*“De todo modo, ressalvadas essas limitações, a execução fundada em título provisório ocorre segundo o mesmo procedimento reservado para a execução de títulos definitivos.”*¹⁵ Passa-se agora ao estudo das mencionadas limitações, responsáveis por distinguir a execução provisória da definitiva.

1.3.1 Iniciativa para instauração

Quanto à instauração da execução provisória, o artigo 475-O, I, do CPC estabelece que dependerá de requerimento do exequente, ao contrário do que ocorre na execução de sentença definitiva [artigo 475-J do CPC], em que o devedor deve efetuar o pagamento de ofício, no prazo de quinze dias, independentemente de requerimento do credor.

Tal distinção se justifica por vários motivos. O primeiro deles está relacionado ao fato de que *“a execução provisória corre por conta e responsabilidade do exequente, o que afasta a possibilidade de imputação das despesas do processo ou dos honorários advocatícios ao executado.”*¹⁶

O segundo motivo consiste na possibilidade de provimento do recurso interposto pelo executado e conseqüente modificação ou reforma do título [artigo 475-O, II, do CPC], o que implica na restituição das partes ao estado anterior, ou seja, no desfazimento de todos os atos executórios praticados.

Por fim, também justifica a necessidade de requerimento do exequente para a instauração da execução provisória o fato de que o mesmo responderá objetivamente pelos prejuízos causados ao executado, caso venha a ser extinta a execução [artigo 475-O, I, do CPC].

Dessa forma, acertada a decisão legislativa de subordinar a instauração da execução provisória à iniciativa do credor, tendo em vista os riscos por este suportados.

1.3.2 Instrumento próprio

Nos termos do artigo 475-O, § 3º, do CPC, ao requerer a execução provisória, o requerente instruirá a petição com cópias de documentos e peças dos autos principais, que sejam necessários para o desenvolvimento da atividade executiva.¹⁷

Tal providência se faz necessária pelo fato da execução provisória ser processada em autos separados.

15 MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 376.

16 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 196.

17 DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 197.

E não poderia ser diferente, tendo em vista que, paralelamente à execução provisória, continua em curso o processo de conhecimento, este último em fase de julgamento de recurso. Portanto, seria inviável o desenvolvimento de ambas as atividades nos mesmos autos, já que são realizadas em juízos e instâncias distintos.

A execução definitiva, por sua vez, é ordinariamente realizada nos autos principais, diante do trânsito em julgado da fase cognitiva e inexistência de atividades paralelas a serem praticadas nos autos principais.

No entanto, existem exceções em que a execução provisória pode transcorrer nos autos principais e a execução definitiva pode transcorrer em autos apartados. Sem adentrar em profundidade na questão, pode-se citar como exemplo do primeiro caso a execução da tutela antecipada e do segundo caso a execução definitiva de parte da sentença não apelada, que transitou em julgado.¹⁸

1.3.3 Restituição das partes ao estado anterior

Na hipótese de provimento do recurso interposto pelo executado, que modifique ou anule a sentença exequenda, o artigo 475-O, II, do CPC determina que fica sem efeito a execução provisória, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento.

O dispositivo em comento enumera, portanto, dois mecanismos de defesa do direito do executado, em relação de subsidiariedade. Primeiro verifica-se a possibilidade de restituição das coisas ao estado anterior. Caso a mesma se mostre impossível ou insatisfatória, abre-se a possibilidade de liquidação dos prejuízos pela via da indenização.

Nas palavras de Luís Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

É possível a restituição no estado anterior quando é viável a volta ao estado material que era anterior à execução. Quando é possível a restituição no estado anterior e ainda assim ocorreram danos, além da restituição, é devida indenização. Nos casos em que a restituição é impossível o executado deve ser indenizado em razão desta situação e dos eventuais danos que lhe foram provocados.¹⁹

¹⁸ *Ibidem*, p. 199.

¹⁹ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 378.

Muito se discute acerca da restituição das partes ao estado anterior na hipótese de expropriação do bem penhorado. Em que pesem entendimentos em sentido contrário, de acordo com o atual ordenamento jurídico não é cabível o desfazimento da arrematação, restando ao executado apenas a indenização pelo prejuízo sofrido.

O artigo 475-O, III, do CPC permite expressamente a prática de atos que importem alienação da propriedade, determinando, salvo nos casos de dispensa [art. 475-O, § 2º], o oferecimento de caução suficiente e idônea.

O objetivo da caução é justamente indenizar o executado pela perda da propriedade na hipótese de reforma da sentença exequenda. Não há, portanto, substrato lógico para se concluir pelo desfazimento da arrematação.

Além disso, o terceiro adquirente não possui qualquer relação com as partes em litígio, não podendo ser prejudicado pela desconstituição do título executivo, sob pena de estabelecer-se uma situação de extrema insegurança jurídica.

Enfim, não se deve cometer o erro de confundir execução provisória com arrematação provisória. A execução é provisória por ser fundada em título passível de reforma. A expropriação, por sua vez, é definitiva, trata-se de um ato jurídico perfeito que independe da natureza do título executivo.

1.3.4 Responsabilidade do exequente

Conforme já mencionado, a execução provisória corre por conta e responsabilidade do exequente, nos termos do artigo 475-O, I, do CPC. Isso significa que o credor responderá pelos prejuízos causados ao executado, caso o seu título seja cassado ou alterado.

A responsabilidade será objetiva, pois independe de culpa ou do ânimo subjetivo do exequente, decorrendo apenas da reforma da decisão em que a execução se fundou.

Trata-se, ainda, de hipótese de responsabilidade civil pela prática de ato lícito, *“uma vez que a execução da decisão provisória não é apenas expressamente autorizada por lei, como também encontra respaldo no direito fundamental à duração razoável do processo [art. 5º, LXXVIII, da CF].”*²⁰

A responsabilidade do exequente justifica-se pelo fato de que *“o processo não deve resultar em prejuízos para aquele que tem razão, pois deve conferir ao vencedor tudo aquilo que ele obteria no caso de cumprimento*

20 MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 377.

*espontâneo da obrigação.*²¹ Em outras palavras, o vencido tem o dever de indenizar o vencedor pelos prejuízos sofridos em decorrência do processo.

Deve-se atentar para o fato de que o ressarcimento previsto no artigo 475-O, I, do CPC também engloba uma indenização por prejuízos sofridos em razão do período em que o executado foi privado da fruição da quantia ou da coisa, bem como de eventuais danos a ela causados.

Também deve ser objeto de reparação, pelo exequente, eventual multa coercitiva imposta ao executado no curso da execução provisória.

Por fim, nada impede que o exequente seja condenado ao pagamento indenização por danos morais sofridos pelo executado, caso os mesmos sejam comprovados nos autos.

1.3.5 Necessidade de o exequente prestar caução

Outra particularidade da execução provisória está prevista no artigo 475-O, III, do CPC, e consiste na necessidade de prestação de caução suficiente e idônea para 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.

Trata-se de uma contracautela que deve ser exigida do credor, sempre “*antes da prática do ato que possa acarretar modificação do patrimônio do executado e não simplesmente em razão do início da execução da decisão provisória.*”²²

A caução, que decorre da provisoriedade e mutabilidade do título que embasa a execução provisória, será fixada pelo juiz e prestada nos próprios autos, podendo ser real [penhor, hipoteca, anticrese, etc.] ou fidejussória [fiança, cessão de créditos ou direitos, etc.].

Já o artigo 475-O, § 2º, do CPC prevê duas hipóteses em que a caução poderá ser dispensada pelo juiz.

A primeira hipótese de dispensa de caução depende de três requisitos, quais sejam: (i) crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito; (ii) limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, e (iii) o exequente se encontrar em situação de necessidade.

21 DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 202.

22 MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 374.

A caução apenas será dispensada se os três requisitos estiverem presentes, podendo-se presumir a situação de necessidade quando se tratar de crédito de natureza alimentar.²³

A segunda hipótese de dispensa da caução ocorre quando estiver pendente agravo de instrumento contra despacho denegatório de recurso extraordinário ou de recurso especial, em virtude da própria natureza desse recurso.

A dispensa da caução, na hipótese do art. 475-O, § 2º, II, baseia-se na suposição de que os recursos especial e extraordinário, que devem se fundar em hipóteses excepcionais, têm pouca chance de sucesso após a decisão que, ao não admiti-los no tribunal de origem, obrigou à interposição de agravo no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal, conforme o caso.²⁴

Entretanto, o artigo 475-O, § 2º, II, do CPC confere ao juiz o poder de exigir a prestação de caução pelo exequente mesmo na pendência do citado agravo de instrumento, quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano ao executado, de difícil ou incerta reparação.

2 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

2.1 A Fazenda Pública e seu regime jurídico diferenciado

A execução por quantia certa contra particulares tem como finalidade precípua a satisfação do credor, valendo-se para tanto das técnicas de constrição e expropriação dos bens do devedor.

Não ocorrendo o pagamento voluntário, realiza-se uma constrição sobre bem de titularidade do devedor, denominada penhora [art. 612, CPC], que institui direito de preferência em favor do credor sobre o bem penhorado.

Passada essa etapa, tem início a fase de expropriação, que pode consistir, nos termos do artigo 685-A do CPC: (i) na adjudicação, pelo credor, do bem penhorado; (ii) na alienação particular do bem penhorado para pagamento da dívida; (iii) na alienação por hasta pública; (iv) no usufruto, pelo credor, do bem penhorado.

²³ DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 204.

²⁴ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 375.

No entanto, quando o devedor for a União, o Distrito Federal, Estado, Município, autarquia ou fundação pública, as regras supramencionadas não serão aplicáveis, porquanto os bens públicos de uso comum e de uso especial são dotados de impenhorabilidade e inalienabilidade [art. 100, do CC] e os bens públicos dominicais somente podem ser alienados se observadas as exigências legais [art. 101, CC].²⁵

Além disso, sobre a Fazenda Pública recai a presunção de solvabilidade, o que por si só colocaria em dúvida a utilidade e necessidade de garantia do juízo e a adoção de medidas de constrição.²⁶

Portanto, a execução contra a Fazenda Pública rege-se por regras próprias, cuja finalidade é possibilitar a satisfação do credor sem a utilização das técnicas de constrição e expropriação.

Tais regras estão previstas no artigo 100 da Constituição Federal, em dispositivos do ADCT e nos artigos 730, 731 e 741 do CPC, e basicamente, determinam que os pagamentos feitos pela Fazenda Pública sejam despendidos pelo erário, devendo obedecer à sistemática do precatório.

2.2 Interesses antagônicos: celeridade e efetividade X proteção do erário e isonomia

Já foi possível verificar que a execução provisória tem cabimento na pendência de decisão interlocutória, sentença ou acórdão, desde que impugnados por recurso ao qual não tenha sido atribuído efeito suspensivo.

Também se esclareceu que no ordenamento atual, provisória é apenas a natureza do título executivo, motivo pelo qual é possível, em sede de execução provisória, o alcance do resultado material pretendido pelo credor, em observância aos princípios da celeridade e efetividade da jurisdição.

Por outro lado, foi apresentado e justificado o regime especial de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, fruto de sua presunção de solvabilidade, das garantias que recaem sobre os bens públicos e dos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público.

²⁵ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 404.

²⁶ Ibid., p. 408.

A partir deste momento, depois de estabelecidas todas as premissas necessárias à boa compreensão da matéria, será enfrentada a questão central do trabalho, referente à possibilidade, ou não, de execução provisória em face da Fazenda Pública.

Mostra-se necessário, portanto, estabelecer uma relação entre duas figuras aparentemente opostas, quais sejam, a execução provisória, com sua finalidade de celeridade e efetividade, e a execução em face da Fazenda Pública, com suas garantias e vedações destinadas à proteção do erário e da isonomia.

E conforme será demonstrado, a solução encontrada pela doutrina e jurisprudência é resultado de uma aplicação mitigada de ambos os institutos.

2.3 Obrigações de pagar: necessidade de prévio trânsito em julgado para a expedição do precatório

Em um passado não muito distante, entendia-se plenamente cabível a execução provisória em face da Fazenda Pública, tendo em vista a ausência de qualquer restrição ou regramento específico.

No entanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 30/2000, o artigo 100 da Constituição da República passou a exigir o prévio trânsito em julgado de decisão exequenda para a expedição do respectivo precatório. Tal regra se justifica pela necessidade de inclusão do crédito no orçamento do ente devedor, devendo este ter uma única destinação. Nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha:

[...] não atende ao interesse público a destinação de verba para pagamento de precatório inscrito provisoriamente, tornando indisponível um valor que poderia ter outra destinação, já que é incerto que realmente será pago ao credor, em vista da possível modificação do status quo, decorrente do eventual provimento de algum recurso interposto ou, até mesmo, de modificação da sentença no reexame necessário.²⁷

No mesmo ano foi editada a Lei Complementar Federal nº 101/2000 [Lei de Responsabilidade Fiscal], que institui sérias penas ao ente público que não concretizar o dispêndio da quantia inscrita no orçamento, ou destiná-la à finalidade diversa da originalmente prevista. Dessa forma, a inscrição em orçamento de um precatório

²⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2011. p. 347/348.

provisório constituiria verdadeiro risco, já que o valor inscrito deveria ser obrigatoriamente utilizado no pagamento do precatório, mesmo que a condenação judicial viesse a ser reformada.

Plenamente justificada, portanto, a exigência de trânsito em julgado para a expedição de precatório, introduzida pela Emenda Constitucional nº 30/2000. A propósito, nesse sentido se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo das alterações legislativas acima mencionadas:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. EFEITOS SOBRE A EXECUÇÃO. PROVISORIEDADE. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

A execução de decisão pendente de julgamento do recurso especial é provisória, o que impossibilita a expedição de precatório, seja originário ou complementar.

Precatório é ordem de pagamento de verba pública, cuja emissão só é possível se o débito for líquido e certo, circunstâncias inexistentes enquanto não se concretizou o trânsito em julgado da decisão.

Agravo regimental improvido.²⁸

A doutrina majoritária também entendeu de forma semelhante, reconhecendo, ainda que algumas vezes a contragosto, a necessidade de prévio trânsito em julgado para o pagamento de condenações judiciais.

A título exemplificativo, veja-se o posicionamento de Cassio Scarpinela Bueno:

Considerando que a própria noção de execução provisória pressupõe autorização para cumprimento do julgado independentemente de seu trânsito em julgado, independentemente de a decisão que a fundamenta (título executivo) pender de confirmação em grau de recurso, fica fácil perceber que a execução provisória para quantia de dinheiro está vedada em face da Fazenda Pública. Justamente porque,

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRMC 618/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199600668337&dt_publicacao=28/06/1999>. Acesso em: 03 abr. 2013.

desde a Constituição Federal, se exige o trânsito em julgado da decisão que legitima a execução.²⁹

No mesmo sentido se manifestou Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

E não foi só. A Emenda Constitucional 30, de 13.09.2000, modificando a redação dos parágrafos do art. 100 da CF, recheou o texto da Carta Magna com a expressão “trânsito em julgado”, ao mesmo tempo em que acrescentou novo dispositivo (art. 78) no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

[...]

Fixou-se, portanto, em âmbito constitucional que a execução contra a Fazenda Pública depende do trânsito em julgado da decisão exequenda. É, lamentavelmente, o que se extrai dos parágrafos do art. 100 da CF.³⁰

Cumpra esclarecer, por oportuno, que a edição da Emenda Constitucional nº 62/2009, que promoveu ampla reforma no regime de pagamentos dos débitos judiciais de titularidade da Fazenda Pública, manteve intacta a necessidade de prévio trânsito em julgado da decisão exequenda para a expedição do precatório. É o que se extrai do atual parágrafo 5º do artigo 100 da Constituição, abaixo transcrito:

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Mostra-se equivocada, com o devido respeito, a tese sustentada por alguns autores, dentre os quais Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, de que a Emenda Constitucional nº 62/2009 legitimou a execução provisória contra a Fazenda Pública, pelo simples fato de que o artigo 100, *caput*, em sua redação atual, faz menção apenas à “sentença

29 BUENO, Cassio Scarpinella. Execução Provisória. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Execução Civil (Aspectos Polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 62.

30 RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Execução Provisória no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 254/256.

judiciária”, omitindo-se quanto à necessidade de trânsito em julgado para a expedição do precatório.³¹

Evidentemente, o artigo 100, *caput*, não deve ser lido isoladamente, devendo ser interpretado em conjunto com o parágrafo quinto, que por sua vez, prevê expressamente a necessidade de trânsito em julgado para a expedição do precatório, pondo um fim à questão.

Outro ponto que merece abordagem é o referente à possibilidade ou não de execução provisória nos casos de dispensa da expedição do precatório, denominados no artigo 100, § 3º, da Constituição como obrigações de pequeno valor.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a Lei Federal nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, exige expressamente, em seu artigo 17, *caput*, o prévio trânsito em julgado para a expedição do ofício requisitório.

Legitimando o referido dispositivo, o artigo 100, § 3º, da Constituição, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 62/2009, passou a prever expressamente a necessidade de trânsito em julgado para o pagamento, pelo ente devedor, das obrigações de pequeno valor.

Não há nenhuma dúvida, portanto, quanto à impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, também na hipótese de obrigação de pequeno valor.

Passa-se agora à análise acerca da possibilidade ou não de execução provisória contra a Fazenda Pública apenas para a prática de atos preparatórios, ficando condicionada ao trânsito em julgado tão somente a expedição do precatório ou requisição de pequeno valor.

Cassio Scarpinella Bueno, em trabalho muito elucidativo, demonstrou a divergência existente sobre o tema no âmbito do Superior Tribunal de Justiça [MC/6.489/SP e REsp 464.332/SP] e, ao final, defendeu a possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública voltada para a prática de atos preparatórios. Veja-se:

Deixada de lado a questão da patente inconstitucionalidade daquela exigência, o que se constata da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uma interessante discussão quanto à extensão da proibição constitucional da execução provisória. Seria ela a vedação, pura e simples de qualquer ato tendente ao cumprimento provisório (*rectius*, adiantado) do

31 MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 406.

julgado ou, apenas e tão-somente, a vedação de atos de satisfação do exequente?

As duas Turmas que compõem a 1ª Seção daquele Tribunal divergem sobre o assunto. A 1ª Turma tende ao entendimento de que a instrumentação da execução é viável, sem agredir o comando constitucional. A 2ª Turma, diferentemente, nega a legitimidade da prática de qualquer ato executivo.

Analisadas estas duas correntes, tendo a me inclinar para aquela que vincula, ao trânsito em julgado, apenas e tão-somente, a satisfação derradeira do exequente. Assim, não viola o texto da Constituição e das leis precitadas, a admissão do início da liquidação da sentença exequenda, que a execução siga com a oposição dos embargos pela Fazenda (CPC, art. 730) bem assim a expedição do precatório, naqueles casos em que ele é exigido ou, ainda, a requisição do pagamento. Até porque este entendimento afina-se à própria razão de ser da execução provisória que não gera, por si só, qualquer risco ou prejuízo para o executado. Por que com relação à fazenda Pública seria diverso?³²

Em sentido semelhante, defendendo a possibilidade da prática de atos preparatórios antes do trânsito em julgado, pode-se citar ainda Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³³, bem como Leonardo Carneiro da Cunha, que entende ser *“possível a execução provisória em face da Fazenda Pública apenas para processamento da demanda executiva. A expedição do precatório é que fica condicionada ao prévio trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento.”*³⁴

Tal entendimento, largamente adotado pela doutrina, fundamenta-se na aplicação mitigada das regras da execução provisória em face da Fazenda Pública, atribuindo maior celeridade e eficiência a um procedimento reconhecidamente lento, fruto das garantias e vedações destinadas à proteção do erário e da isonomia.

Entretanto, em que pese o notório saber jurídico de seus defensores, a corrente doutrinária apresentada acima não parece, salvo melhor juízo, compatível com o artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, abaixo transcrito:

32 BUENO, op. cit., p. 63/64.

33 MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 406/407.

34 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2011. p. 350.

Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

Verifica-se de plano que o artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97 impõe vedação mais ampla do que aquela introduzida pela Emenda Constitucional nº 30/2000. Enquanto esta última proíbe apenas a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor antes do trânsito em julgado, o primeiro condiciona o início da execução ao trânsito em julgado da sentença, nas hipóteses que especifica.

E não que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo em comento, tal como alega parte da doutrina pátria. O artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97 não foi declarado inconstitucional pela via da ação direta de inconstitucionalidade, sendo amplamente utilizado tanto pelos Tribunais regionais quanto pelos Tribunais Superiores.

Nada impede, portanto, a aplicação do artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97 aos processos em curso, o que condiciona, invariavelmente, o início da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Existe, contudo, uma exceção em que se admite a execução provisória contra a Fazenda Pública não apenas para a prática dos atos preparatórios, mas também para a expedição do precatório. Tal ocorre somente quando a execução provisória tiver sido proposta antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 30/2000. Assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

Processo Civil. Execução Provisória contra a fazenda Pública. Ajuizamento Anterior à Emenda Constitucional nº 30/2000. Possibilidade.

[...]

3. Em relação às execuções provisórias iniciadas antes da edição da Emenda 30, não há exigência do trânsito em julgado como condição para expedição de precatório. Precedentes do STF e do STJ.³⁵

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MC 6.489/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300798956&dt_publicacao=16/06/2003>. Acesso em: 03 abr. 2013.

Referido entendimento justifica-se pelo fato de que antes da Emenda Constitucional nº 30/2000, a Constituição da República não exigia o trânsito em julgado para a expedição do precatório.

Dessa forma, o não acolhimento de uma execução provisória iniciada antes da edição da Emenda Constitucional nº 30/2000 implicaria em violação ao princípio da segurança jurídica e às regras de direito intertemporal.

2.4 Obrigações que não envolvam o pagamento de quantia em dinheiro

Conforme analisado no item 2.5, a execução da obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa em face da Fazenda Pública não se submete ao rito especial dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, sendo-lhe conferido o mesmo tratamento aplicado aos particulares, nos termos dos artigos 461 e 461-A do diploma processual civil.

Com base nessa premissa e na inexistência de óbice à execução provisória contra particulares, doutrinadores de peso defendem a livre possibilidade de execução provisória em face da Fazenda Pública com relação às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

Nesse sentido, veja-se o entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha, abaixo transcrito:

Não é demais ressaltar que todas essas considerações aplicam-se, tão somente, à execução por quantia certa proposta em face da Fazenda Pública, porquanto é nesse tipo de execução que se adota a sistemática do precatório. Em se tratando de outro tipo de execução que não seja destinado ao pagamento de quantia em dinheiro, é óbvio que não se aplica a exigência constitucional do prévio trânsito em julgado, admitindo-se, livremente, a execução provisória³⁶.

Na mesma linha se posicionou Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

De qualquer forma, fazemos a ressalva de que a limitação prevista na Constituição Federal não se aplica, no nosso sentir, às execuções provisórias de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa³⁷.

Realmente, a conclusão alcançada pelos autores supracitados é decorrência lógica do sistema e possui aplicação na maioria dos casos em

³⁶ CUNHA, op. cit., p. 351.

³⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Execução Provisória no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 257.

que a Fazenda Pública for condenada à prestação de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa.

Por outro lado, podem-se imaginar hipóteses em que o cumprimento de uma obrigação de fazer tenha implicações diretamente pecuniárias, como no caso de uma sentença condenatória determinando a inclusão de vantagem pecuniária na folha de pagamento de servidor público.

Apesar de se tratar, literalmente, de uma obrigação de fazer, possui reflexos eminentemente pecuniários, tendo em vista que, a partir de seu cumprimento, ocorrerá o dispêndio mensal de valores pelo ente público condenado, sem que tenha havido o trânsito em julgado da ação ou mesmo a expedição de precatório.

Diante do exposto, seria cabível a execução provisória da obrigação de fazer consistente na inclusão de vantagem pecuniária em folha de pagamento?

Ainda que não haja unanimidade quanto ao tema, parece que o mais correto seja condicionar o cumprimento dessas obrigações de fazer ao trânsito em julgado da ação de conhecimento, oportunidade em que o juiz determinará o cumprimento nos termos do artigo 461 do CPC, antes de dar início à eventual execução por quantia certa.

Tal conclusão, inclusive, é respaldada pelo artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97, segundo o qual a sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

Por fim, um último comentário se faz necessário com relação à execução provisória da obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa em face da Fazenda Pública.

Caso, intentada a execução provisória, torne-se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente, com a conseqüente conversão da obrigação em perdas e danos, dever-se-á, a partir daí, ser adotado o procedimento dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual a execução não poderá mais transcorrer pela via provisória, devendo-se, portanto, aguardar o trânsito em julgado da ação de conhecimento.

2.5 Execução provisória nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

A Lei nº 12.153/2009 disciplinou os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios,

e dos Municípios, como uma forma de ampliar o acesso à justiça e conferir maior celeridade e eficiência às demandas em que a Fazenda Pública figure como ré, cujo valor não ultrapasse 60 [sessenta] salários mínimos.

Os artigos 12 e 13 do mencionado diploma legal disciplinam, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, a execução da obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa e a execução da obrigação de pagar quantia certa:

Antes de adentrar propriamente no tema afeto à possibilidade de execução provisória, importante esclarecer que no sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública não há que se falar em execução autônoma, nos termos do artigo 730 do CPC, tal como ocorre na justiça comum.

O procedimento executivo será sempre efetivado por meio de cumprimento de sentença, tal como determinam os artigos 12 e 13 da Lei nº 12.153/2009. Nesse sentido:

Por isso é que, diversamente do que ocorre no Regime do Código de Processo Civil, em que a pretensão executiva dirigida à Fazenda Pública assume a forma de ação autônoma, nos novos Juizados da Fazenda Pública a execução segue modelo semelhante ao previsto para as demais modalidades executivas prevista no código, assumindo, assim, a forma de incidente processual. Destarte, *é impróprio falar em ação de execução quando se tem em vista os Juizados Especiais, inclusive aqueles destinados ao processamento de causas contra a Fazenda Pública*³⁸. (grifo nosso)

E exatamente por isso é vedada a execução fundada em título extrajudicial nos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Esclarecido esse ponto, passa-se ao exame do cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa. Conforme determina o citado artigo 12, o juiz da causa expedirá ofício para o ente público sucumbente, determinando o cumprimento da sentença. Nessa hipótese, aplicam-se, sem ressalvas, os artigos 461 e 461-A, do CPC. Esse é o posicionamento de Leonardo Carneiro da Cunha:

Quer isso dizer que, quando se trata de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, não há qualquer regra diferente que afaste o

38 MADUREIRA, Cláudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 321.

regime geral dos arts. 461 e 461-A do CPC nas demandas propostas em face da Fazenda Pública.³⁹

Assim sendo, da mesma forma que ocorre na justiça comum, no Juizado Especial admite-se a execução provisória contra a Fazenda Pública para o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, desde que não decorram implicações diretamente pecuniárias [vide item 3.3].

Por outro lado, com relação ao cumprimento da obrigação de pagar quantia certa, o artigo 13, *caput*, da Lei nº 12.153/2009, é expresso ao afirmar que o pagamento apenas será efetuado após o trânsito em julgado da decisão. Absolutamente vedada, portanto, a execução provisória.

Ao ensejo, é oportuno consignar que o legislador foi explícito ao determinar que o cumprimento das obrigações de pagar pela Fazenda Pública apenas será exigível “após o trânsito em julgado da decisão”(art. 13). Com isso, *o Parlamento afastou a possibilidade de execução provisória de tais comandos, que é mais adequada às imposições de comportamento que não consistam em dispêndio de quantia*, mormente se proveniente do erário, e que, ademais, já era repudiada pelo Fórum Nacional dos Juizados Especiais federais – FONAJEF, como se infere do teto de seu Enunciado nº 35.⁴⁰ (grifo nosso)

Finalmente, vale ressaltar que no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é possível que o cumprimento da obrigação de pagar seja realizado mediante precatório ou requisição de pequeno valor, sendo vedado o fracionamento do valor da execução, tanto para adequação ao limite de valor previsto para o Juizado Especial quanto para adequação ao limite de valor previsto para a expedição de RPV⁴¹.

2.6 Execução provisória no Mandado de Segurança

A sentença proferida em mandado de segurança possui uma peculiaridade com relação demais, qual seja, o seu caráter mandamental.

39 CUNHA, op. cit., p. 765.

40 MADUREIRA; RAMALHO, op. cit., p. 328.

41 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais da Fazenda Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 331.

Isso se deve ao fato do pleito no mandado de segurança consistir na expedição de uma ordem para uma autoridade ou agente público praticar ou se abster de praticar determinado ato.

Uma das consequências do caráter mandamental da sentença proferida no mandado de segurança é a sua executividade imediata, *“ainda que desafiada por recurso próprio, a não ser nas hipóteses em que se veda a concessão de liminar e se exige o prévio trânsito em julgado para o cumprimento”*⁴², nos termos do artigo 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

[...]

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

Verifica-se, portanto, que no mandado de segurança a regra é a possibilidade de execução provisória, o que por si só já o diferencia do procedimento previsto no artigo 730 do CPC.

Por outro lado, a exceção, consistente na exigência de prévio trânsito em julgado para o início da execução, só se verifica nos casos em que for vedada a concessão de medida liminar, tal como dispõe o artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009:

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

E conforme se verifica no texto do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009, é vedada a concessão de liminar [e consequentemente a execução provisória] nos mandados de segurança cujo objeto implique, dentre outras providências, o pagamento de quantia em dinheiro, direta ou indiretamente.

Nesse sentido, especificamente com relação ao pleito de implantação de vantagem em folha de pagamento de servidor público, transcreve-se a lúcida lição de Leonardo Carneiro da Cunha:

⁴² CUNHA, op. cit., p. 551.

Quer isso dizer que, concedida a segurança para impor o pagamento de diferenças estipendiárias, seu cumprimento será feito a partir do trânsito em julgado. Significa que, a partir do trânsito em julgado, deve ser a vantagem incluída em folha, consistindo em verdadeira obrigação de fazer, caracterizando uma tutela mandamental.⁴³

Em última análise, os artigos 7º, § 2º c/c 14, § 3º da Lei nº 12.016/2009 nada mais fazem do que dar cumprimento ao comando constitucional previsto no artigo 100 da Carta Maior, que veda o pagamento de condenações judiciais antes do trânsito em julgado.

Trata-se de uma proteção ao erário público e ao princípio da isonomia, que se faz necessária mesmo em um procedimento célere e objetivo como o do mandado de segurança.

3 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se esclarecer pontos importantes acerca da execução provisória em face da Fazenda Pública, tema muito recorrente no âmbito do Poder Judiciário e de absoluta relevância para os entes públicos e seus órgãos de representação jurídica.

Nesse sentido, foi possível alcançar novas conclusões e sistematizar inúmeras outras já existentes, que serão de grande utilidade para o entendimento e compreensão da matéria.

Partindo de um estudo abrangente tanto da execução provisória contra os particulares quanto da execução definitiva contra a Fazenda Pública, foi demonstrado, dentre outras coisas, que:

- a) a diferença entre a execução definitiva e a execução provisória não reside na completude do procedimento, mas na estabilidade do título. Tratando-se de execução fundada em decisão definitiva transitada em julgado, está-se diante de uma execução definitiva. Tratando-se de execução fundada em decisão passível de alteração, está-se diante de uma execução provisória;
- b) a execução provisória contra os particulares é cabível quando for proferida decisão judicial impugnada por recurso recebido apenas no efeito devolutivo. Sua instauração

⁴³ CUNHA, op. cit., p. 553.

depende de requerimento do credor e será processada em instrumento próprio. O exequente responderá pelos prejuízos causados ao executado, caso o seu título seja cassado ou alterado, devendo ainda restituir as partes ao estado anterior. Além disso, deve o exequente prestar caução idônea para a prática de atos expropriatórios;

- c) a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública rege-se por regras próprias, cuja finalidade é possibilitar a satisfação do credor sem a utilização das técnicas de constrição e expropriação.;
- d) é vedada a instauração de execução provisória contra a Fazenda Pública, ainda que apenas para a prática de atos preparatórios, tendo em vista que o artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97 condiciona, invariavelmente, o início da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública ao trânsito em julgado da sentença condenatória;
- e) a princípio, nada impede a execução provisória em face da Fazenda Pública com relação às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Entretanto, quando a obrigação de fazer tiver implicações diretamente pecuniárias, parece que o mais correto seja condicionar o seu cumprimento ao trânsito em julgado da ação de conhecimento, o que se coaduna com o artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97;
- f) caso, intentada a execução provisória para cumprimento da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, torne-se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente, com a conseqüente conversão da obrigação em perdas e danos, dever-se-á, a partir daí, ser adotado o procedimento dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual a execução não poderá mais transcorrer pela via provisória, devendo-se, portanto, aguardar o trânsito em julgado da ação de conhecimento;
- g) no Juizado Especial admite-se a execução provisória contra a Fazenda Pública para o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, desde que não

decorram implicações diretamente pecuniárias. Por outro lado, com relação ao cumprimento da obrigação de pagar quantia certa, o artigo 13, caput, da Lei nº 12.153/2009, é expresso ao afirmar que o pagamento apenas será efetuado após o trânsito em julgado da decisão;

- h) no mandado de segurança a regra é a possibilidade de execução provisória. Por outro lado, a exceção, consistente na exigência de prévio trânsito em julgado para o início da execução, só se verifica nos casos em que for vedada a concessão de medida liminar. E conforme se verifica no texto do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009, é vedada a concessão de liminar [e consequentemente a execução provisória] nos mandados de segurança cujo objeto implique, dentre outras providências, o pagamento de quantia em dinheiro, direta ou indiretamente.

Muitas outras conclusões poderiam ser aqui citadas, no entanto, entendo que estas sejam as mais importantes para os operadores do direito que venham a se deparar com o tema objeto deste estudo.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução Provisória*. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo Carneiro da (organizadores). *Execução Civil (Aspectos Polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2011.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais da Fazenda Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MADUREIRA, Cláudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Execução Provisória no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2006.