

LUÍS EDUARDO SIMARDI FERNANDES

PODERES DO JUIZ E EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO CIVIL

TESE DE DOUTORADO

Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2021

LUÍS EDUARDO SIMARDI FERNANDES

PODERES DO JUIZ E EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO CIVIL

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO – SP
2021

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

Fernandes, Luís Eduardo Simardi
Poderes do juiz e efetividade da execução civil ; Luís
Eduardo Simardi Fernandes ; orientador José Carlos
Baptista Puoli -- São Paulo, 2021.

277

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito
Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São
Paulo, 2021.

1. Poderes do juiz. 2. Execução. 3. Medidas
executivas. 4. Atipicidade. 5. Artigo 139, IV, do CPC. I.
Puoli, José Carlos Baptista, orient. II. Título.

Nome: FERNANDES, Luís Eduardo Simardi

Título: *Poderes do juiz e efetividade da execução civil*

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito

Aprovado em:

Banca examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha família. Aos meus pais, Marcio e Silvia, por todas as lições, oportunidades e exemplos que me deram ao longo da vida. À minha esposa, Renata, e aos meus filhos, Luisa e Guilherme, por todo o amor, incentivo e compreensão sempre demonstrados.

Agradeço aos meus professores de Direito Processual Civil, que transmitiram os conhecimentos necessários para que eu chegasse a essa etapa.

Primeiramente, agradeço ao meu orientador, Professor José Carlos Baptista Puoli, por todos os ensinamentos, apoio, atenção e disponibilidade para conversas ao longo do desenvolvimento da minha tese de Doutorado. As suas sugestões, correções e provocações foram imprescindíveis para o aprimoramento do trabalho.

Agradeço aos meus primeiros professores de Direito Processual Civil, Professor Cândido Rangel Dinamarco, Professor Carlos Alberto Carmona e Professor José Roberto dos Santos Bedaque, de quem tive a honra de ser aluno durante a graduação e que me fizeram tomar gosto pelo estudo do processo civil.

Aos meus professores nos créditos do Doutorado, Professor Antonio Carlos Marcato, Professor Cândido Rangel Dinamarco, Professor Fábio Guidi Tabosa Pessoa, Professor Flávio Luiz Yarshell, Professor José Carlos Baptista Puoli, Professor José Roberto dos Santos Bedaque, Professor Marcelo José Magalhães Bonizzi, Professor Oreste Nestor de Souza Laspro, Professor Ricardo de Barros Leonel e Professor Walter Piva Rodrigues, o meu agradecimento por todas as lições. Não posso deixar de estender o agradecimento aos seus respectivos professores assistentes, cuja dedicação e competência foram fundamentais para o bom desenvolvimento dos créditos, já me desculpando por não os nomear individualmente.

Agradeço à minha orientadora no Mestrado, Professora Teresa Arruda Alvim, sempre fonte de inspiração e sabedoria, que me abriu as portas para a carreira acadêmica e muito me incentiva.

Finalmente, aos meus queridos alunos da Universidade Presbiteriana Mackenzie e aos meus colegas professores, pelo apoio, pelo carinho, pelas conversas e pela amizade.

À minha esposa, Renata,
aos meus filhos, Luisa e Guilherme,
aos meus pais, Marcio e Silvia,
com amor e carinho.

RESUMO

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Poderes do juiz e efetividade da execução civil*. 2021. 278 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Nesta tese, tratamos da execução civil e das medidas executivas admitidas pelo nosso sistema para que sejam efetivados os direitos reconhecidos em títulos executivos. Partimos da premissa de que a tutela jurisdicional não será prestada de forma completa caso se limite ao reconhecimento do direito, sem que ele seja efetivado. Tratamos da crise da execução e das suas repercussões negativas. Discorreremos sobre os poderes do juiz para promover a efetivação dos direitos, com análise detida do conteúdo e das repercussões do artigo 139, IV, do CPC, que autoriza a adoção das denominadas medidas executivas atípicas, inclusive nas obrigações de prestação pecuniária. Igualmente analisamos a possibilidade de as partes, através dos negócios jurídicos processuais, bilaterais ou unilaterais, contribuírem com o desenvolvimento da execução, inclusive negociando as medidas executivas aplicáveis e a adoção de sanções premiais não previstas em lei, temas que nos parecem ainda pouco explorados. Procuramos também estabelecer os limites e os parâmetros que devem ser observados pelo juiz no exercício do poder de fixar as medidas executivas, para que tal atividade não se torne fonte de surpresas, de excessos e de insegurança jurídica. Avaliamos diversas medidas executivas atípicas que vêm sendo adotadas pelos nossos tribunais, expondo justificadamente a nossa posição a respeito da admissibilidade de cada uma delas. Finalmente, por entendermos que a fixação das medidas executivas atípicas não está suficientemente regulada em lei, propomos alteração legislativa que venha a disciplinar de forma mais completa o exercício dos poderes concedidos ao juiz pelo art. 139, IV, do CPC.

Palavras-chave: Poderes do juiz. Execução. Medidas executivas. Atipicidade. Artigo 139, IV, do CPC. Limites e parâmetros. Proposta de alteração do CPC.

ABSTRACT

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Powers of judges and the efficiency of civil enforcement*. 2021. 278 p. Thesis (Doctorate in law). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

This thesis discusses the enforcement of court judgments in civil cases and the procedural devices allowed under the Brazilian system to enforce the rights acknowledged in enforceable instruments. It starts from the assumption that no remedy that acknowledges a right without enforcing it will be fully efficient. It deals with the enforcement of judgment crisis and the negative consequences that follow. It examines the powers that courts have in enforcing rights, primarily focused on the provisions of the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC) authorizing courts to adopt enforcement measures which are not expressly provided for in the law (the so-called *medidas executivas atípicas*), delivery of money included (CPC, section 139, IV). It also examines how parties to lawsuits may contribute to the enforcement of judgments by entering into bilateral or unilateral legal transactions in the course of the proceedings, including by negotiating applicable enforcement measures and adopting positive sanctions not expressly prescribed by law – topics not yet thoroughly dealt with in the legal literature. This thesis sets the limits and parameters that courts are to follow when exercising their authority to impose enforcement measures, so as to avoid surprise, abuse and legal uncertainty. This thesis examines a series of procedural devices not expressly prescribed by law and which have been adopted by Brazilian courts in enforcing judgements, and gives the author's justified position on whether each of them should be allowed in court. Finally, it draws the conclusion that Brazilian laws fail to properly regulate the adoption of enforcement measures not expressly prescribed in the law and proposes that the existing legislation be amended to govern more thoroughly the powers granted to court under section 139, IV of the CPC.

Keywords: Powers of court. Enforcement of judgment. Enforcement measures. Measures not expressly prescribed by law. Section 139, IV of the CPC. Limits and parameters. Proposed amendment to the CPC.

RIASSUNTO

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Poteri del giudice ed effettività dell'esecuzione civile*. 2021. 278 p. Tesi (Dottorato di ricerca in Giurisprudenza). Facoltà di Giurisprudenza, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

In questa tesi, ci occupiamo dell'esecuzione civile e delle misure esecutive messe a disposizione dal nostro sistema giuridico affinché i diritti, riconosciuti nei titoli esecutivi, siano effettivi. Partiamo dal presupposto che la tutela giurisdizionale non sarà pienamente prestata se si limita al riconoscimento del diritto, senza che questo sia reso effettivo. Ci occupiamo della crisi dell'esecuzione e delle sue ripercussioni negative. Apriamo il dibattito trattando dei poteri del giudice per rendere effettivo l'esercizio dei diritti, con un'attenta analisi del contenuto e delle ripercussioni dell'articolo 139, IV, del CPC, che autorizza l'adozione dei cosiddetti provvedimenti esecutivi atipici, anche nelle obbligazioni di natura pecuniaria. Allo stesso modo analizziamo la possibilità che le parti, per mezzo di negozi giuridici processuali, bilaterali o unilaterali, contribuiscano con lo sviluppo dell'esecuzione, anche negoziando i provvedimenti esecutivi applicabili e l'adozione di sanzioni premiali non previste dalla legge, temi questi che ci sembrano ancora poco esplorati dalla dottrina. Cerchiamo anche di stabilire i limiti e i parametri che devono essere osservati dal giudice nell'esercizio del potere di fissare le misure esecutive, affinché questa attività non diventi fonte di sorprese, di eccessi e d'insicurezza giuridica. Abbiamo esaminato diverse misure esecutive atipiche che sono adottate dalle nostre corti, motivando la nostra posizione riguardo dell'ammissibilità di ciascuna di esse. Infine, poiché ci sembra che la fissazione delle misure esecutive atipiche non sia adeguatamente regolata dalla legge, proponiamo una modifica della norma che venga a disciplinare in maniera più esauriente l'esercizio dei poteri concessi al giudice sotto l'egida dell'art. 139, IV, del CPC.

Parole-chiave: Poteri del giudice. Esecuzione. Misure esecutive. Atipicità. Art. 139, IV, del CPC. Limiti e parametri, Proposta di modifica del CPC.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 ACESSO À JUSTIÇA	21
2.1 Tutela jurisdicional	25
2.1.1 Efetividade e seus obstáculos	27
2.2 Razoável duração do processo	29
2.2.1 Razoável duração da execução	33
2.3 A pacificação social	36
3 OS PODERES DO JUIZ	39
3.1 Ampliação (e limitação) dos poderes do juiz no processo civil	44
3.2 Poder dispositivo e inércia da jurisdição	49
3.3 Imparcialidade.....	51
3.4 Fundamentação das decisões judiciais	53
3.5 Classificação dos poderes do juiz	54
3.5.1 Poderes do juiz em sede de execução.....	56
3.6 Poderes do juiz e medidas executivas nos países europeus.....	59
3.6.1 Inglaterra	59
3.6.2 Alemanha	64
3.6.3 França	69
3.6.4 Portugal	74
3.7 Análise crítica diante da realidade forense brasileira	80
4 A EXECUÇÃO	87
4.1 Objetivos: satisfação e pacificação social.....	87
4.2 A disciplina em separado da execução do título judicial e do título extrajudicial e a adoção das medidas atípicas	89
4.3 O juiz diante da resistência ao cumprimento das ordens judiciais.....	93
4.4 A crise da execução	97
4.4.1 O custo econômico da ineficiência da atividade executiva.....	99
5 MEDIDAS EXECUTIVAS	102
5.1 Considerações iniciais.....	102
5.2 Execução por sub-rogação e execução por coerção	105
5.2.1 Execução por sub-rogação.....	106
5.2.2 Execução por coerção	107
5.3 Medidas executivas típicas.....	111
5.3.1 Medidas típicas na execução de obrigação pecuniária	112

5.3.2 Medidas típicas nas outras modalidades de execução	114
5.4 Medidas executivas atípicas.....	117
5.4.1 Medidas atípicas na execução de prestação pecuniária	124
5.4.2 Medidas atípicas nas demais modalidades de execução.....	128
5.5 Possibilidade de cumulação de medidas executivas.....	129
6 O AUTORREGRAMENTO DA VONTADE E AS MEDIDAS EXECUTIVAS.....	132
6.1 Os negócios jurídicos processuais.....	138
6.2 Negócios jurídicos processuais na execução	143
6.2.1 Negócios jurídicos processuais sobre medidas executivas.....	147
6.2.2 Limites	151
6.3 Medidas indutivas atípicas, um caminho a ser explorado	156
6.3.1 Sugestões de medidas indutivas atípicas	160
6.3.1.1 Parcelamento no cumprimento de sentença	161
6.3.1.2 Desconto sobre o valor devido	163
6.3.1.3 Desconto nos honorários advocatícios.....	165
7 O ARTIGO 139, IV, DO CPC	168
7.1 Segurança jurídica e previsibilidade.....	169
7.2 Discussão sobre a constitucionalidade	171
7.3 Limites e requisitos para aplicação das medidas executivas atípicas	173
7.3.1 A dignidade da pessoa humana	175
7.3.2 Contraditório na aplicação das medidas atípicas.....	179
7.3.3 Fundamentação para aplicação das medidas atípicas.....	187
7.3.4 Proporcionalidade e razoabilidade	191
7.3.4.1 Adequação	195
7.3.4.2 Necessidade.....	196
7.3.4.3 Proporcionalidade em sentido estrito	197
7.3.5 Princípio da menor onerosidade.....	199
7.3.6 Inadimplemento voluntário.....	202
7.3.6.1 O ônus probatório.....	207
7.3.7 Ineficiência das medidas típicas	209
7.3.8 Impossibilidade de adoção de medidas que comprometam o exercício da profissão pelo executado	213
7.4 Possibilidade de controle da decisão.....	215
7.5 Fixação das medidas executivas atípicas de ofício.....	216
8 ANÁLISE SOBRE ALGUMAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS	220
8.1 Medidas descabidas	221
8.1.1 A prisão como medida atípica	221
8.1.2 Suspensão do Passaporte do executado.....	223

8.1.3 Suspensão de CPF ou CNPJ	228
8.1.4 Cancelamento ou suspensão de uso cartão de crédito.....	229
8.1.5 Corte de água e energia elétrica	232
8.2 Medidas admissíveis	235
8.2.1 Suspensão da Carteira Nacional de Habilitação.....	236
8.2.2 Suspensão de brevê e arrais.....	239
8.2.3 Proibição de contratar com o Poder Público	241
8.2.4 Multa coercitiva atípica	243
8.2.5 Intervenção na pessoa jurídica devedora	245
9 PROPOSTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	248
9.1 Inclusão no diploma processual de parâmetros mínimos para aplicação do artigo 139, IV, do CPC	250
9.2 Inclusão de novo parágrafo ao art. 139 do CPC.....	254
9.3 Proposta de introdução de novo artigo no Livro II, Título I, da Parte Especial do CPC	255
9.4 Consolidação das alterações propostas	256
10 CONCLUSÕES	259
REFERÊNCIAS	266

1 INTRODUÇÃO

O processo civil, há algum tempo, não se conforma mais com a figura do juiz inerte, indiferente aos movimentos das partes e mero espectador distante do que ocorre nos autos. Não aceita, pois, seja o julgador reduzido à condição de “boca da lei”, como defendia Montesquieu no período que se seguiu à Revolução Francesa.

A própria proliferação do uso dos conceitos vagos pelo legislador, impregnados de imprecisão e dependentes de atividade criativa e interpretativa mais ampla para serem preenchidos, acaba por atribuir mais poderes ao juiz. Sem dizer de um sem-número de dispositivos do CPC que concedem expressamente esses poderes.

O adequado exercício de poderes pelo juiz é de suma importância no desenvolvimento e na consecução dos objetivos do processo. A Constituição Federal, ao garantir a todos o acesso ao Poder Judiciário, o que faz no seu artigo 5º., inciso XXXV, não quer tão somente garantir que o jurisdicionado apresente seus pleitos ao Estado-juiz, como se isso já lhe fosse suficiente. Bem mais que isso, pretende que, por força desse ingresso, o Judiciário preste tutela efetiva, em tempo razoável e que possa evitar o perecimento do direito. Para tanto, o correto exercício de poderes pelo juiz é primordial.

Estabelecendo nítido diálogo com a Constituição, o CPC de 2015 principia pregando o necessário respeito às previsões constitucionais. A afirmação de que o processo civil será “ordenado, disciplinado e interpretado” de acordo com a Constituição, apesar de desnecessária, foi introduzida com a função de transmitir a clara mensagem de que o processo deve ser entendido, estudado e interpretado, antes de tudo, a partir dela.

Não se deve ignorar que o Código de Processo Civil de 2015 é o primeiro elaborado sob a vigência da Constituição Federal de 1988, o que talvez explique a preocupação de reiterar no âmbito da legislação infraconstitucional normas e princípios consagrados na Carta.

Essa tendência fica nítida da leitura das demais “normas fundamentais do processo civil”, em que se observa que o legislador dedicou os primeiros artigos do diploma ao propósito de reiterar princípios constitucionais do processo. Iniciativa apoiada por parcela da doutrina, que não vê inconveniente em alertar para a sua imprescindível observância, mas criticada por outra, que não encontra

razões para que se ratifique em uma lei infraconstitucional o que já consta de diploma hierarquicamente superior e, portanto, de observância obrigatória.

Como exemplos dessa reiteração, nota-se que o *caput* do art. 3º. é dedicado a enunciar o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, enquanto o art. 4º. do CPC menciona o princípio da razoável duração do processo e acrescenta que essa garantia também deve incluir a “atividade satisfativa”.

Compreensível a preocupação do legislador com essa atividade de satisfação, tendo em vista que, na maior parte das vezes em que o jurisdicionado exerce o seu direito de ação e provoca a prestação da tutela jurisdicional, a sentença eventualmente favorável que venha a ser proferida no processo de conhecimento não lhe será suficiente, pois não garantirá por si só o bem da vida objetivado. Por óbvio, além do puro e simples reconhecimento do direito, necessário garantir que a decisão produza efeitos no mundo dos fatos, o que se obtém com a sua efetivação, através da prática de atos de execução.

Quando o conflito é decidido pelo juiz, mas a decisão judicial não é efetivada por razões variadas, não se pode falar em real pacificação social. O mesmo ocorre quando se deixa de realizar o direito estabelecido no título executivo extrajudicial. Nesses casos, impera a frustração com a tutela jurisdicional ineficiente prestada pelo Estado, e não a pacificação.

Por conseguinte, dar ao jurisdicionado acesso a uma ordem jurídica justa, como prega a Constituição, significa não apenas lhe proporcionar um processo de conhecimento eficiente, mas igualmente uma execução que reúna condições de garantir que o direito reconhecido seja efetivado em prazo razoável.

Necessário acrescentar que um sistema executivo ineficiente é nocivo não apenas para o exequente, mas pode causar impactos negativos para a própria economia, gerando escassez de crédito, aumento na taxa de juros e até servindo de fator de desincentivo ao investimento, nacional e estrangeiro, como se procurará apontar. O que explica a preocupação com a chamada “crise da execução”, a impulsionar as alterações na disciplina do tema, em busca de dotá-la de mais efetividade.

Portanto, garantir acesso à justiça para reconhecimento dos direitos, mas não dar meios para que eles sejam efetivados, não atinge os objetivos constitucionais. De que adianta o reconhecimento judicial do direito se tal atividade não puder produzir resultados práticos?

Assim, como agente do Estado, deve o juiz zelar pela adequada e eficiente prestação da tutela jurisdicional, e, sob essa perspectiva, inclusive determinar medidas adequadas a promover a efetivação de direitos reconhecidos. Para que exerça o seu papel, o nosso Código lhe atribui mais poderes, inclusive para aplicar medidas executivas atípicas em todas as modalidades de execução.¹

Todavia, uma vasta gama de fatores deve ser levada em conta para estabelecer os limites da sua atuação. Em especial as garantias Constitucionais das partes, como a dignidade da pessoa humana ou o direito de ir e vir, entre outras. Evidente, afinal, o dever do juiz de garantir efetividade à Constituição Federal e aos valores que ela protege, o que deve considerar por ocasião do exercício dos seus poderes.

Para atendermos aos objetivos da presente tese, analisaremos de forma crítica dois movimentos sentidos na atual fase de desenvolvimento do processo civil e que têm repercussões claras sobre o tema aqui desenvolvido, quais sejam a ampliação dos poderes do juiz, como técnica para tentar atribuir maior efetividade ao processo, inclusive à execução, e a ampliação dos poderes das partes, para que assumam posição de maior protagonismo e tenham participação mais ativa nos destinos do processo, inclusive atuando na definição das suas regras e das medidas a serem adotadas, transformando-o em instrumento mais adequado à tutela do direito em disputa, o que bem se insere na ideia do processo colaborativo que se quer implantar.

Aliás, as mudanças sofridas pelo CPC de 1973, nas décadas de 1990 e 2000, já mostravam a tendência de ampliação dos poderes do juiz no processo, como técnica empregada com intuito de obter uma prestação jurisdicional mais eficiente. No diploma processual de 2015, esse movimento prossegue e se manifesta de várias formas. Basta ver o art. 139 do CPC, que vem ampliado no

¹ Trata-se de movimento apontado também por José Carlos Baptista Puoli (Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do artigo 139 do CPC de 2015. In: AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; DELLORE, Luiz; BUENO, Júlio César; OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de (org.). *Direito processual civil contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Walter Piva Rodrigues*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 362). Afirma o autor “ser esta uma das características marcantes de nosso tempo, em que o juiz não é mais um mero espectador do litígio, sendo, isto sim, um agente ‘ativo’, por interessado em bem aplicar a lei, pacificar o conflito apresentado para sua análise e, quando necessário, utilizar dos instrumentos legalmente postos à sua disposição para fazer com que sejam realizados os resultados práticos preconizados pelo direito material”.

novo diploma em relação ao que estabelecia o correspondente art. 125 do CPC revogado.

Quanto à ampliação dos poderes das partes, bom exemplo tem-se da autorização ampla, encontrada no art. 190 do CPC, para realizarem negócios jurídicos processuais atípicos, novidade plenamente inserida na proposta de se criar um processo mais cooperativo, com divisão de trabalhos entre os seus sujeitos e dando mais relevo à vontade das partes. Abre-se espaço, pois, para o que se tem denominado “autorregramento da vontade das partes”.

Dentro dessa realidade, os negócios jurídicos processuais podem ser utilizados, com proveito, para regular, autorizar ou vedar as medidas executivas a serem aplicadas em um caso concreto, afastando ou reduzindo discussões sobre ilegalidades ou abusos praticados nessa tarefa. Ou seja, os artigos 139, IV, e 190, do CPC podem trabalhar em conjunto, conforme se procurará demonstrar.

Nesse contexto, pretendemos também dar especial destaque à possibilidade de o exequente, através do que pode se denominar de negócio jurídico processual unilateral, autorizar a concessão de sanções premiais não previstas em lei, colaborando com o juiz para aplicação de medidas indutivas, como autoriza o art. 139, IV, do CPC. Parece se ter aqui um tema não explorado pela doutrina e que pode trazer resultados bastante positivos para a efetividade da execução, conforme procuraremos expor.

Ainda, para investigação dos poderes que dispõe o juiz na execução e as medidas executivas que poderá aplicar, precisamos compreender o real alcance e os limites do art. 139, IV, do CPC, ao atribuir ao juiz tarefa de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Embora o nosso foco principal seja a análise das medidas executivas atípicas, parece-nos relevante, para estabelecer o contexto da investigação proposta, tratar de forma mais ampla do tema das medidas executivas, sejam elas típicas, sejam atípicas.

Oportuno observar, ainda, que a possibilidade de o juiz aplicar medidas executivas atípicas não representa situação nova em nosso sistema. Mas o que há principalmente de novo no Código de 2015 quanto ao tema é a possibilidade de essas medidas atípicas serem adotadas também na execução da obrigação de prestação pecuniária.

No caso específico do mencionado art. 139, IV, imprescindível analisar quais medidas podem ser legitimamente adotadas para dar efetividade à execução e quais devem ser as condições ou requisitos para tanto. Inclusive porque o referido dispositivo legal deixou de estabelecer tais parâmetros, gerando um quadro de insegurança, imprevisibilidade e até eventual exagero na aplicação das medidas. O que inclusive justifica, a nosso ver, a proposta de alteração legislativa que pretendemos apresentar ao final da tese, como contribuição e resultado dos nossos estudos.

Sabemos que tal tema, nos últimos anos, vem sendo discutido com frequência pela doutrina e pela jurisprudência, mas ainda assim acreditamos – pela relevância e alta dose de polêmica que vem provocando a aplicação da parte final do art. 139, IV, do CPC, que autoriza a adoção de medidas executivas atípicas na prestação pecuniária – ser possível e conveniente trazer contribuição e luzes para o debate, focalizando aspectos novos que demandam análise e abordando-os sob perspectivas ainda pouco exploradas, como procuraremos fazer na presente tese.

Não trataremos integralmente do art. 139. Nosso foco será o estudo das medidas executivas que podem ser aplicadas pelo juiz, especialmente por força do seu inciso IV, que autoriza – tomando em consideração as características do caso sob análise, as condições e os comportamentos das partes envolvidas – a aplicação da medida executiva que se mostrar eficiente, adequada e proporcional, para promover a efetivação de um direito reconhecido, mesmo que se trate de medida não prevista na lei.

Ocorre que a aplicação e a delimitação dessas medidas executivas atípicas são temas delicados, até porque a habitual baixa efetividade da execução entre nós acaba funcionando como combustível para o cometimento de eventuais excessos pelo Poder Judiciário, muitas vezes incentivado pelos exequentes, em reação a esse quadro de frustração e na busca de efetividade à tutela judicial dos direitos.

De fato, em certos casos, possível vislumbrar exagero na fixação das medidas executivas atípicas, inclusive com imposição de providências de constitucionalidade no mínimo discutível. Nesse contexto, imprescindível tentar bem estabelecer os limites e os critérios a serem adotados na fixação das medidas, sempre levando em consideração que a efetividade não é, obviamente, o único

valor a ser preservado no processo, como se a sua busca pudesse justificar qualquer sorte de conduta.

Pensamos que, com a evolução da doutrina e da jurisprudência, o art. 139, IV, do CPC receberá aplicação mais equilibrada. Pretendemos, com a presente tese e com as reflexões nela propostas, contribuir para que isso ocorra. Temos consciência que os arts. 297 e 536, § 1º, do CPC, também autorizam a adoção de medida atípicas, mas o nosso foco principal de análise será o primeiro dispositivo legal mencionado, até pela novidade trazida na sua parte final.

Para cumprirmos essa missão, necessário abriremos um pouco os nossos horizontes. Por isso, discorreremos sobre acesso à justiça e efetividade; estudaremos as diversas espécies de medidas executivas, com especial atenção às atípicas; analisaremos a possibilidade de as medidas executivas serem objeto de negócios jurídicos processuais e com isso verem diminuídas as discussões sobre excessos e ilegalidades; discorreremos sobre a possibilidade de adoção de medidas indutivas, além daquelas tipificadas em lei, por requerimento ou autorização do exequente, o que pode se mostrar importante aliado para a efetividade da execução, e fixaremos os requisitos para a aplicação dessas medidas.

Acreditamos que o uso do negócio jurídico processual para implementação das medidas executivas atípicas, ao mesmo tempo que a cuidadosa fixação de critérios para definição e aplicação delas, conforme alteração legislativa aqui proposta, poderão potencializar os aspectos positivos do referido dispositivo legal, ao mesmo tempo que trazer mais segurança, previsibilidade e legalidade à sua aplicação, coibindo o seu mau uso ou exagero. Pensamos e procuraremos aqui demonstrar, como acima adiantamos, que contribui para fomentar esse quadro de insegurança, imprevisibilidade e eventuais excessos, o fato de o legislador ter sido demasiadamente econômico ao disciplinar o tema no inciso IV do art. 139 do CPC.

Não pretendemos, com isso, dizer que a Lei deveria ter estabelecido parâmetros rígidos e exaustivamente delineados para aplicação das medidas executivas atípicas pelo juiz, posto que desnaturaria a atipicidade que o referido dispositivo legal pretendeu instalar.

Igualmente, temos consciência que a doutrina e a jurisprudência devem se debruçar sobre o tema – o que, aliás, elas já têm feito – e interpretar como o dispositivo legal deverá ser aplicado. Mas entendemos que se a nossa legislação

estabelecesse regramento mais claro para a adoção dessas medidas, atribuiria maior segurança e previsibilidade a essa atividade, inclusive contribuindo com a tarefa doutrinária e jurisprudencial de interpretação e preenchimento da regra. Mesmo porque, em consonância com um sistema de legalidade como o nosso, pensamos que a Lei deveria ter dito mais.²

Por consequência, como conclusão e entre as contribuições que pretendemos trazer com a tese submetida à avaliação, procuraremos demonstrar a conveniência de que o exercício dos poderes concedidos pelo 139, IV, do CPC, seja melhor regulado, culminando com o oferecimento de proposta de alteração legislativa, para atender a esse propósito. Nos dedicaremos a essa missão por pensarmos que o referido art. 139, IV, se bem utilizado, pode se mostrar importante ferramenta em favor da efetividade da tutela executiva.

Adiantamos, desde já, a nossa visão de que o referido dispositivo legal não é em si mesmo inconstitucional. Mas, claro, é imperioso que seja aplicado dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal, o que procuraremos aqui trabalhar.³

Portanto, em síntese, a tese ora oferecida propõe-se a: a) analisar a tendência de ampliação dos poderes do juiz no processo e seus efeitos, como técnica de obtenção de mais efetividade; b) demonstrar que a ampliação dos poderes das partes – inserida na ideia de um processo mais colaborativo e que abre espaço para o chamado “autorregramento da vontade das partes” – autoriza que atuem na definição das medidas executivas aplicáveis, permitindo inclusive que o exequente requeira ou autorize medidas indutivas não previstas em lei, o que pode se mostrar altamente benéfico e é tema atualmente pouco explorado pela doutrina; c) fixar parâmetros ou requisitos para adoção das medidas executivas atípicas, analisando criticamente as medidas que hoje vêm sendo aplicadas; d) mostrar a conveniência de o tema receber disciplina mais completa,

² Sobre o princípio da legalidade, pondera Caio Tácito: “As Constituições brasileiras, desde sua origem na Carta Imperial de 1824, colocam, entre seus pressupostos essenciais, a noção de que a lei é a medida necessária de deveres, direitos e obrigações, tanto nas relações privadas como no plano de atuação pública” (TÁCITO, Caio. Princípio da legalidade: ponto e contraponto. p. 1. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46854>. Acesso em: 02 out. 2020).

³ Entendimento esse, importante desde já ressaltar, que não é unânime da doutrina, já que há quem defenda que a parte final do inciso IV, quando autoriza a adoção das medidas na execução de obrigação de pagar, sem estabelecer limites ou requisitos, é inconstitucional. Essa é a opinião de José Carlos Baptista Puoli, manifestada em seu Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015.

proporcionando mais segurança e previsibilidade na aplicação de medidas atípicas, culminando com e) a apresentação do texto da reforma sugerida com esse objetivo, com proposta de modificações do CPC de 2015.

É o que nos propomos a fazer ao longo da presente tese e a contribuição que pretendemos oferecer.

2 ACESSO À JUSTIÇA

O estudo do Direito Processual Civil deve ter a Constituição Federal como ponto de partida. Afinal, nela estão consagrados os denominados princípios constitucionais do processo, o que fez com que o legislador, ao elaborar o Código de Processo Civil, promovesse o diálogo entre ambos os diplomas.⁴ Não se pode deixar de realçar que o nosso atual diploma processual foi o primeiro elaborado sob a vigência da atual Constituição, o que justificou o cuidado do legislador infraconstitucional em observar as diretrizes da Carta.

Nesse sentido, o CPC principia com as denominadas “normas fundamentais”, em que o legislador reitera princípios constitucionais e expõe seus principais objetivos e preocupações ao elaborar o novo Código. Aliás, é a partir dessas normas que esse diploma deve ser estudado, para que entendamos o seu “espírito”.

Trata-se de iniciativa elogiada por parte da doutrina, sendo vista por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro como “importante inovação”, observando que “todos os demais livros, com seus respectivos títulos e capítulos, foram desenvolvidos a partir destes vetores normativos, podendo-se afirmar que existe uma relação direta entre eles”.⁵

De outra parte, a opção pode ser criticada pelo fato de ser, a rigor, desnecessária. Afinal, o que consta da Constituição Federal não precisa ser reiterado na legislação infraconstitucional para que tenha que ser observado ou obedecido.

⁴ José Carlos Barbosa Moreira, tratando do tema da constitucionalização, ensina ser “notável a partir de certa época, o interesse pelos vínculos entre processo e Constituição. Não se trata de noção propriamente nova. Sabe-se de longa data que o papel do direito processual consiste, em grande parte, na concretização de promessas constitucionais. O que há de novo é a ênfase que, de algum tempo para cá, vem assumindo esse mister do pensamento jurídico brasileiro. Ela reluz na forte sensibilidade exibida por tantos processualistas aos valores constitucionais e na atenção que dedicam aos instrumentos especificamente destinados a proteger tais valores. No particular, convém que se registre, a evolução intimamente se relaciona com o advento da Carta de 1988, a um só tempo efeito e causa desse movimento de ideias. Como é notório, a vigente Constituição supera de longe qualquer de suas predecessoras na dimensão conferida aos assuntos processuais: basta ver o relevo, quantitativo e qualitativo, das disposições que a eles dizem respeito no rol dos incisos do art. 5º” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, n. 62, nov. 1994. p. 195).

⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 73. Logo adiante, p. 74, opina: “O novo Código, logo em sua primeira disposição, deixa claro a adoção da teoria do direito processual constitucional. Assim, longe de parecer simplesmente um enunciado, o dispositivo possui importante aplicação prática: vale de garantia eficaz contra qualquer dispositivo que contrarie a Constituição, bem como é fator de interpretação para aplicação dos dispositivos processuais. Aqui, a lei processual e a própria atividade jurisdicional em si, submetem-se às normas e aos valores constitucionais, os quais lhes servem de fonte e legitimam o seu exercício, ao tempo em que impedem o autoritarismo e o abuso.”

Embora reconheçamos a desnecessidade da repetição, pensarmos ser possível enxergar nisso, ao menos, um objetivo didático, de alertar para a insuficiência de o processo civil ser trabalhado apenas a partir da legislação infraconstitucional.

Além do mais, com o desnecessário propósito de reforçar a óbvia sujeição do CPC à Constituição, afirma aquele diploma, logo em seu art. 1º, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”. Lógico que nem se poderia imaginar diferente, como acima se observou, já que a lei infraconstitucional obrigatoriamente deve se submeter à Constituição.⁶

Nos artigos que se seguem, o CPC cuidou de reiterar diversos princípios constitucionais do processo, mostrando que está atento para eles, que foram observados na sua elaboração e que devem ser respeitados na sua interpretação e aplicação.⁷

Entre esses princípios, merece especial destaque para o nosso estudo aquele em que a Constituição Federal garante, a todos que tenham um direito violado ou ameaçado, o acesso ao Poder Judiciário, para buscarem a tutela desse direito. É o que afirma o art. 5º, inciso XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagrando o denominado princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Esse princípio pretende deixar clara a ideia de

⁶ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva assim apreciam o tema: “O artigo 1º do novo Código prevê que o processo deve ser ordenado, disciplinado e interpretado de acordo com as normas fundamentais previstas na Constituição, inserido em um ambiente não apenas de constitucionalização do processo, como do próprio Direito. Além de o novo diploma reproduzir diversos princípios e regras constitucionais ao longo do texto – característica visível não apenas nos primeiros artigos, mas, na verdade, em todo o seu texto –, reforça-se a relevância da leitura das disposições processuais a partir da ótica constitucional, cumprindo-se a percepção de que o direito constitucional seria um grande tronco da árvore, enquanto o direito processual, um de seus ramos. Trata-se, portanto, da imprescindibilidade da consideração de suas disposições como subservientes aos desígnios constitucionais, lidas as normas processuais como instrumentos para a realização de um processo justo, aquele que se volta para as garantias constitucionais, a fim de salvaguardar os direitos fundamentais.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: breves reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul.-dez. 2016. p. 43).

⁷ A Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto, na respectiva Exposição de Motivos justifica a opção: “A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou ‘às avessas’.” Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Consulta realizada em 03.08.2020.

que não se pode criar obstáculos a esse acesso, vedação que alcança o legislador infraconstitucional.⁸

Quanto ao mencionado princípio, o diploma processual reitera a previsão constitucional, fazendo-o no seu art. 3º., cujo *caput* afirma que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Mais adiante, precisamente no art. 140 do CPC e como reforço a essa garantia, adverte o juiz a não se eximir de decidir, sob a justificativa de lacuna ou obscuridade na lei. Veda-se o *non liquet*, aceito nas primeiras fases do processo romano, quando o juiz deixava de julgar se a solução não lhe estivesse clara.⁹

O citado art. 3º cuida também, nos seus parágrafos, de consagrar os demais meios de solução de conflitos, fazendo menção expressa à arbitragem, à mediação e à conciliação. Deixa claro, pois, que o acesso à justiça não se obtém apenas através do ingresso no Poder Judiciário.

Não apenas isso. Incentiva os denominados meios de autocomposição, inclusive dentro do processo judicial, pregando devam ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Não por outra razão criou-se a audiência de conciliação ou mediação, a se realizar logo na fase postulatória do processo, e se regulou a atuação dos conciliadores e dos mediadores, como se vê dos arts. 165 e seguintes, do CPC.

Mas, concentrando nossa atenção naquilo que é pertinente para desenvolvimento da presente tese, certo é que, se por um lado, a Constituição impede que o legislador crie obstáculos para dificultar o acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, por outro não quer se limitar a consagrar um mero direito de petição. Quer mais, garantir que, por força desse acesso, o Poder Judiciário dê respostas efetivas,

⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 210: “Nisso reside a essência do princípio: o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação”.

⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentário ao art. 190, do CPC. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, Parte Geral*. São Paulo: Editora Método, 2016. p. 471: “1.1. Nas primeiras fases do processo romano, era lícito ao juiz declarar o ‘*non liquet*’, deixando de julgar o caso quando a resposta não lhe parecesse clara. ‘*Non liquet*’ é a abreviatura latina da frase ‘*iura vi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*’, cujo significado, por aproximação, é ‘jurei que o caso não estava suficientemente claro e, em consequência, fiquei livre do julgamento’. 1.2. O artigo 140 do CPC/2015, que reproduz, em termos, o artigo 126 do CPC/1973, estabelece não ser lícito ao juiz deixar de julgar sob o argumento de que há lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico. Há meios de integração do sistema jurídico que permitem ao magistrado, no mais das vezes, encontrar uma resposta segura para o conflito. 1.3. A disposição dá concretude ao princípio constitucional do acesso à justiça (artigo 5º., inciso XXXV, da CF)”.

em tempo razoável e que sejam aptas a tutelar adequadamente os direitos, a ponto de evitar o seu perecimento ou os danos decorrentes da demora.

Por essa razão, a Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto do atual CPC, logo no início da respectiva Exposição de Motivos, afirmou que “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”.¹⁰

Como bem afirma Ada Pellegrini Grinover,

o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional - hoje inserido, com fórmulas próprias, em todos os ordenamentos – não somente possibilita o acesso à justiça, mas também assegura a garantia efetiva contra qualquer forma de denegação de tutela. Essa é a razão pela qual as normas processuais estabelecem sanções para a conduta da parte que se opõe às ordens do juiz, frustrando o resultado do processo.¹¹

Assim, com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional não se quer garantir um mero direito formal de acesso ao Judiciário, mas um verdadeiro acesso à ordem jurídica justa, na feliz observação de Kazuo Watanabe.¹²

Ocorre que essa preocupação com a ordem jurídica justa não pode se cingir à demanda de conhecimento. Deve também se fazer igualmente presente em sede executiva, para garantir que os direitos reconhecidos, quer em título judicial, quer em título extrajudicial, sejam efetivados.

Para que isso possa ser atendido, a disciplina da execução precisa prever instrumentos que sejam aptos a dotá-la de efetividade. Em algumas modalidades de execução, tendo em conta a relevância dos bens tutelados, a preocupação com a efetividade aparece de forma mais clara e causa evidente impacto na sua disciplina legal. É o que se vê na execução de verbas alimentares, em que o inadimplemento pode levar até mesmo à prisão do executado.

Entretanto, em outras modalidades de execução, não se via de forma tão clara o empenho da legislação processual em garantir-lhe essa mesma eficiência, talvez por considerar que o bem tutelado apresentava menor relevância. Referimo-nos aqui

¹⁰ Exposição de motivos, p. 1. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 dez. 2020.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, abr. 2001. p. 1.

¹² Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses, p. 383: “Ora, o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal deve ser interpretado, como ficou acima sublinhado, não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada”.

especialmente à tradicional execução de obrigação de pagar, para a qual se previa apenas a adoção de medidas executivas típicas tendentes à expropriação de bens do devedor, em não havendo o pagamento dos valores devidos por este último.

Por tal razão, essa modalidade de execução acabava, com grande frequência, sendo suspensa diante da não localização de bens do executado passíveis de penhora – o que inclusive vem estabelecido ainda hoje no art. 921, inciso III, do CPC – e pouco mais se podia fazer em favor da satisfação do crédito do exequente.

Tentando alterar esse quadro, justamente com o intuito de garantir maior efetividade, inclusive, a essa modalidade de execução, autorizou o art. 139, IV, do CPC a adoção de medidas executivas atípicas para satisfação das obrigações de prestação pecuniária, para que essa execução possa cumprir o seu papel e o direito reconhecido no título executivo seja satisfeito.

Afinal, como acima se disse, não é suficiente garantir efetividade ao processo de conhecimento se, no momento de satisfazer o direito reconhecido, não se dá meios para que a execução possa igualmente mostrar-se eficiente. A simples condenação, sem que a execução produza o resultado esperado, não proporciona prestação plena da tutela jurisdicional.

É por essa razão, com acerto, que afirma Luiz Guilherme Marinoni que

se o Estado possui dever de proteção e, assim, dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, *ele não pode tratar a execução como algo que não lhe diz respeito, deixando-a à livre disposição daquele que obteve a sentença*. Ora, diante das novas funções do Estado, não se pode pensar que a sua tarefa jurisdicional termina, quando o direito depende de atuação na realidade, no momento em que a sentença é proferida.¹³

Tarefa das mais complicadas, contudo, consiste em estabelecer as condições e os limites para a aplicação das medidas executivas, especialmente daquelas ditas “atípicas”. Investigação que deve ter como ponto de partida a Constituição e as suas garantias, pelas razões acima mencionadas.

2.1 Tutela jurisdicional

Tendo em conta a proclamada inércia do Poder Judiciário, estabelecida logo no art. 2º. do CPC, aquele que tem um direito violado ou ameaçado precisa agir na busca da tutela jurisdicional objetivada. Deve exercer o seu direito de ação

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. p. 11. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni(3)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 14 maio 2019.

constitucionalmente garantido, fazendo-o contra o Estado, para que este desempenhe sua função jurisdicional.

Tem-se o processo, pois, como o instrumento criado para que o Estado-juiz, após cumpridos todos os trâmites previstos e observadas todas as garantias das partes, em obediência ao devido processo legal, exerça a jurisdição, trazendo solução para o caso que lhe foi posto à apreciação. Afinal, “o processo é antes de tudo um método por meio do qual a jurisdição presta tutela aos direitos materiais”.¹⁴ Deve ser adequado a dar a quem tem um direito, tudo e precisamente aquilo que tem direito de conseguir, como celebrenemente afirmado por Giuseppe Chiovenda.¹⁵

Assim, conforme lição de Ada Pellegrini Grinover,

o processo há de ser um instrumento efetivo de atuação do direito material violado ou ameaçado. Todos os direitos consagrados no sistema jurídico devem ser adequadamente tutelados pelo processo. O clássico princípio chiovendiano segundo o qual ‘o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir’, assinala a linha da instrumentalidade substancial do processo, que não pode tolerar resistências injustificadas às ordens judiciárias.¹⁶

Para dar a alguém tudo aquilo que ele tem direito de receber, não basta proclamar o resultado justo. É necessário que o Estado atue com eficiência para que o resultado proclamado possa ser efetivado – ainda que o vencido não colabore com a efetivação – proporcionando impactos fora do âmbito do processo. Caso contrário, não servirá de muita coisa o trabalho jurisdicional desenvolvido até aí.¹⁷

Constitui a jurisdição, pois, essa atividade do Estado realizada com o propósito de resolver os conflitos que lhes são apresentados, aplicando o direito na solução dos casos concretos. Por meio dela, gera-se uma decisão proclamada pelo juiz, que substitui a vontade das partes, que não conseguiram por si só resolver seus problemas e tiveram que terceirizar a solução ao Estado.

¹⁴ É o que afirma Bruno Silveira de Oliveira em Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual, p. 2.

¹⁵ *Saggi di diritto processuale civile*, v. 1, p. 110.

¹⁶ Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*, p. 1.

¹⁷ Sobre essa situação, assim se posiciona Luiz Guilherme Marinoni em *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*, p. 8: “A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado - além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.” Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Essa proteção obtida como resultado da atividade jurisdicional conhecemos por tutela jurisdicional. Nesse sentido, segundo explicação de Cândido Dinamarco,

tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo. Tutela é ajuda, proteção. É jurisdicional a proteção outorgada mediante o exercício da jurisdição, para que o sujeito beneficiado por ela obtenha, na realidade da vida e das relações com as coisas ou com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava.¹⁸

Observa o autor, todavia, na esteira daquilo que acima comentamos, que apesar de a tutela ser o resultado do processo em que se exerce a jurisdição, “ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre pessoas”,¹⁹ o que realça a importância da atividade de efetivação, da qual nos ocupamos na presente tese.

2.1.1 Efetividade e seus obstáculos

Como já se afirmou, o Estado não se desincumbirá satisfatoriamente de prestar tutela jurisdicional se esta não se revestir de efetividade. Essa situação é reconhecida por Joan Picó I Junoy, ao discorrer sobre a tutela jurisdicional efetiva. Afirma o autor que ela apresenta conteúdo complexo, incluindo (1) o direito de acesso aos tribunais; (2) o direito à obtenção de decisão fundada em direito congruente; (3) o direito à efetividade das decisões judiciais e (4) o direito aos recursos previstos em lei.²⁰

Ou seja, necessário que se garanta aos litigantes resultados justos e efetivos. O que passa não só por garantir eficiência ao processo de conhecimento, mas trabalhar para que a execução atinja seu objetivo de satisfazer o direito reconhecido.²¹

Igualmente preocupado com o tema da efetividade do processo, José Carlos Barbosa Moreira lista cinco itens que representariam o que ele denomina “programa básico” em prol da efetividade.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 81, jan.-mar. 1996. p. 4.

¹⁹ *Ibidem*, p. 6.

²⁰ JUNOY, Joan Picó I. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 2002. p. 40.

²¹ Nesse sentido a lição de Cândido Dinamarco: “Tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição, ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraponto do poder de ação. [...] O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis. Tal é a ideia da efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça e do processo civil de resultados” (Tutela jurisdicional, p. 1).

Com esse propósito, defende o jurista que (1) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos; (2) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, quaisquer que sejam os supostos titulares dos direitos cuja preservação ou reintegração se pretende; (3) faz-se necessário assegurar condições para a exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, para se chegar próximo à realidade; (4) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento e (5) deve atingir o resultado com o menor dispêndio de tempo e energias.²²

Entre os itens do “programa” proposto pelo referido autor, ao menos um deles claramente diz respeito à matéria desenvolvida na presente tese, qual seja a necessidade de o processo assegurar ao vencedor o pleno gozo da utilidade a que faz jus. Afinal, não só é imprescindível que o processo seja eficiente no reconhecimento do direito, como igualmente é preciso que forneça meios para que o direito reconhecido seja efetivado. Para tanto, entra em cena a execução e suas medidas, sobre as quais discorreremos mais adiante.

Todavia, é o mesmo autor que aponta os riscos dessa busca do processo efetivo. Alerta, com absoluta razão, que não se pode cair na tentação de elevar a efetividade em valor absoluto, como se não existissem outras preocupações também importantes e nenhum preço fosse excessivo para alcançá-la. Deve-se impedir que ocorra um rompimento no equilíbrio do sistema, em decorrência da hipertrofia de uma

²² Essas são as exatas palavras do autor, que pela importância e para garantir fidelidade às ideias, entendemos conveniente transcrever: “Em trabalho que já conta mais de dez anos, mas em cuja substância, no particular, não nos pareceria necessário introduzir hoje alterações de monta, procuramos sintetizar em cinco itens algo que, sem excessiva pretensão de rigor, se poderia considerar como um espécie de ‘programa básico’ da campanha em prol da efetividade. Escrevíamos então: a) o processo deve dispor de instrumento de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil*: 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 197-198).

peça em detrimento das demais.²³ Em termos mais diretos e simples, não se pode renunciar ao processo justo.

Igualmente relevante assinalar que a busca da efetividade e o respeito à boa técnica não são valores que se excluem. Pelo contrário, devem se complementar, uma vez que a técnica é aliada importante para se atender à exigência do devido processo legal, como também para obtenção da efetividade insistentemente buscada pelos diversos ordenamentos. Essa circunstância fez Barbosa Moreira chegar a afirmar que “quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos”.²⁴

2.2 Razoável duração do processo

Muito já se escreveu sobre a morosidade do processo e os efeitos nocivos que pode provocar. Célebre a afirmação de Rui Barbosa, tão repetida pela doutrina, segundo a qual “Justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.²⁵ A preocupação com o tempo do processo continua bastante atual, como, aliás, não poderia ser diferente. Afinal, o tempo é um componente essencial do processo.²⁶

Não há dúvida que a morosidade é um dos fatores que mais contribui para minar a confiança dos jurisdicionados no Poder Judiciário e no grau de eficiência deste último. É o que aponta o trabalho elaborado pela Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, que criou o Índice de Confiança na Justiça no Brasil – ICJ Brasil. Promovido com o intuito de retratar a confiança do brasileiro no Poder Judiciário, o estudo encontrou resultados preocupantes.

A saber. Segundo resultado de 2017, apenas 24% dos entrevistados disseram confiar no Poder Judiciário, percentual inferior ao obtido nos anos anteriores. E entre os fatores causadores desse baixo índice de aprovação estão a morosidade, o custo e a dificuldade de acesso. Ainda, nessa pesquisa realizada, 81% dos interessados responderam que a solução dos casos pelo Judiciário se dá de forma lenta ou muito lenta.²⁷

²³ Efetividade do processo e técnica processual, p. 200.

²⁴ *Ibidem*, p. 206.

²⁵ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1947. p. 70.

²⁶ É com essa afirmação que Ítalo Andolina inicia seu trabalho intitulado *Il tempo e il processo*, p. 1.

²⁷ Dados disponíveis em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf. Acesso em: 14 abr. 2019.

E a decepção dos jurisdicionados com a reduzida velocidade do processo é bastante compreensível. Como bem afirma José Rogério Cruz e Tucci, o processo só cumpre a sua função quando permite a concessão ao titular da pretensão, da tutela a que este faz jus, em tempo de efetivamente preservar o seu direito. Nessa mesma linha, Mauro Capeletti e Garth afirmam que “o direito de acesso à justiça só se efetiva quando a porta de entrada permite que se vislumbre e se alcance a porta de saída em um período de tempo razoável”.²⁸

Não por outra razão, a Emenda Constitucional 45/2004 fez introduzir o inciso LXXVIII, ao artigo 5º., da Constituição Federal, garantindo a todos um processo de “razoável duração”, assegurando-se com esse propósito “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Foram muitos os autores que se dedicaram a estudar a morosidade processual, suas causas e caminhos para dotar o processo de maior celeridade. Causas essas que podem ser localizadas na própria disciplina do processo, como igualmente em fatores externos a ele, tais como a falta de estrutura adequada do Poder Judiciário, grau excessivo de litigiosidade na sociedade atual, ineficiência das agências reguladoras na fiscalização e na solução extrajudicial dos conflitos, entre muitas outras que poderíamos aqui relacionar.

Nesse sentido, em criterioso trabalho sobre o tema, Ricardo de Barros Leonel classifica as causas da morosidade em três categorias, quais sejam a) endoprocessuais, b) extraprocessuais e c) estruturais:

Como fatores endoprocessuais podem ser inseridos todos os problemas relacionados à disciplina do processo, ou seja, à legislação processual, como v.g. as regras procedimentais, desde a propositura da demanda até o regime recursal e da eficácia das decisões judiciais. No âmbito dos fatores extraprocessuais podem ser identificados todos os aspectos que estão relacionados ao desenvolvimento da demanda em juízo, mas que são estranhos à disciplina do processo, como v.g. a excessiva litigiosidade, a denominada crise na advocacia ou problema da cultura legal local.

Já os fatores estruturais estão relacionados à organização do Poder Judiciário, envolvendo a insuficiência de pessoal (tanto de juízes como de servidores e auxiliares) e meios, bem como seu inadequado aproveitamento.²⁹

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

²⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 9. p. 5.

Como já se afirmou, embora siga extremamente atual, não se pode evidentemente dizer que a preocupação com o tempo do processo seja nova. No direito processual brasileiro, em passado não muito recente, fácil encontrar manifestações dela. É o que se via do artigo 112 do Código de Processo Civil de 1939, que já recomendava ao juiz que dirigisse o processo de forma a assegurar à causa andamento rápido, com o cuidado de não prejudicar a defesa do executado. Semelhante preocupação se lia no revogado diploma de 1973, cujo artigo 125, inciso II, estabelecia competir ao juiz velar pela rápida solução do litígio.

Acrescentam-se a isso, a título de exemplos, outras inovações ocorridas nas últimas décadas no nosso processo civil, motivadas por esse mesmo propósito de agilizá-lo: a) o oferecimento de agravo de instrumento diretamente no Tribunal competente para julgá-lo, e não perante o juízo que proferiu a decisão recorrida, como ocorria até a Lei 9.139/95, foi novidade introduzida com o intuito de reduzir o tempo do seu trâmite e julgamento; b) a ampliação da possibilidade de concessão de tutelas antecipadas, através da Lei 8.952/94, que deu nova redação aos artigos 273 e 461 do CPC de 1973, teve o propósito de mitigar os efeitos nocivos da demora do processo; c) os juizados especiais foram criados com o intuito de abrir uma via mais rápida ao jurisdicionado para ver atendida sua pretensão de menor complexidade, entre outras tantas inovações.

Também se deve, em parte, à preocupação de criar um processo mais ágil, a migração do processo físico para o eletrônico. A informatização do processo foi parte do denominado Pacote Republicano, pelo qual se intencionou, através de reformas constitucionais e infraconstitucionais do processo, obter maior eficiência e celeridade na solução dos conflitos. No caso específico da demanda de execução, o uso da tecnologia já, há algum tempo, se mostra relevante na realização da penhora *on-line* ou na realização da hasta pública por meio eletrônico, por exemplo.

A propósito desse movimento reformista logo acima mencionado, o Prof. José Ignacio Botelho de Mesquita criticava as minirreformas realizadas sobre o CPC de 1973 a partir da década de 1990 – em sua grande parte a pretexto de agilizar o processo – defendendo que a demora do processo nunca se deveu a ele, e sim à falta de recursos para operá-lo.³⁰

³⁰ MESQUITA, José Ignacio Botelho. Processo civil e processo incivil. Revista de Processo, São Paulo, n. 131, jan. 2006. p. 3. Luiz Dellore também aponta que a reforma do diploma processual, por si só, não será capaz de resolver todos os problemas do processo: “Polêmicas, tramitação e modificações

De qualquer forma, com esse intuito acelerador, muitas foram também as mudanças trazidas ao nosso processo civil pelo CPC atual. Convém citar como exemplos desse movimento a) a limitação ao cabimento de recurso de agravo em face de decisões interlocutórias; b) a valorização dos precedentes, apesar de existirem outras motivações para essa medida; c) a criação de uma audiência de conciliação ou mediação logo no nascimento do processo, introduzindo momento oportuno para tentativa de autocomposição das partes e o conseqüente encerramento do processo, com a solução do conflito, quando até então se consumiu pouco tempo; d) também a permissão para que o juiz julgue antecipadamente uma parcela do mérito, como prevê o art. 356, tem suporte na busca da tão desejada razoável duração do processo.

De outra parte, nada autoriza afirmar ser exclusivamente nossa a preocupação com a morosidade. Tanto que também se dedicam ao tempo do processo a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 1969 em São José da Costa Rica.

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada em Roma em 1950, e que entrou em vigor em 1953, posteriormente ratificada em Portugal em 1978, estabelece, em seu artigo 6º, 1, que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.³¹

Nesse sentido, são numerosos os julgamentos realizados pela Corte Europeia em que se discute e se constata a violação justamente da garantia da razoável duração do processo, evidenciando que a demora além do razoável está longe de ser

à parte, o fato é que o Brasil tem um Novo Código de Processo que, espera-se, possa ajudar a melhorar a prestação jurisdicional no País, diminuindo a morosidade e a própria litigiosidade da sociedade brasileira. É certo que apenas o Código não é capaz de resolver todos esses problemas, sendo necessária também uma estrutura jurisdicional melhor. Mas, especialmente, uma mudança cultural quanto à forma de solução dos conflitos é que pode mudar o panorama que hoje vivemos. De qualquer forma, o Código – e sua interpretação e aplicação – seguramente podem auxiliar nesse objetivo” (DELLORE, Luiz. Breve evolução histórica do direito processual civil brasileiro. In. SOUZA, André Pagani de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi; DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019. p. 57).

³¹ Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

um problema que afeta apenas a Justiça brasileira. Vê-se dos dados publicados que substancial parcela das reclamações refere-se à Justiça italiana, reconhecidamente morosa.³²

Igualmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, do ano de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, preocupada com o tempo do processo, estabelece em seu artigo 8 (Garantias Judiciais), que

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.³³

Tem-se claramente, pois, que a demora do processo, com as consequências nocivas que pode causar ao jurisdicionado e à efetividade da tutela jurisdicional, não é apenas um problema brasileiro, mas aflige inclusive nações econômica e socialmente mais desenvolvidas.

2.2.1 Razoável duração da execução

A razão de abordarmos o tema da razoável duração do processo em tese que se propõe a tratar, especialmente, das medidas executivas e dos poderes do juiz para implementá-las, resulta da percepção de que pouco adianta o reconhecimento do direito, atividade realizada no processo de conhecimento, se o direito reconhecido não é efetivado a tempo de satisfazer o jurisdicionado e, com isso, evitar prejuízos significativos ou o perecimento do seu direito. Da mesma forma, o direito reconhecido em título executivo extrajudicial precisa igualmente ser concretizado em prazo razoável, para que se atenda à exigência constitucional.

Tanto é verdade o que aqui se alega que o art. 4º. do CPC, ao reiterar no texto infraconstitucional o princípio da razoável duração do processo, diz expressamente que a “atividade satisfativa” também deverá se dar em prazo razoável. Afinal, morosidade excessiva compromete a eficiência da prestação da tutela executiva.

A preocupação com a falta de efetividade e morosidade da execução já foi externada pelo Conselho Nacional da Justiça, que afirmou, no Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário – 2019, que (Meta 5)

³² Pesquisa realizada no banco de dados da Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"violation":\["6-1"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 28 abr. 2019.

³³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 25 maio 2019.

a execução das decisões judiciais é um dos principais desafios do Judiciário brasileiro, tendo em vista os diversos fatores que interferem na atuação da Justiça nessa fase processual, tais como a dificuldade de localizar bens do executado ou a de indicação, pelo credor, de bens do devedor passíveis de execução.³⁴

Conforme publicação do Conselho Nacional de Justiça, o “Justiça em Números”, o Poder Judiciário contava com um acervo de 77,1 milhões de processos em tramitação no final do ano de 2019, volume muito elevado, apesar de representar uma redução de aproximadamente 1,5 milhão de processos em trâmite, em relação ao final de 2018. Também chama a atenção a circunstância de que mais da metade desses processos em trâmite (55,8%) se refere a execuções, em suas diversas modalidades. Mas, oportuno assinalar que, em 2019, pela primeira vez na série histórica, a quantidade de processos de execução baixados superou o número de novas execuções.

Sob o sugestivo título de “5.3. Gargalos da Execução”, concluiu o Conselho que “os casos pendentes na fase de execução apresentam aumentos regulares, numa clara tendência de crescimento do estoque”, observando que “em alguns tribunais, a execução chega a consumir mais de 60% do acervo. É o caso do: TJDFT, TJPE, TJRJ, TJSP na Justiça Estadual; TRF3 na Justiça Federal; e TRT10, TRT13, TRT14, TRT18, TRT19, TRT2, TRT21, TRT22, TRT23, TRT7, TRT8, TRT9 na Justiça do Trabalho.”³⁵

Diante desse quadro, justamente com o propósito de dar mais ferramentas ao juiz para que ele tenha meios de impulsionar a execução com vistas à satisfação do direito consagrado no título, o art. 139, IV, estabelece que além de impor medidas executivas tipificadas no Código de Processo Civil, poderá também fazer uso das denominadas medidas atípicas, “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Na adoção dessas medidas, necessário, por um lado, que o magistrado respeite certos limites, que serão expostos no curso do presente trabalho. De outro lado, não pode se portar com timidez exagerada, tendo em conta o seu dever de atuar para que a execução atinja os seus objetivos, em prazo razoável.

Afinal, reconhecer o direito, mas não dar meios para que seja efetivado, significa igualmente negar acesso à justiça, em descompasso com a garantia

³⁴ Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Relatorio_de_Metas_Nacionais_do_Poder_Judiciario_2019_2020_04_30.pdf. Acesso em: 15 dez. 2020.

³⁵ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2020.

constitucional insculpida no artigo 5º, inciso XXXV. Permitir passivamente que a execução se eternize, por conta da falta de disposição do executado de cumprir a sua obrigação, porque este último lança mão de atitudes procrastinatórias ou por não se ter localizado facilmente bens passíveis de penhora, implica também deixar de observar a previsão constitucional do art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta.

Portanto, ao atuar no processo de execução e exercer seus poderes e deveres, caberá ao juiz atentar para a efetividade da tutela jurisdicional e a razoável duração do processo, buscando adotar conduta que seja capaz de promover esses valores. E se o novo diploma processual aumenta os poderes do juiz, na mesma proporção é ampliado o compromisso do juiz com a eficiência e o tempo do processo, atribuindo-lhe maior responsabilidade pelo resultado.³⁶

Mas isso nem de longe significa que se quer um juiz parcial, que atue exclusivamente em prol da satisfação do exequente, sem observar as garantias do executado e o devido processo legal. Como bem afirma Celso Fernandes Campilongo, “ampliar os poderes do juiz (o que parece ser uma tendência mundial) não significa transformá-lo numa figura arbitrária”.³⁷ Mas tampouco se espera um juiz omisso, que, provocado pelo interessado, deixa de se utilizar das medidas que o legislador lhe concede para atuar o direito e nada faz para evitar que a execução se arraste, sem rumo, indefinidamente no tempo.

É certo que a postura mais ativa do juiz, empregada como forma de aceleração da marcha do processo, deve respeitar limites, inclusive sob pena de perda da imparcialidade, como bem alerta Fritz Baur.³⁸ Tarefa difícil essa de estabelecer os limites da atuação, até por falta de parâmetros claros na legislação,

³⁶ Ainda que escritas bem antes da promulgação do CPC de 2015, oportunas as palavras do Ministro José Augusto Delgado: “A ampliação dos poderes do juiz, na direção do processo, na atualidade, ganhou ampla extensão com a EC 45/2004, ao considerar como direito fundamental da cidadania brasileira a razoável duração do processo, conforme previsto com a introdução, no art. 5º da Carta Magna, do inc. LXXVIII, assim impondo: ‘LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’. O zelo pela razoável duração constitui, hoje, por determinação constitucional, o primeiro dever assumido pelo juiz. É compromisso imposto pela Carta Magna que, implicitamente, está concedendo todos os poderes necessários ao juiz, para que cumpra esse direito fundamental da cidadania.” (Reflexões contemporâneas sobre os poderes deveres do juiz na imposição dos princípios da razoável duração do processo e da moralidade, na relação jurídica formal, p. 274. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008).

³⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 116-125, 1994. p. 121. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p116-125>. Acesso em: 28 jul. 2019.

³⁸ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, jul.-set. 1982. p. 3 e ss.

em especial no que diz respeito à disciplina dos poderes conferidos pelo art. 139, inciso IV, do CPC. O que justifica, a nosso ver, a proposta de alteração legislativa que apresentaremos ao final da presente tese.

Também nos parece possível e conveniente que as partes reduzam as incertezas que cercam a aplicação do art. 139, IV, do CPC, utilizando-se dos negócios jurídicos processuais, para fixar regras para a execução e regular, autorizar ou vedar medidas executivas não expressamente previstas em lei. O que pode transformar a previsão do art. 190 em um instrumento útil para dotar a execução de maior efetividade e, concomitantemente, tornar mais segura a aplicação das medidas atípicas, como se demonstrará adiante.

2.3 A pacificação social

O objetivo final e mais profundo do processo é a pacificação social. Afinal, quando o Estado assume o exercício da jurisdição, tomando para si o poder de resolver os conflitos, passa a ter também o dever de cumprir tal missão adequadamente.

Por consequência, para se desincumbir dessa função, terá que prestar tutela eficiente, que se apresente capaz efetivamente de garantir àquele que tem o seu direito ameaçado ou violado um resultado apto a preservá-lo. Um resultado que não apenas seja proclamado dentro do processo, mas que também projete os seus efeitos para fora dele.

Para que a prestação da tutela jurisdicional atenda a esse objetivo, deve ser prestada em tempo razoável, quando ainda é possível preservar ou restaurar o direito violado, sem que o decurso do tempo imponha prejuízos maiores ou irreversíveis ao direito em questão. É o que decorre, como acima já se afirmou, da necessária observância do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, em sua plenitude, e o da razoável duração do processo.

Assim, entendida a via judicial como uma das formas possíveis de solução dos conflitos, esta não é obtida com a simples declaração do resultado pelo juiz. É necessário que essa solução proclamada produza resultados no mundo dos fatos, caso contrário, de pouco ou nada servirá. E essa produção de resultados depende, no mais das vezes, da efetivação da decisão, o que se dá através da execução.³⁹

³⁹ Conforme bem afirma Luiz Dellore, “a atividade jurisdicional nem sempre se completa com a mera declaração do direito. Da mesma forma, o dever de probidade processual das partes e dos terceiros

Nesse sentido, para efetiva obtenção da pretendida pacificação, imprescindível que a execução seja eficaz para proporcionar a proteção ou a satisfação do direito reconhecido, em tempo razoável. Para tanto, a atividade executiva deve ser revestida de meios aptos a garantir-lhe efetividade, para romper a resistência do executado em cumprir a sua obrigação.⁴⁰

Tal percepção levou o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP a afirmar, em memorial apresentado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.941/DF, na qual se discute a constitucionalidade, entre outros, do art. 139, IV, do CPC, que a alegação de inexistirem direitos fundamentais que autorizem a imposição de restrições ao executado, a pretexto de adoção de medidas executivas atípicas, “merece ser sopesada com o entendimento de que existe direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, decorrente do art. 5º, XXXV, da Constituição”. Em complemento, anota também que “merece destaque o direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Carta”.⁴¹

Encontra-se aí, pois, o ponto de contato entre a busca da pacificação social, objetivo da atividade jurisdicional, e a adoção de medidas executivas eficientes, que possam levar ao cumprimento do direito reconhecido. Não apenas daquele consagrado no título executivo judicial, mas igualmente do direito reconhecido no título executivo extrajudicial.

Tem-se, pois, justificativa para se dotar o juiz de poderes para aplicar medidas executivas, inclusive atípicas, capazes de levar à efetivação do direito reconhecido, e,

(principalmente do vencido) não se esgota com o simples participar do processo na fase cognitiva. Sejam de que natureza for (declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais, executivas), é necessário que as decisões jurisdicionais (inclusive as arbitrais), provisória (antecipatórias?) ou finais, sejam cumpridas, isto é, efetivadas. Efetivação essa que, quando depender de comportamento de uma das partes, deve se dar sem embaraços, isto é, sem o emprego de expedientes que retardem ou dificultem o cumprimento da decisão.” (Comentários ao artigo 77. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, Parte Geral*. São Paulo: Editora Método, 2016. p. 255).

⁴⁰ A percepção desse movimento faz Marcus Firmino Santiago afirmar: “A evolução das sociedades e a mudança da perspectiva acerca do papel conferido ao Estado que se processa no decorrer, fundamentalmente, do Século XX, acarretaram a imposição de um atuar positivo deste, decorrente de uma reestruturação na relação de forças existente entre Estado Democrático e sociedade civil e da crescente conscientização popular acerca das obrigações inerentes à assunção do poder de tutelar os interesses privados. 3 Assim, não mais se admite que o Estado deixe desvalidos direitos por ele mesmo proclamados, devendo, ao contrário, atuar positivamente, conferindo máxima exequibilidade aos direitos subjetivos, resguardando-os ante qualquer lesão ou ameaça.” (Uma abordagem diferenciada acerca da tutela jurisdicional. *Revista de Processo, São Paulo*, v. 146, p. 32-48, abr. 2007).

⁴¹ Memorial disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/>. Acesso em: 22. out. 2020.

consequentemente, à obtenção da pacificação social objetivada. Medidas essas, não é demais reiterar, que devem ser aplicadas dentro de limites e com a observância de certos cuidados, uma vez que não se pode pensar o processo, exclusivamente, sob a perspectiva do vencedor.

Limites e cuidados esses, como já se afirmou, que tentaremos definir ao longo da presente tese, inclusive com sugestão de alteração legislativa para fixação de parâmetros e atribuição de mais segurança na aplicação das medidas executivas atípicas.

3 OS PODERES DO JUIZ

Para que o Estado exerça adequadamente sua atividade jurisdicional, o juiz, na condição de agente estatal e no exercício da sua função, é dotado de poderes para a condução do processo, para a solução do conflito e para a efetivação do comando contido na decisão que o resolve. Poderes esses que não se constituem em fins em si mesmos, mas meios para que o processo alcance plenamente a sua finalidade.⁴²

Imprescindível também que tenha condições de bem exercer os poderes que lhes são concedidos, o que, com certa frequência, não ocorre na nossa realidade forense. De pouco adianta ampliar os poderes do magistrado se ele não tiver um ambiente de trabalho condizente com as responsabilidades que lhe são atribuídas. É o que melhor desenvolveremos no item 3.7, adiante.

Correto afirmar que, se por um lado, o juiz dispõe de diversos poderes que pode exercer dentro do processo, é igualmente verdadeiro que tem ele o dever de exercê-los no sentido de proporcionar “adequada prestação jurisdicional”, dentro do amplo alcance dessa expressão. Como bem afirma Fritz Baur, a atuação do juiz deve impedir que o processo se prolongue demasiada e inutilmente, assim como garantir que o processo atinja a sua função social.⁴³

Certo é que a ampliação dos poderes do juiz não é novidade trazida pelo nosso atual diploma processual, mas tendência que já se sente há décadas entre nós. Tampouco se trata de movimento exclusivamente brasileiro, mas de fenômeno que se espalha por diversos sistemas ao redor do mundo.⁴⁴

⁴² Oportunas, a propósito, as palavras de José Carlos Baptista Puoli: “No que toca aos poderes do Juiz, o primeiro passo na direção da modernidade vem materializado no reconhecimento de que ele é um agente estatal no desempenho de uma função pública cujos objetivos são bem mais amplos do que a mera satisfação das partes envolvidas no litígio. Fala-se da consciência de que, sob um prisma mais genérico, a atividade desempenhada pelo Juiz também tem em vista a necessidade de impor e fazer valer o direito material positivado pelo próprio Estado e pacificar os conflitos ocorrentes na sociedade e que lhe forem submetidos. A compreensão desta característica marca o início da visão publicista do processo a qual, em que pese sua importância, não importou num imediato e integral expurgo de todos os resquícios do pensamento privatista anteriormente vigente”.

⁴³ O papel ativo do juiz, p. 1: “Nos dias de hoje, entretanto, as reflexões e os postulados de ordem política parecem prevalecer: o papel ativo do juiz é visto em estreita relação com a reivindicação de uma razoável aceleração do processo e com a função social deste. A atuação do juiz deveria impedir o prolongamento injustificado ou inútil do processo; e mais, deveria velar para que a parte mais fraca não tivesse desvantagens. A aceleração do processo e sua função social são dois postulados políticos que devem ser alcançados por meio de uma atividade mais decisiva e significativa da parte do juiz” (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 21).

⁴⁴ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz, p. 10: “A tendência de tornar cada vez mais ativo o papel do juiz no processo civil alemão é inegável. Não há inconvenientes em relação ao desenvolvimento do processo. Há, no entanto, o perigo de se ter uma visão imparcial e de se ter assumido muita responsabilidade. Essa responsabilidade reforçada do juiz existe também no campo da compensação

O que aqui se diz é confirmado por Barbosa Moreira, quando ele, ao estudar os rumos que o processo civil brasileiro vinha seguindo, afirmou que entre as notas básicas do sistema do Código de 1939 – nosso primeiro diploma processual nacional e fruto de uma tentativa modernizadora – “ganhava realce o aumento dos poderes do juiz na direção do feito”, mostrando que tal fenômeno está muito longe de ser recente.⁴⁵

Confirmando não se tratar de fenômeno novo, Sálvio de Figueiredo Teixeira, em palestra proferida no final do ano de 1977, quando o diploma revogado tinha poucos anos de vigência, afirmava que os poderes do juiz vinham sendo ampliados gradativamente, pois, para atingir sua finalidade de garantir atuação ao direito objetivo, não tinha mais lugar o juiz inerte, passivo, sendo a ampliação dos seus poderes pressuposto fundamental ao cumprimento das suas funções.⁴⁶

Pensamos de fato que a eficiência do processo civil passa por um juiz forte, que tenha condições de conduzir o processo na direção de uma tutela jurisdicional eficiente. Não arbitrário, sem freios ou controle, mas que tenha poderes suficientes para bem conduzi-lo. Tal se mostra especialmente relevante no processo de execução, em que se terá que agir sobre o patrimônio ou sobre a vontade do executado, para buscar a satisfação do direito reconhecido no título executivo.

Como bem afirma Barbosa Moreira mais adiante, na mesma obra acima referida,

o incremento dos poderes judiciais, ao menos em linha de princípio, pode contribuir de maneira significativa para a consecução dos mesmos fins: simplificar e agilizar a marcha dos feitos e facilitar a prestação jurisdicional em prol de mais eficiente preservação de interesses socialmente relevantes.⁴⁷

Embora a participação mais ativa do juiz dentro do processo sempre tenha sido vista com certa cautela, a verdade é que o repúdio ao juiz ativo é fruto do pensamento liberal e individualista que predominava há algumas décadas, e que nos parece não ter mais lugar na atual concepção do processo civil, como opina José Carlos Baptista Puoli.⁴⁸

social (alívio das tensões sociais) pela sentença judicial, que é um novo campo de atividade do juiz dentro de um processo onde este seu papel ativo se manifesta.”

⁴⁵ *Os novos rumos do processo civil brasileiro*, p. 194.

⁴⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O juiz em face do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 261, jan.-mar. 1978. p. 5.

⁴⁷ *Os novos rumos do processo civil brasileiro*, p. 202.

⁴⁸ *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 22: “Entre outras demonstrações deste ‘entulho’ individualista, lugar de destaque pertence às posições que defendiam dever ser reduzida a participação e pobres os poderes do juiz, ficando o processo (e principalmente os seus resultados)

Igualmente se manifestando sobre esse aumento de poderes do juiz e opinando que o seu comportamento mais ativo tende a produzir resultados melhores que aqueles obtidos por juiz excessivamente passivo, afirma Marcelo Bonicio que tal movimento não retira a característica dispositiva do processo civil brasileiro, uma vez que o início do processo depende de provocação da parte interessada, que inclusive definirá no seu pedido os limites da atuação do órgão jurisdicional.⁴⁹

Para sentirmos claramente esse movimento, que se manteve na elaboração do Código de Processo Civil de 2015, basta colocarmos lado a lado o atual art. 139 e o art. 125 do diploma revogado. Este último também tratava dos poderes do juiz, mas continha apenas quatro incisos, diferente do primeiro, que conta com dez.

Assim, o art. 139 ora em vigor, muito mais completo e amplo, relaciona os poderes do juiz com mais generosidade do que fazia o art. 125 do CPC revogado, trazendo as principais incumbências do magistrado na direção do processo e no atingimento da sua efetividade.

De outra parte, apesar da amplitude dos poderes que o artigo 139 atribui, pertinente acrescentar que o rol ali contido nem mesmo é taxativo. Por certo, os poderes do juiz no processo não se esgotam naqueles enumerados no referido dispositivo legal. Fácil encontrar, ao longo do diploma processual, outros dispositivos atribuindo poderes ao magistrado, como se lê do artigo 370, que autoriza ao juiz, como manifestação dos seus poderes instrutórios, determinar de ofício a produção das provas que reputar necessárias para formar a sua convicção.

Essa evolução fez Tricia Navarro Xavier Cabral, enxergando na figura do juiz o legítimo representante estatal a desempenhar o papel de pacificar os conflitos sociais, afirmar que

sua participação no processo como mero espectador cedeu lugar a uma conduta mais enérgica, imprimindo maior diligência e controle no desenrolar das disputas judiciais, assegurando aos jurisdicionados um processo mais igualitário, justo e tempestivo, distribuindo justiça a quem efetivamente a

totalmente entregues à sorte decorrente da iniciativa (ou da falta de iniciativa) das partes. Esta concepção hoje ultrapassada, de repúdio ao juiz ativo e participativo era corolário da (já referida) filosofia preponderantemente liberal e individualista que dominava o pensamento do século passado e baseava sua visão de mundo nos conceitos de liberdade, igualdade formal e propriedade, os quais eram estudados sob o enfoque do indivíduo, ou seja, sem que houvesse uma maior preocupação com a repercussão que o exercício de tais direitos pudesse ter em relação à coletividade. Neste contexto, era deixada para o Estado uma função secundária que vinha sintetizada pelo ideal do 'Estado Mínimo'."

⁴⁹ BONICIO, Marcelo José de Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no Projeto do Novo CPC brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 190, dez. 2010. p. 4.

merece, e não a quem possui mais condições financeiras ou sociais de obtê-la.⁵⁰

Assim, em linhas gerais, quanto à conduta esperada do juiz, cabe a ele dirigir o processo e organizá-lo. Para bem desempenhar esse relevante mister, ao juiz são atribuídos poderes, assim como assume deveres e responsabilidades pelos atos que pratica.⁵¹

Mas tais poderes, ainda que exercidos a contento no processo de conhecimento, pouco produzirão em termos de pacificação social se o juiz não dispuser de poderes executórios suficientes, para que atue no sentido de fazer com que o direito reconhecido seja efetivado, de forma plena e em tempo razoável, produzindo as necessárias alterações no mundo dos fatos.⁵²

Por isso, ainda confrontando o art. 139 do atual diploma com o art. 125 do CPC de 1973, percebe-se que a ampliação dos poderes juiz ocorreu, com força, justamente naqueles destinados a garantir a efetivação das decisões judiciais, foco central do presente trabalho, para alcançar também a obrigação de prestação pecuniária.

Sendo o juiz detentor de poderes que deve exercer ao longo do processo, para garantir que este cumpra o seu papel, não menos certo que tais poderes não lhe permitem agir de forma arbitrária e livre de controle. Antes de mais nada, o juiz deve

⁵⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 275-293, jun. 2012. p. 2. Em seguida arremata a autora: “Além disso, visando aprimorar os mecanismos de entrega da tutela jurisdicional, foi necessária a implementação de algumas técnicas processuais que servissem de ferramenta ao magistrado. Uma delas refere-se aos poderes conferidos ao juiz na condução do processo, bem como a sua iniciativa no campo probatório. O poder de gerenciamento do processo pelo juiz vem sendo admitido e utilizado por vários ordenamentos jurídicos, até mesmo por aqueles que sempre desconfiaram desse tipo de postura ativa do magistrado, como é o sistema norte-americano. Ademais, Inglaterra, França, Alemanha e Itália vêm gradativamente adotando, em alguma medida, a figura do juiz gerenciador.”

⁵¹ Essa consequência foi reconhecida por José Carlos Barbosa Moreira, que afirma: “Dos poderes acrescidos, aliás de quaisquer poderes, naturalmente se concebe que os juízes façam uso bom ou mau – ou até (conforme sucede com tanta frequência em matéria de iniciativas probatórias) que não façam uso algum... Essa é contingência inerente à condição humana, e seria tão frívolo pretender negá-la quanto usá-la como pretexto para impugnar a outorga, ou proferir a seu respeito condenação sumária, em nome de eventuais destemperos. Não quer isso dizer, em absoluto, que devemos sujeitar-nos, inermes, aos caprichos de magistrados insensatos. Todo aumento de poder acarreta, necessariamente, um correlato aumento de responsabilidade. Temos de caminhar no sentido da efetiva responsabilização dos juízes pelo exercício incorreto (por falta ou por excesso) dos poderes que a lei processual lhes atribui.” (*Os novos rumos do Processo Civil brasileiro*, p. 201-202).

⁵² A propósito, Paulo Hoffman, ao tratar de lei italiana que regula procedimento para indenização de quem sofre dano decorrente da demora do processo, faz comentário que muito bem se encaixa na atual realidade brasileira: “15. Importante ressaltar, que a Corte entende que a duração deve ser compreendida em seu todo, ou seja, não só a parte do processo de conhecimento, mas também a satisfação do direito reclamado em juízo, ou isoladamente em cada uma de suas fases.” (HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 56).

atentar para os limites que a Lei, em especial a Constituição Federal e o Código de Processo Civil, impõem para o seu exercício.

Não pode, por certo, a pretexto de promover a efetivação de um direito reconhecido em um título executivo, ignorar a previsão que se lê logo do art. 1º. da Constituição Federal, que coloca entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, também protegida pelo art. 8º. do CPC.

Entre outras condições, o juiz deve estar atento para que os poderes sejam empenhados no atingimento dos objetivos do processo, como instrumento estatal de solução do conflito, e não com o propósito de defender os interesses de qualquer das partes. Caso contrário, estaria ultrapassando os limites que a sua atuação imparcial impõe.

Terá também que justificar os poderes que exerce, através do fiel respeito ao princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais, que lhe exige motivar as decisões que profere e as condutas que adota ao longo do feito, as quais, na medida do possível, devem ser precedidas de contraditório. Além do que, suas decisões não ficam livres de controle pelos órgãos de hierarquia superior, que, via interposição de recurso pela parte descontente, são chamados a reapreciar as decisões e as condutas adotadas pelo juiz de grau inferior.

Aliás, nem se queira dizer que a limitação ao cabimento do agravo de instrumento impediria a revisão dessas condutas por outra instância, especialmente aquelas adotadas na via executiva. Primeiro, porque o artigo 1.015 relaciona diversas decisões interlocutórias que continuam sendo plena e imediatamente agraváveis por instrumento; segundo, porque o Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.696.396, decidiu que o agravo tem cabimento em outras situações urgentes que não aquelas relacionadas no referido dispositivo legal, que apresenta uma “taxatividade mitigada”;⁵³ terceiro, porque ainda quando não cabe recurso de imediato, a decisão interlocutória não agravável pode ser objeto de recurso quando da interposição de apelação ou até mesmo nas contrarrazões desta, porque não preclui; em quarto lugar, porque caso se trate de decisão interlocutória proferida em sede de cumprimento de sentença ou de execução de título extrajudicial, o

⁵³ No julgamento de Recurso Especial repetitivo (1.696.396/MT e 1.704.520/MT), pela Corte Especial do STJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, acórdão publicado em 19.12.2018, foi firmado o Tema Repetitivo n. 988/STJ: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

parágrafo único do art. 1.015 autoriza a interposição imediata do agravo de instrumento, independentemente do seu conteúdo.⁵⁴

Por tais razões, resumindo o quanto aqui se afirma e indo ao tema central da presente tese, as decisões do juiz de primeiro grau, através das quais determina a aplicação das medidas executivas, devem ser bem fundamentadas e ficam sujeitas à revisão por órgão hierárquico superior, cuja atuação será provocada pela interposição de agravo de instrumento pela parte prejudicada.

Portanto, claro é, como será mais adiante explorado, que o aumento dos poderes do juiz não o autoriza agir de forma arbitrária e tampouco sua atuação fica isenta de controle por órgão superior. Além, claro, de ficar ele sujeito à estrita observância dos limites estabelecidos pela Constituição Federal. Sem dizer da necessidade de compatibilizar o seu exercício com o autorregramento da vontade das partes, cujos poderes também foram ampliados, podendo elas convencionarem sobre as regras do processo e seus atos.

3.1 Ampliação (e limitação) dos poderes do juiz no processo civil

Historicamente, nota-se que o aumento dos poderes atribuídos ao juiz acompanhou o movimento de publicização do processo, na medida em que o chamado estado liberal perdeu espaço para o estado social. A partir do momento que fomos nos afastando da noção privada do processo e caminhando para uma concepção publicista, a valorização da postura mais ativa do juiz, e, por consequência, menos inerte, mostrou-se um movimento natural.⁵⁵ Cabe ao magistrado, em sua atuação, “fazer valer o direito material positivado pelo próprio Estado e pacificar os

⁵⁴ A explicação para isso é dada por Teresa Arruda Alvim: “Por fim, como dissemos antes, há uma razão que leva à necessidade de que de certas decisões caiba agravo de instrumento: o fato de essas serem proferidas em procedimentos que não terminam em sentenças apeláveis. Logo, ou o agravo é admissível ou a decisão fica sem recurso. São interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. Ou seja, quando a decisão interlocutória for proferida nessas hipóteses, não há que se falar nos limites criados pelos incisos do art. 1.015” (*Os agravos no CPC de 2015*. 5. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2021. p. 153).

⁵⁵ Cândido Rangel Dinamarco aponta esse movimento de publicização aqui mencionado: “De qualquer modo e apesar das vicissitudes e retardamentos apontados, o caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais. Chega a ser admirável até que no curto período de apenas um século de ciência tenha sido possível passar do intenso privatismo inerente ao estágio de sincretismo tradicional, ao elevado grau de publicismo que agora se vê na disciplina e na ciência do processo” (*A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 60).

conflitos ocorrentes na sociedade e que lhe forem submetidos”, como explica José Carlos Baptista Puoli.⁵⁶

Como acima já se afirmou, a própria proliferação da utilização de conceitos vagos na legislação trata de atribuir mais poderes ao juiz, em razão da atividade que o juiz realiza para preencher tais conceitos. Também a observância de princípios constitucionais para proferir o julgamento amplia o campo para a interpretação do direito.⁵⁷

A noção de publicização do processo, relevante dizer, está intimamente relacionada com o reconhecimento da sua instrumentalidade, que propõe enxergar o processo dentro do seu objetivo maior de tutelar o direito substancial.⁵⁸

Com o reconhecimento da autonomia do direito processual e da sua natureza de direito público, a prestação da tutela jurisdicional passou a ser entendida como um poder-dever do Estado. Se é certo que o jurisdicionado levará suas pretensões e interesses privados para serem tutelados pelo Judiciário, não menos certo que prestar essa tutela, de forma eficiente e em tempo razoável, passa a ser dever que o próprio Estado assume.⁵⁹

⁵⁶ *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 21. Em seguida, arremata o autor: “A compreensão desta característica marca o início da visão publicista do processo a qual, em que pese sua importância, não importou num imediato e integral expurgo de todos os resquícios do pensamento privatista anteriormente vigente”.

⁵⁷ Embora tratando do controle de constitucionalidade, ainda assim são oportunas as palavras de José Carlos Baptista Puoli “Daí se depreende que, em todo o julgamento no qual normas legais são interpretadas à luz de princípios constitucionais, para somente depois deste confronto inicial, serem aplicadas ao caso concreto, será muito maior o campo para uma mais aberta (para não se dizer criativa) interpretação do direito por parte dos juízes.” (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 130).

⁵⁸ O fenômeno é igualmente reconhecido por Justino Magno Araújo: “O processo civil das legislações mais modernas traduz nitidamente o fenômeno do qual acabamos de falar, ou seja, o da crescente publicização do processo, como consequência da natural evolução do estado liberal para o estado social. [...] No processo em geral, e especialmente no processo civil, a publicização ocorreu em virtude do caráter ‘instrumental’ do processo, pois seu objetivo é a tutela do direito substancial, público e privado. [...] Esse caráter instrumental do processo é que tornou possível a sua progressiva publicização, e que se manifestou no processo dos países ocidentais a partir da promulgação do Código de Processo Civil da Áustria (1895), o primeiro a inspirar-se numa concepção social, aumentando os poderes do juiz quanto à formação e valorização das provas, impondo às partes a obrigação de dizer a verdade, atribuindo ao juiz os poderes para tornar efetiva a igualdade das partes. Deixou, portanto, o juiz aquela absoluta “passividade” a que estava adstrito até então, chegando-se ao convencimento de que a imparcialidade do juiz não repugnava o contacto direto e ativo com as partes no desenvolvimento do processo”. (*Os poderes do juiz no processo civil moderno (visão crítica)*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, out.-dez. 1983. p. 2-3).

⁵⁹ Sobre esse movimento, pertinentes as palavras de José Carlos Baptista Puoli: “No que toca aos poderes do Juiz, o primeiro passo na direção da modernidade vem materializado no reconhecimento de que ele é um agente estatal no desempenho de uma função pública cujos objetivos são bem mais amplos do que a mera satisfação das partes envolvidas no litígio. Fala-se da consciência de que, sob um prisma mais genérico, a atividade desempenhada pelo Juiz também tem em vista a necessidade de impor e fazer valer o direito material positivado pelo próprio Estado e pacificar os conflitos

Nos termos da lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco,

diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado.⁶⁰

Concentremo-nos no que diz o art. 2º. do Código de Processo Civil. Lê-se do referido dispositivo o reconhecimento da inércia da jurisdição, que precisa ser rompida pelo interessado em receber a tutela jurisdicional. Tal estado inerte é desfeito quando o jurisdicionado, exercendo o seu constitucionalmente garantido direito de ação, distribui sua petição inicial. Esta, entre outros requisitos, conterà o pedido (ou pedidos), que estabelecerá os limites que terão de ser respeitados na prestação da tutela jurisdicional, como exigem os arts. 141 e 492, sob pena de se proferir decisão viciada, caso ultrapasse essas barreiras.

Contudo, se é certo que a movimentação do Poder Judiciário depende de ato inicial do jurisdicionado, para retirá-lo da condição inercial, não menos certo que, quando movimentado, assume ele o poder-dever de atuar para que o processo se desenvolva em direção ao seu final, preferencialmente com a efetiva apreciação do mérito da pretensão do autor, por decisão que deverá ser posteriormente efetivada.⁶¹

Justamente por essa razão que o juiz, caso constate que a omissão das partes vem provocando a paralisação do processo, deve exigir que promovam o seu

ocorrentes na sociedade e que lhe forem submetidos. A compreensão desta característica marca o início da visão publicista do processo a qual, em que pese sua importância, não importou num imediato e integral expurgo de todos os resquícios do pensamento privatista anteriormente vigente.” (*Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 21).

⁶⁰ CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70.

⁶¹ Sobre o tema, assim se manifesta Alexandre Freitas Câmara: “Pois o art. 4º do CPC de 2015 faz alusão a dois princípios fundamentais do processo civil do Estado Democrático Brasileiro: o da duração razoável do processo (que tem guarida constitucional no artigo 5º, LXXVIII, da Lei Maior) e o da *primazia da resolução do mérito*. É que o aludido dispositivo expressamente afirma que ‘as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito incluída a atividade satisfativa’. Evidentemente, uma primeira leitura do dispositivo legal transcrito faz com que a atenção do intérprete seja chamada para a referência ao prazo razoável, o que imediatamente leva ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Uma leitura mais atenta, porém, permite verificar ali a afirmação de que “[a]s partes têm o direito de obter solução integral do mérito incluída a atividade satisfativa”. Consolidada-se, aí, princípio fundamental: o de que se deve dar primazia a resolução do mérito (e à produção do resultado satisfativo do direito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal no processo civil. Eis aí, portanto, o *princípio da primazia da resolução do mérito*.” (O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. p. 3-4. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 22. out. 2020.

andamento, inclusive sob ameaça de extinção. É o que se tira do seu poder de imprimir impulso oficial, expressamente reconhecido na segunda parte do art. 2º referido.

Portanto, tirado da inércia por ato do autor, o Estado-juiz assume o dever de apreciar o pedido de tutela formulado pelo autor, atuando para que o processo se desenvolva dentro dos ditames do devido processo legal. Para garantir que o processo possa atingir seus objetivos, deve exercer os poderes que o diploma processual lhe atribui. Inclusive em sede de execução, onde o direito reconhecido no título deve ser efetivado.

Esse contexto expõe a noção publicista do processo. Não se trata de mera relação privada, entre partes, e que deva ser tratada exclusivamente como tal. Se é verdadeira a existência de conflito entre particulares, sobressai o interesse público de solucionar o conflito e garantir pacificação social.⁶²

O movimento de publicização do processo favoreceu a busca da efetividade, como leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Na visão desse autor,

se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX.⁶³

Todavia, como acima se comentou, não se pode negar que o atual CPC, sem extirpar esse viés publicista do processo, dá um passo em sentido contrário. Embora, por um lado, mantenha e até amplie os poderes do juiz - e o art. 139, IV, é um bom exemplo disso - ao mesmo tempo também concede mais poderes às partes, que podem inclusive fazer, em certas situações, com que suas vontades se sobreponham sobre às do juiz, limitando a autonomia deste.

Até porque, de acordo com o espírito de cooperação que o atual CPC quis prestigiar, as partes ganham importância e passam a dividir com o juiz os rumos do

⁶² Marcelo Magalhães Bonicio vê pequena mudança no novo diploma processual no que diz respeito ao caráter público do processo. Discorrendo sobre a permanência do princípio dispositivo entre nós, afirma o autor: “Portanto, a única disposição contida no projeto do novo Código de Processo Civil, que lhe dá, por assim dizer, realmente um perfil realmente mais “publicista” do que aquele adotado no diploma atual, é aquele em estudo, que institui um ‘dever de cooperação’ para as partes em geral.” (Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no Projeto do novo CPC brasileiro, p. 5).

⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade de tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 836, jun. 2005. p. 1.

processo, ocorrendo, de certa forma, uma repartição de trabalho e responsabilidades.⁶⁴

Isso porque o CPC concede às partes poderes para, de forma consensual, tomarem decisões que ordinariamente competiriam ao juiz. Bons exemplos do que aqui se afirma encontram-se no art. 190, do CPC, quando autoriza que as partes ajustem alterações no procedimento; quando o art. 471 permite que as partes, desde que plenamente capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição, escolham o perito judicial; ou quando o art. 373, §3º, admite que as partes convençionem a distribuição do ônus da prova, o que, aliás, não é uma novidade do CPC ora em vigor.

Por tal razão, não se pode fechar os olhos para o movimento que se presencia e o seu significado. Se é verdade que o atual diploma, de um lado, ampliou os poderes dos juízes no processo, mantendo tendência que já vem de longe, de outra parte o aumento de poderes também ocorreu em relação às partes. Trata-se de um passo na direção do privatismo processo, mas que muito longe está de retirar a noção publicista que sobre ele ainda predomina.⁶⁵

Aliás, essa ampliação de poderes das partes – ao mesmo tempo que se quer um juiz mais ativo e preocupado com a qualidade da prestação jurisdicional – está amplamente de acordo com a cooperação que se pretende implementar no processo, para que haja uma divisão do trabalho entre os seus sujeitos.

Com mais poderes, as partes não estão mais adstritas a cumprirem as regras postas, sem qualquer questionamento, mas foram ampliadas as oportunidades em que poderão criar ou alterar essas regras. É o que se vê, claramente e entre outros, dos arts. 190 e 191 do CPC.

⁶⁴ Ensina Marcelo José Magalhães Bonicio que “no processo guiado pelo que se pode chamar de ideologia da colaboração, as partes e o juiz ficam em plano de igualdade, com intenso diálogo sobre os rumos do processo, que passaria a ser visto como uma ‘comunidade de trabalho’” (*Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 81).

⁶⁵ Nesse sentido, ao comentar o art. 190 do CPC, afirma Fernando Gajardoni: “O impacto no publicismo processual é evidente, uma vez que, em substituição à lei, as partes passam a ter poder e autonomia para definir o modo de ser do processo civil. Se não é posto literalmente em xeque o ideário de um processo civil público e com regras cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes, ao menos se mitiga o rigor do publicismo processual (ou do hiper-publicismo), inaugurando-se no direito processual brasileiro uma fase de neoliberalismo processual, que, embora incapaz de tornar o processo ‘coisa das partes’, como no período da *litiscontestatio* romana (*ordo judiciorum privatorum*), abala a estrutura de um sem-número de institutos processuais, doravante com regramento manipulável pelos litigantes” (*Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*, p. 614).

Pensamos, pois, como teremos oportunidade de discorrer mais adiante, que esse poder maior atribuído às partes permite que regulem e definam as medidas executivas aplicáveis a um caso concreto, através de negócio jurídico processual, o que reduziria as polêmicas quanto ao alcance das medidas que o juiz pode legitimamente adotar, por autorização do art. 139, IV, do CPC.

Com a utilização dos negócios processuais com esse propósito, garante-se maior segurança e previsibilidade na adoção das medidas atípicas, sem perda de eficiência. Também se mostra viável que o exequente requeira ou autorize a adoção de sanções premiais não previstas em lei, caminho bastante interessante e ainda pouco explorado, para dotar a nossa execução de maior efetividade.

Mas deixemos de lado, por ora, essas questões, uma vez que a elas voltaremos no Capítulo 6, por representarem temas centrais da nossa tese e merecerem tratamento detalhado.

3.2 Poder dispositivo e inércia da jurisdição

O movimento histórico de publicização do processo e o aumento dos poderes do juiz não significou, por certo, uma negação do poder dispositivo, que, na esfera processual, consiste basicamente no poder dos interessados decidirem se irão ou não apresentar “sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela (*desistir da ação*) ou a certas situações processuais. Trata-se do princípio da disponibilidade processual”.⁶⁶

Tanto isso é verdade que o abandono do estado de inércia pelo juiz continuou dependendo de ato da parte interessada. Afinal, permitir que o juiz pudesse, por vontade própria, abandonar a condição inerte para conceder tutela jurisdicional poderia afetar a sua imparcialidade. Além do fato de competir ao autor, através do oferecimento do pedido em sua petição inicial, estabelecer dentro de quais limites a tutela jurisdicional deverá ser prestada.

Contudo, é o próprio art. 2º, do CPC que primeiramente consagra o princípio da inércia da jurisdição para, logo em seguida, afirmar que o processo “se desenvolve por impulso oficial”. Quer isso significar que o Estado-juiz não inicia seu movimento no sentido de prestar tutela jurisdicional, executiva ou não, sem ser instado a tanto. Mas, uma vez provocado, passa a ser sua missão prestar essa tutela, de forma

⁶⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 66.

eficiente e, em atendimento à exigência constitucional, em prazo razoável, justamente para evitar que a tutela objetivada perca a sua utilidade. Para tanto, deve o juiz se utilizar dos poderes que o sistema lhe outorga, segundo anteriormente apontado.

Tampouco pode tolerar que o processo permaneça paralisado – salvo as hipóteses de suspensão admitidas pelo Código de Processo Civil – aguardando que em algum momento uma das partes resolva dar-lhe novo impulso. Ao contrário, cabe ao juiz provocar as partes a darem andamento ao feito, inclusive sob ameaça de extingui-lo.

Esse quadro faz Egas Moniz de Aragão afirmar que

vencido o primeiro impulso, isto é, a propositura da demanda - que é iniciativa da parte e, eventualmente, do Ministério Público, o processo se desenvolve mediante a iniciativa do próprio juiz, proibido de agir de ofício quanto ao inicial, mas não quanto ao impulso subsequente.⁶⁷

Tudo isso porque uma vez retirado da situação de inércia, prestar a tutela jurisdicional e garantir que o processo possa atingir os objetivos de solucionar o conflito passa a ser dever do Estado-juiz.

Essa atuação esperada e autorizada em lei não deve, por certo, limitar-se exclusivamente ao processo de conhecimento. Se é importante que o estado atue com eficiência no sentido de dizer o Direito e reconhecer os interesses dos litigantes, igualmente certo que precisa atuar para garantir a satisfação do direito reconhecido, seja ele estampado em título executivo judicial, seja igualmente em título executivo extrajudicial. Em boa parte das vezes, o direito é realmente satisfeito ou protegido quando a atividade de efetivação é realizada com sucesso.

Afinal, como bem afirma Cândido Dinamarco, a tutela, entendida como resultado do processo em que se exerce a função jurisdicional, não reside na sentença em si, mas “nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre pessoas”. Em continuação, explica que na execução, “a tutela só haverá quando o titular do direito tiver obtido o bem desejado”, concluindo que

as crises das situações jurídicas e as de certeza são desde logo debeladas pela própria sentença (constitutiva ou meramente declaratória, conforme o caso), dando-se desde logo a tutela, mas as de adimplemento perduram depois da sentença condenatória e a tutela efetiva só poderá advir como fruto do processo de execução.⁶⁸

⁶⁷ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. v. II. p. 430.

⁶⁸ Tutela jurisdicional, p. 6.

Nesse sentido, analisando os termos do art. 2º do CPC sob a perspectiva do processo de execução, certo é que não cabe ao Poder Judiciário, de ofício, iniciar o cumprimento de sentença e muito menos, por óbvio, a execução de título extrajudicial. Trata-se de iniciativa que o interessado precisa adotar, retirando o Estado-juiz da confortável situação de inércia.

Todavia, retirado desse estado, é dever do Estado atuar para garantir que o procedimento executivo caminhe bem. Por consequência, ao juiz cabe se utilizar dos poderes que o diploma processual lhe atribui para que a execução atinja o objetivo de satisfazer o direito reconhecido.

O que aqui se afirma ocorre porque “o processo deve ser instrumento efetivo de atuação do direito material violado ou ameaçado”. Como consequência, tem-se aí “a razão pela qual as normas processuais estabelecem sanções para a conduta da parte que se opõe às ordens do juiz, frustrando o resultado do processo”.⁶⁹

Com esse propósito, o juiz precisa se utilizar dos poderes que o art. 139, IV, e outros dispositivos ao longo do diploma processual lhe atribuem. Deve se valer do seu poder reconhecido de impulsionar a execução e aplicar medidas executivas, típicas ou atípicas, conduzindo a atividade de satisfação em direção à efetividade.

3.3 Imparcialidade

Quando se pensa no exercício de poderes pelo juiz e, em especial, na sua ampliação, surge naturalmente a preocupação de que esse movimento possa macular a sua imparcialidade, por receio de que o juiz empregue sua força no interesse de um dos litigantes. É natural a preocupação. A postura imparcial do juiz é requisito inafastável para que se possa ter um processo justo, com observância do devido processo legal. O direito de ser julgado por um juiz imparcial é, acima de tudo, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Justamente por conta desse objetivo de garantir a imparcialidade do juiz, o legislador, no nosso Código de Processo Civil, relacionou diversas circunstâncias que acarretam o impedimento (art. 144) ou a suspeição (art. 145) dele. A existência de uma causa de impedimento pode, inclusive, ser alegada até em sede de ação rescisória, sendo causa de desconstituição da coisa julgada já formada (art. 966, II, do CPC).

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*, p. 1.

A preocupação com a eventual parcialidade ganha especial relevo quando se concedem poderes instrutórios ao juiz, autorizando inclusive que determine a produção de provas de ofício, como se lê do art. 370 do nosso diploma processual. Apesar da autorização legal, há quem cogite da perda da imparcialidade pelo julgador que, valendo-se do seu poder instrutório, sai em busca de prova que uma das partes tinha o ônus de produzir.

Pensamos, contudo, que ao determinar a produção de provas de ofício, o juiz está a buscar elementos que possam aproximá-lo da verdade, para que tenha condições de julgar bem. Não estará, com isso, agindo na intenção de prejudicar ou beneficiar quem quer que seja. Até porque, apenas após a produção da prova é que se poderá aquilatar com certeza qual foi a parte efetivamente beneficiada com a sua realização.⁷⁰

Igualmente, tampouco se torna parcial o juiz que, exercendo os poderes que o Código lhe confere, atua para obter a satisfação do direito reconhecido em um título executivo. Assim atuando, estará empenhado em proporcionar efetividade à tutela jurisdicional, buscando garantir que o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional incida de forma plena.

A propósito, José Carlos Baptista Puoli trata de desfazer a confusão entre a figura do juiz ativo e a do juiz parcial. Explica que se trata de equívoco criado pela filosofia liberal, com o intuito de justificar a intervenção mínima do Estado, inclusive através do juiz, nos assuntos e interesses particulares:

Para evitar que o juiz se intrometesse nos assuntos privados das partes, a doutrina passou a fazer profunda confusão entre as figuras do juiz participativo com a do juiz parcial. Vale dizer, toda e qualquer iniciativa do juiz em pesquisar por conta própria o objeto do processo, ou de provocar novas manifestações das partes para esclarecimentos de um ou mais pontos das respectivas argumentações, era tida como demonstração da parcialidade do juiz, o que redundava em retirada do respectivo poder daquele agente para decidir o caso. Com base em mais esta ordem de argumentos, preconizava-se que a sorte do processo dependeria única e exclusivamente da atividade (ou, em grande parte, da inatividade das partes).⁷¹

Esperar que o juiz seja totalmente passivo, absolutamente indiferente na efetivação do direito reconhecido no título, é fechar os olhos para os poderes que o

⁷⁰ O que não significa, afirma Heitor Vitor Mendonça Sica, “que o juiz esteja autorizado a sair à procura de provas sobre fatos hipotéticos e totalmente desprovidos de, pelo menos, algum indício. O exercício de tais poderes, *ex officio*, reclama redobrada cautela do magistrado e particular empenho e minúcia em sua fundamentação” (*O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 156).

⁷¹ *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 39.

CPC lhe atribui e entender que a efetividade da tutela jurisdicional lhe seria indiferente, visão com a qual não compactuamos.

Tampouco pensamos que a passividade judicial seja condição para preservação da imparcialidade, pois sua postura mais empenhada na efetividade da tutela jurisdicional não tem por objetivo favorecer uma das partes, mas está comprometida com a qualidade da atividade jurisdicional que o Estado deve prestar.⁷²

3.4 Fundamentação das decisões judiciais

Salta aos olhos a evidente preocupação do novo diploma processual com a necessidade de que as decisões judiciais respeitem de forma plena a exigência de motivação. Tal obrigatoriedade, além de servir de garantia às próprias partes em litígio, também tem a finalidade de permitir que os jurisdicionados controlem a imparcialidade do juiz e a qualidade das suas decisões.⁷³

Antes de mais nada – nunca é demais lembrar – o princípio da motivação das decisões judiciais vem consagrado de forma expressa na Constituição Federal. Esta, em seu art. 93, inciso IX, exige que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Portanto, caso a exigência não seja atendida, a falta acarretará a grave consequência da nulidade da decisão proferida, como prega a própria Carta.

Dar fundamentação efetiva às decisões quer significar que o magistrado precisa expor as razões que o convenceram a decidir a questão de determinada forma, ou seja, explicar porque chegou àquela conclusão. Assim agindo, demonstrará que não decidiu de forma arbitrária, mas fazendo-o com base na análise dos elementos e das provas dos autos.

⁷² Ensinando que a indiferença não é atributo que se espera do juiz e que tal não é condição para que seja imparcial, manifesta-se Cândido Rangel Dinamarco: “O juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença” (*A instrumentalidade do processo*, p. 231).

⁷³ De acordo com Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, art. 381; CPC, art. 165 c/c art. 458; CLT, art. 832). Mais modernamente, foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões” (*Teoria geral do processo*, p. 74 – *Obs. nossa: Os artigos do CPC mencionados referem-se ao diploma revogado*).

A atenção com a motivação que o nosso sistema impõe tem íntima relação com a preocupação igualmente manifestada de garantir que o contraditório seja fielmente respeitado, na esteira da previsão constitucional do art. 5º., inciso LV. Em reiteração à exigência constitucional, o legislador infraconstitucional insistiu na obrigatoriedade de respeito à garantia do contraditório nas normas fundamentais do Código de Processo Civil, como se lê dos arts. 7º. (parte final), 9º. e 10, este último exigindo o respeito ao contraditório inclusive sobre as matérias a respeito das quais cabe ao juiz pronunciar-se de ofício.

A preocupação com a fundamentação das decisões e com o efetivo respeito ao contraditório, como acima se mencionou, andam juntas. Tal se dá porque, ao motivar suas decisões, o juiz permite que se possa controlar se as contribuições que as partes trouxeram aos autos, quando atuaram no contraditório, foram levadas em conta pelo juiz para formar a sua convicção e proferir a decisão.

Afinal, se essas contribuições trazidas durante a participação no procedimento em contraditório não forem consideradas pelo juiz para construir a decisão, o contraditório acabará por se mostrar uma formalidade inútil, e, por consequência, fonte de mero desperdício de energia, dinheiro e tempo.

Por tudo isso, no exercício do poder de impor medidas executivas em face do executado, para levar à satisfação do direito do exequente, evidente que o juiz deve bem fundamentar a decisão proferida com tal intuito, justificando a escolha da medida imposta, especialmente quando de natureza atípica. Quanto às típicas, por estarem previstas e terem o momento de incidência predefinidos em lei, o problema com a fundamentação, ou falta dela, não gera a mesma preocupação.

No caso das medidas atípicas, compete ao magistrado, pois, explicar porque entendeu que aquela medida aplicada era legítima, adequada e eficiente para levar o executado a adimplir a sua obrigação, demonstrando também que a sua fixação observa os limites constitucionais e o devido processo legal. Assim, permitirá a análise do seu raciocínio e viabilizará o exercício de controle sobre ele.

3.5 Classificação dos poderes do juiz

Como já se afirmou, para que o processo possa se desenvolver validamente e caminhar em direção a uma sentença preferencialmente de mérito, que seja apta a solucionar o conflito levado à apreciação judicial e possa produzir efeitos fora do processo, o juiz empregará os poderes que lhe são atribuídos pela Lei, para atender

ao dever do Estado de bem desempenhar a jurisdição. No caso específico da execução, tais poderes deverão ser exercidos com o propósito de garantir ao executado tudo aquilo que ele tem direito de receber, tal como consta do título executivo.

Esses poderes de que dispõe o juiz e que deve exercer no processo são habitualmente divididos em dois grandes grupos. De um lado, os poderes administrativos, que desempenha com o objetivo de garantir o seu bom e ordenado desenvolvimento; de outro, os denominados poderes jurisdicionais, que são os que nos interessam para o desenvolvimento do tema proposto.⁷⁴

Esses poderes jurisdicionais podem ser de direção, destinados a conduzir o processo do início até o seu final, para que chegue a uma decisão justa e que preferencialmente aprecie o mérito das pretensões do autor; ordinatórios, destinados a organizar e a conduzir o processo; instrutórios, empenhados na atividade probatória necessária à formação do convencimento do julgador, que por essa razão poderá inclusive determinar a produção de provas ofício; decisórios, consistentes no dever de decidir o conflito que lhe foi submetido; e, finalmente, poderes executórios, desempenhados para promover a efetivação de direitos, reconhecidos por decisão judicial ou em título executivo extrajudicial.

São os poderes por último referidos, empregados na efetivação de direitos reconhecidos, que especialmente nos interessam no presente trabalho. É da utilização correta deles que depende a efetividade da tutela jurisdicional, ao menos quando uma das partes reluta em satisfazer o direito da outra.⁷⁵

Repetindo o que já se afirmou, como apenas reconhecer o direito de quem busca o Poder Judiciário não é, na maior parte das vezes, suficiente, necessário que o juiz detenha poderes executórios e saiba manejá-los adequadamente, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal e pelo devido processual legal.

São esses poderes, de suma importância para que a tutela jurisdicional seja prestada com eficiência, que tomam aqui a nossa atenção, à vista do nosso propósito

⁷⁴ Sobre a classificação dos poderes, vide CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 263.

⁷⁵ Oportunas as palavras de Flavio Yarshell: “Quando se pensa na tutela jurisdicional como ‘resultado em prol do vencedor’, o provimento de natureza condenatória é, de fato, insuficiente para proporcionar ao credor (como tal reconhecido em provimento jurisdicional) o bem da vida por ele pretendido. De fato, excetuada a hipótese de cumprimento voluntário do comando judicial, a tutela – para que seja assim adequadamente qualificada – positiva-se por meio do binômio condenação/execução. Daí falar-se em tutela condenatória/executiva” (*Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 158).

de fixar critérios e limites mais seguros para o seu exercício, para que, de um lado, sejam utilizados de acordo com o que se mostrar necessário para produzir a satisfação do direito reconhecido, mas, por outro, para que a esse pretexto não se desrespeite direitos e garantias dos litigantes, a Constituição Federal e as normas que disciplinam o processo.

3.5.1 Poderes do juiz em sede de execução

Conforme já comentamos, somente com uma execução eficiente teremos plena e efetiva prestação jurisdicional, visto que não basta reconhecer direitos sem atuar para que as decisões produzam seus efeitos para fora do processo. No caso específico do cumprimento de sentença, a ineficiência da atividade jurisdicional voltada à satisfação do direito causa ainda a séria consequência de tornar inútil o trabalho empregado no processo de conhecimento, que acabaria se transformando em mera fonte de desperdício de dinheiro público, tempo e energia.

Com o propósito de garantir essa efetivação, o juiz detém poderes para aplicar medidas executivas expressamente previstas no texto legal, e que por tal razão são denominadas típicas. Também poderá impor medidas que não estejam tipificadas, mas que serão escolhidas e ajustadas pelo juiz conforme as particularidades do caso concreto e da condição das partes. São essas denominadas medidas atípicas.

Sem o emprego de medidas executivas, em não havendo disposição do executado de cumprir a obrigação, prevaleceria o indesejável inadimplemento, com a perpetuação do conflito ou da injustiça. Portanto, prezar pela efetividade da execução passa por dotá-la de medidas que possam se mostrar adequadas e suficientes para levar ao adimplemento da obrigação reconhecida em título executivo, sejam essas medidas sub-rogatórias, coercitivas, indutivas ou mandamentais, sejam típicas ou atípicas. Nesse contexto, a ampliação dos poderes do juiz é apontada por Sergio Arenhart como necessária para dar efetividade à tutela executiva.⁷⁶

A possibilidade de adoção de medidas atípicas vem reconhecida, entre outros, no inciso IV do art. 139 do CPC, segundo o qual incumbe ao juiz a aplicação de “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para

⁷⁶ ARENHART, Sérgio. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? *Revista de Processo*, São Paulo v. 281, jul. 2018. p. 2: “O exercício da autoridade jurisdicional, na implementação dos direitos, é, na verdade, a única forma de dar efetiva guarida às promessas do Estado. Do contrário, despido o Estado do poder de efetivar suas decisões e os direitos, então a atividade jurisdicional se converte em mera promessa inerte.”

assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Nessa mesma linha, afirma o *caput* do artigo 536, tratando do cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, que poderá o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, “para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente”. Logo adiante, o § 3º. do art. 538 estende o cabimento dessas medidas referidas no art. 536 também às obrigações de entrega de coisa.

Além dos dispositivos legais acima reproduzidos, intimamente relacionados ao escopo do presente trabalho, não podemos deixar de acrescentar que outras previsões podem ser localizadas ao longo do CPC que, coerentemente, seguem essa mesma linha, de concessão de poderes ao juiz.

Lê-se do art. 297 que, para efetivação da tutela provisória, o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para tanto. Já o art. 380, por seu turno, ao tratar da produção de provas e afirmar ser incumbência de terceiro informar ao juiz sobre fatos e circunstâncias de que tenha conhecimento, bem como exibir coisa ou documento que esteja em seu poder, afirma que na hipótese de descumprimento, o magistrado poderá impor multa e “outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias” (parágrafo único).

Mais adiante, o art. 400, parágrafo único, ao tratar da exibição de documentos, afirma que em havendo recusa da parte do requerido, “sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”. Se a recusa de exibição do documento for de terceiro, conforme previsão do parágrafo único do art. 403,

o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.”

Quanto à ampliação dos poderes do juiz na seara executiva, a principal novidade trazida à matéria pelo diploma ora em vigor consiste na possibilidade de as medidas atípicas poderem ser aplicadas na satisfação de quaisquer obrigações, até mesmo para cumprimento das obrigações pecuniárias. E é justamente essa abertura

que vem gerando calorosos debates, que não foram vistos na mesma intensidade quando o tema ficava confinado às outras modalidades de execução referidas.⁷⁷

Tanto é certo que o tema vem envolto em alta dose de controvérsias que hoje tramita perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.941, sob a relatoria do Min. Luiz Fux, que tem justamente como objeto os arts. 139, IV, e 536, *caput* e § 1º., entre outros.

Ora, ainda que na execução das obrigações de fazer, de não fazer ou entregar coisa seja necessária a colaboração do executado para satisfação da obrigação – o que torna mais evidente a necessidade de aplicação de medidas coercitivas que o “convençam” a colaborar –, pensamos que não há razão para que essas espécies de execução mereçam melhores instrumentos e meios mais adequados para provocar a satisfação do direito do exequente, em comparação à execução de obrigação de pagar quantia.

Justamente por raciocinar dessa mesma forma, o legislador veio autorizar no CPC/2015 que o juiz, qualquer seja a natureza da obrigação, pecuniária ou não, aja até mesmo de ofício e, diante da ineficiência das medidas típicas, imponha outras que se mostrem adequadas para garantir o cumprimento das ordens judiciais e não estejam previstas expressamente em lei.

Em conclusão, visto o processo como um instrumento para solução dos conflitos, deve o juiz atuar para que atinja os seus objetivos, garantindo que o Estado cumpra o seu papel jurisdicional e de pacificação social. Nesse sentido, tem o magistrado o poder-dever de controlar o desenvolvimento da relação processual, por meio de comandos a serem atendidos pelos demais sujeitos do processo, o que vale não apenas para o processo de conhecimento, mas também se aplica à execução.⁷⁸

⁷⁷ A mesma observação foi feita pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, ao apresentar memoriais na ADI 5.941 DF: “Por outro lado, o sistema processual brasileiro convive há anos com medidas atípicas para o cumprimento de decisões judiciais, sem que jamais tenha havido qualquer questionamento relevante a respeito de sua constitucionalidade. São exemplos disso o art. 84, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor e o próprio art. 461 do CPC/1973 (na redação dada pela Lei 8.952/1994).” Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em: 28 ago. 2020.

⁷⁸ Afirma Carlos Augusto de Assis: “Dizer que o juiz, quando atua no processo, possui poderes não surpreende, uma vez que ele é o próprio Estado em juízo. Ademais, se levarmos em conta que o processo, embora se inicie por atuação da parte, se desenvolve por impulso oficial (art. 2º do NCPC), isto é, pela atividade do magistrado, fácil concluir que só mesmo a existência de autênticos poderes permitiria a ele se desincumbir dessa tarefa. Acontece que esses poderes, examinados sob outra ótica, não deixam também de ser deveres, pois, ao mesmo tempo em que o magistrado tem mecanismos para obrigar os outros à obediência, tem o dever de fazer uso deles quando tal se tornar necessário. Isso, a começar do próprio exercer da jurisdição: expressa poder uma vez que implica sujeição, mas, examinando pelo ponto de vista do jurisdicionado, temos que o Estado-juiz não pode

3.6 Poderes do juiz e medidas executivas nos países europeus

Pensamos que seja conveniente, para análise e formação de opinião a respeito do tema em desenvolvimento, entender quais medidas executivas são utilizadas em outros países, para impor o cumprimento da obrigação pelo devedor.

Na escolha dos países a abordar, decidimos optar, inicialmente, por um país que segue a tradição da *Common Law*, no caso a Inglaterra; ao depois, pela França, ante a sua tradição na adoção das *astreintes* como forma de coerção; pela Alemanha, diante da organização do seu sistema jurídico e da tradicional aplicação da multa e prisão do inadimplente; e Portugal, quem vem empreendendo diversas mudanças na disciplina da execução nas últimas décadas, na procura de efetividade, tal como ocorre no Brasil.

Perceberemos que o sistema brasileiro difere daquele adotado pelos outros países, embora o movimento de ampliação dos poderes do juiz não seja exclusivamente nosso. As diferenças entre o sistema brasileiro em relação aos demais países apontados não significa que o legislador nacional tenha seguido caminho equivocado. Isso, porque as realidades, as culturas e os comportamentos dos litigantes diante da atividade jurisdicional também podem diferir em cada país, exigindo tratamentos distintos para realidades distintas.

3.6.1 Inglaterra

Acreditamos importante, ainda que brevemente, abordar o tema da execução e suas medidas sob a perspectiva da *Common Law*.⁷⁹ Optamos, com esse propósito, concentrarmos nossa análise em um país definido, ao invés de tratar genericamente desse sistema, como se todos os países que seguem a tradição da *Common Law* tivessem todas as suas regras idênticas entre si, o que não é correto.⁸⁰

negá-la a quem solicita (inafastabilidade do controle jurisdicional – art. 5º, XXXV, da CF)” (*Teoria geral do processo contemporâneo*, p. 301).

⁷⁹ Sobre esse modelo, são essas as palavras de Marco Félix Jobim e Zulmar Duarte de Oliveira Junior: “À sua vez, o modelo *common law* surge das práticas sociais e dos costumes, sendo essencialmente empírico. A sociedade acompanha a Corte, ao passo que esta acompanha aquela como expõe Gerald W. Johnson. Não afeito às generalizações abstratas, o *common law* nasce do cadinho dos casos, caso por caso, procedendo em parte por analogia, em uma gradativa ampliação do direito pelos julgamentos proferidos.” (*Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2021, p. 27).

⁸⁰ A propósito, as palavras de Araken de Assis apontam para essa realidade: “O instituto do *contempt of court* tutela o exercício da atividade jurisdicional, nos países da *common law*, e existe desde os tempos da lei da terra. Cumpre advertir que a expressão ‘common law’, ou direito comum à toda

No sistema inglês, não podemos deixar de focalizar, antes de mais nada, o *Contempt of Court Act*, datado do ano de 1981, que disciplina a prisão civil a ser decretada como consequência do descumprimento de uma ordem judicial. Esse desrespeito do destinatário à determinação judicial, conhecido por *contempt of court*, gera a aplicação de medidas duras em face dele.

O *contempt of court* significa, na verdade, o “desrespeito à corte”. Todavia, da leitura de trabalhos sobre o tema pode-se observar que, muitas vezes, ele é utilizado para designar não o desrespeito em si, mas as medidas aplicadas como decorrência dele.⁸¹

Visto dessa forma, no sistema inglês – e nesse aspecto o direito norte-americano é coincidente – o *Contempt of Court* é a medida que caracteriza a execução forçada, sendo o meio que se oferece ao juízo para que promova o cumprimento das suas decisões. Representa, pois, verdadeira técnica de execução indireta, destinada a garantir o respeito ao Poder Judiciário e efetividade à tutela jurisdicional.⁸² Semelhante aos objetivos que justificaram a introdução do art. 139, IV, no nosso sistema.

Nesse sentido, observa Bruno Marzullo Zaroni que

Com efeito, o instituto do *contempt of court* é um dos mais peculiares e mais profundamente arraigados na tradição anglo-americana, conectando-se com

comunidade, não merece tratamento uniforme na América e no Reino Unido. E isso, porque a América se organizou sob a forma de Federação, competindo aos Estados legislar sobre direito material e processual. Conquanto subordinado esse direito estadual à Constituição, a rigor inexistente uma ‘lei comum’ na América. Como quer que seja, o poder de *contempt of court*, reconhecido aos órgãos judiciários, nesses países, consiste no meio de coagir à cooperação, ainda que de modo indireto, através da aplicação de sanções às pessoas sujeitas à jurisdição.” (ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. p. 1 e 2. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis(4)%20-%20formatado.pdf). Acesso em 29 out. 2020.

⁸¹ Explicação semelhante consta do Glossário da obra de Neil Andrews: “Contempt of court: essa expressão, que significa “desprezo à corte”, pode envolver uma figura de linguagem, quando usada num texto escrito em português, pois às vezes não se refere ao fenômeno em si (desobediências a ordens judiciais em geral), mas às consequências, que vão de multas até a prisão daquele que desconsiderou essas ordens” (*O moderno processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 17).

⁸² Oportunas as palavras de Ronald Goldfarb: “Contempt can be generally defined as an act of disobedience or disrespect toward a judicial or legislative body, or interference with its orderly process, for which a summary punishment is usually exacted. In a grander view, it is a power assumed by governmental bodies to coerce cooperation, and punish criticism or interference, even of a causally indirect nature. In legal literature, it has been categorized, subclassified, and scholastically dignified by division into varying shades--each covering some particular aspect of the general power, respectively governed by a particular procedure. So, the texts separate retributive or criminal contempts from merely coercive or civil contempts--those directly offensive from those only constructively contemptuous--those affecting the judiciary and others the legislature. The implementation of this power has taken place predominantly in England and America, and has recently been accelerated into a continually greater role in the United States.” (*The history of the contempt power*. *Washington University Law Quarterly*, v. 1961, n. 1, feb. 1961. p. 1).

a própria constituição do Poder Judiciário enquanto parcela do poder estatal. Não é por outra razão a afirmação de Alexander Pekelis no sentido de que, na tradição da *common law*, o *contempt of court* é o mais importante instituto para o funcionamento do sistema jurídico.⁸³

Aquele que desrespeita as ordens judiciais pratica o denominado *contempt of court*, uma ofensa ao poder judiciário, e fica sujeito às sanções destinadas a coagi-lo a cooperar e a cumprir as ordens emanadas por esse Poder. A previsão dessa técnica demonstra claramente a percepção de que deve se dar ao Judiciário os meios para que imponha o cumprimento das suas decisões e faça valer a sua autoridade.

A importância do *contempt of court*, como fundamental para a efetividade das determinações judiciais que imponham à parte a obrigação de praticar algum ato (*injuctions*), é apontada por Carlos Alberto de Salles. Com razão, declara o autor que a impossibilidade de aplicação de medidas que incidam sobre aquele que não cumpre as determinações judiciais reduziria a imperatividade delas, enfraquecendo a autoridade do Poder Judiciário.⁸⁴

Como esclarece René David

aquele que, de má-fé ou por má vontade, não executa uma decisão da Corte torna-se culpado por contumácia e, como sanção, corre o risco de ser preso. O *contempt of Court* aumenta o prestígio das Cortes superiores e contribui, desta maneira, para consolidar fortemente na Inglaterra a ideia de que existe de fato um poder judiciário.⁸⁵

Comumente, o *contempt of court* é classificado de acordo com dois critérios. Um deles coloca, de um lado, o chamado *contempt of court* direto, e de outro, o *contempt of court* indireto. O outro critério classifica-os em *contempt of court* civil e *contempt of court* criminal.

O *contempt of court* é considerado direto quando o ato de ofensa é praticado pelo agente na presença da autoridade judicial, indicando ser relevante o lugar em que se comete a infração para essa classificação. Tal se dá, exemplificativamente, quando se pratica conduta desrespeitosa em uma audiência ou sessão de julgamento.

O *contempt of court* é considerado indireto quando o desrespeito se dá fora

⁸³ ZARONI, Bruno Marzullo. *Contempt of court*, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, set. 2014. p. 1.

⁸⁴ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 209-210: "O *contempt of court* é o mecanismo fundamental para o funcionamento da sistemática das *injuctions* no sistema anglo-americano. Sem essas provisões garantindo sua execução, as ordens judiciais ficariam destituídas de qualquer imperatividade e também de qualquer sentido. Este instituto pode ser definido como qualquer ato ou omissão que tenda a dificultar a administração da justiça pelo juízo ou que diminua sua autoridade ou dignidade."

⁸⁵ DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. p. 19.

do tribunal, como ocorre quando a parte litigante pratica atos destinados a se furtar de receber intimações, por exemplo.

É classificado como *contempt* criminal aquele que representa ofensa à autoridade do tribunal e cria obstáculo ao andamento do processo. Nesse caso, a ofensa decorre principalmente do fato de tal conduta prejudicar o desenvolvimento do feito. Predominando o caráter punitivo da medida, ela visa reprimir o ofensor e desencorajar novas condutas de afronta, ante o receio de incidência da mesma pena. Apesar de a denominação adotada poder gerar alguma confusão, o *contempt of court* criminal pode se dar tanto em processos civis quanto nos criminais, não sendo esse o fator de identificação.

O *contempt of court* civil, por seu turno, ocorre quando o litigante deixa de obedecer a uma decisão do Judiciário, proferida em benefício de outra parte. Por tal razão, o descumprimento da determinação judicial acaba afetando ou frustrando a satisfação do direito daquele em benefício da qual a decisão foi proferida. Dessa maneira, o *contempt* civil não deixa de ser uma ofensa à Corte, mas que repercute negativamente na satisfação do direito da outra parte, que poderá pleitear a aplicação de medidas sancionatórias e coercitivas. Assim, a medida civil tem predominância coercitiva, para forçar o ofensor ao cumprimento da determinação judicial.⁸⁶

Se é verdadeiro que o ato de desrespeito à Corte viabiliza a aplicação de técnicas para coagir o inadimplente a cumprir a ordem judicial, convém acrescentar que os meios de coerção não ficam restritos ao processo de execução, tendo alcance mais amplo.

O desrespeito às ordens judiciais permite, como reação, a adoção de medidas de cunho coercitivo, consistentes em fixação de multas, sequestro de bens e até prisão do inadimplente.⁸⁷ Relevante pontuar que a aplicação da prisão civil é com mais

⁸⁶ Sobre a natureza das medidas aplicadas: SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*, p. 212.

⁸⁷ Araken de Assis se manifesta sobre a possibilidade de aplicação de multa ou prisão (*O contempt of court no direito brasileiro*, p. 5): "O desacato enseja duas espécies de sanção: a multa e a prisão. Em geral, relaciona-se o instituto sob foco, tão característico da *common law*, com a aplicação desta última; porém, a restrição à liberdade individual não é a única sanção aplicável ao desacato. No tocante à multa, avultam os poderes de discricção do juiz, que deve fixá-la de acordo com a gravidade da ofensa. Há duas espécies de multa: a condicional e a definitiva. No primeiro caso, exhibirá nítido caráter coercitivo, induzindo o destinatário ao cumprimento da ordem judicial; no segundo, a nota repressiva predomina. No caso de reversão à parte ofendida, o valor da multa se limitará ao do dano realmente sofrido. Tratando-se de *contempt* civil, na verdade, a multa sempre reverte a favor da parte atingida pela ofensa, *to compensate petitioner*. Finalidade análoga à da multa preside a prisão. Ela não visa a castigar o atingido, mas a compelir o desobediente ao cumprimento da ordem judicial, seja positiva, seja negativa. Explica, sugestivamente, John F. Dobbyn: o preso 'is said to have the

frequência utilizada nas hipóteses de obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, uma vez que a prisão por dívida, salvo exceções, não é admitida na Inglaterra, o que restringe sua aplicação quanto às obrigações de pagar.

Observa, todavia, Marcus Vinícius Motter Borges que o devedor de obrigações pecuniárias poderá ser sancionado com prisão caso “não obedeça à ordem de revelação de bens passíveis de bloqueio, colocada na forma de *injunction*”. Conclui afirmando que na hipótese de descumprimento da ordem de revelação “será declarado culpado e, portanto, sujeito à punição na forma de multas e de prisão”.⁸⁸

Ada Pellegrini Grinover, ao abordar o tema, explica que seria de fato inconcebível que o Judiciário não tivesse meios para fazer respeitar os seus julgados, pois se assim fosse não teriam eles qualquer utilidade, posto que despidos de efetividade. Havendo ofensa ao Judiciário ou desrespeito às suas determinações, ocorre o *contempt of court*, ensejando “a prisão, a multa, a perda de direitos processuais e o sequestro”.⁸⁹

Oportunas as palavras de Neil Andrews, quando discorre sobre a execução das *injunctions*:

Portanto, alguém será responsável por *contempt of court* se deixar de cumprir uma *injunction* contra si destinada. Também é ato de desacato deixar de cumprir mandado de declaração de bens no âmbito da *injunction* de indisponibilidade, ou deixar de honrar compromisso feito por litigante (seja expressa ou implicitamente, sob normas bem definidas) perante o tribunal. (...) A pessoa que for responsabilizada por desacato pode ser presa por até dois anos.⁹⁰

A limitação do tempo de prisão por força do *contempt of court* consta do item 14.1 do *Contempt of Court Act 1981*. Estabelece o diploma que a medida, quando cabível, precisa ser fixada por prazo certo e não poderá ser superior a dois anos, quando a afronta for às ordens de tribunal superior. Quando a determinação de tribunal inferior for desrespeitada, a prisão não pode ultrapassar o prazo de um mês.⁹¹

keys to the jail in his pocket’. Livra-se da prisão, por si próprio, comprometendo-se a atender à ordem judicial.”

⁸⁸ BORGES, Marcus Vinícius Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 129.

⁸⁹ Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court, p. 2-3.

⁹⁰ *O moderno processo civil*, p. 206-208.

⁹¹ Contempt of Court Act 1981, 14.2: “In any case where a court has power to commit a person to prison for contempt of court and (apart from this provision) no limitation applies to the period of committal, the committal shall (without prejudice to the power of the court to order his earlier discharge) be for a fixed term, and that term shall not on any occasion exceed two years in the case of committal by a superior court, or one month in the case of committal by an inferior court.” Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/49/2015-04-13>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Nota-se, pois, que o sistema executivo inglês elege a possibilidade de fixação, principalmente, de multas e prisão, como medidas para provocar o cumprimento das ordens judiciais.

3.6.2 Alemanha

O sistema alemão caracteriza-se pela tipicidade das medidas executivas aplicáveis ao inadimplente, o que, sob certo aspecto, naturalmente reduz os poderes do juiz na escolha e na imposição da providência tendente a provocar o cumprimento da obrigação.

A disciplina da execução consta da ZPO e a respeito dela afirmam Álvaro J. Pérez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradilho que

el libro 8 del ZPO regula la ejecución y se caracteriza por tener una gran claridad sistemática que contiene todos los elementos estructurales y funcionales de aquella. Existen designaciones tales como derecho de la ejecución (Zwangsvollsterckungsrecht) y a secas ejecución (Zwangsvollstreckung), que engloban la materia relativa a los procesos de ejecución (Zwangsvollstreckungsverfahren).⁹²

Não há um padrão único quanto às medidas executivas aplicáveis às diversas espécies de execução, ficando claro das disposições da ZPO a diferença de tratamento entre as obrigações de pagar quantia e as de fazer e não fazer, notadamente quando se trata de obrigação infungível.

Quando regula a execução de obrigação de pagar, proclama a ZPO que competirá ao oficial de execução nomeado pelo tribunal atuar para que a recuperação dos créditos seja realizada de maneira rápida, completa e eficaz em termos de custos.⁹³ E para que essa modalidade de execução possa caminhar bem, estabelece o Código alemão a obrigação de o devedor atender à solicitação do oficial de execução nomeado pelo tribunal e informá-lo sobre a sua situação financeira e os bens sujeitos à execução que possui.⁹⁴

⁹² *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, p. 136. Disponível em; https://www.researchgate.net/publication/305227134_Codigo_Procesal_Civil_Aleman_Traduccion_a_L_espanol_con_Estudios_Introductorios. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁹³ “§ 802a (1) Der Gerichtsvollzieher wirkt auf eine zügige, vollständige und Kosten sparende Beitreibung von Geldforderungen hin.”

⁹⁴ “§ 802c Vermögensauskunft des Schuldners (1) Der Schuldner ist verpflichtet, zum Zwecke der Vollstreckung einer Geldforderung auf Verlangen des Gerichtsvollziehers Auskunft über sein Vermögen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften zu erteilen sowie seinen Geburtsnamen, sein Geburtsdatum und seinen Geburtsort anzugeben. Handelt es sich bei dem Vollstreckungsschuldner um eine juristische Person oder um eine Personenvereinigung, so hat er seine Firma, die Nummer des Registerblatts im Handelsregister und seinen Sitz anzugeben.”

Eventual recusa em fornecer tais informações pode gerar a detenção do devedor, por expressa autorização do § 802g (1) da ZPO. Assim, como medida de coerção, o dispositivo legal prescreve que, a pedido do credor, o tribunal emitirá um mandado de prisão em face do devedor que não compareceu, sem justificativa, à reunião designada para que prestasse informações sobre a sua situação financeira e patrimonial, o mesmo ocorrendo caso tenha se recusado a fornecer tais informações solicitadas.⁹⁵

Convém reforçar, para que não pairam dúvidas, que a prisão não é decretada em razão do inadimplemento da obrigação de pagar, mas sim pelo fato de o executado deixar de prestar as informações requisitadas pelo oficial de execução designado pelo tribunal para atuar no caso.

Essa é também a explicação de Antonio Pereira Gaió Jr.:

Quanto à localização patrimonial de bens do executado, esta se dá por meio da manifestação deste próprio (eidesstattliche versicherung), constante do §807 do ZPO, sendo que, em caso de não cumprimento de dita obrigação processual, comportará em sanção de privação de liberdade por um período de até 6 meses (§913 do ZPO), sendo esta decretada pelo órgão judicial competente e levada a cabo por meio de um executor judicial, devendo a ordem de prisão indicar o credor, o devedor e o motivo da detenção (§908 do ZPO).⁹⁶

A prisão não pode ser decreta por período superior a 6 (seis) meses e caso o devedor venha a fornecer tais informações, será liberado, conforme previsões dos §§ 802i (2) e 802j (1).⁹⁷ Em seguida, o diploma traz diversas regras a respeito da execução direta pela via da expropriação de bens.

No caso das obrigações de fazer ou não fazer, há previsão de aplicação de multa e a prisão ao devedor que descumpre obrigação de fazer infungível ou não fazer.⁹⁸ No caso de aplicação da multa, o direito alemão tem como peculiaridade a circunstância de essa multa aplicada ao inadimplente ter o Estado como beneficiário.

⁹⁵ “§ 802g Erzwingungshaft (1) Auf Antrag des Gläubigers erlässt das Gericht gegen den Schuldner, der dem Termin zur Abgabe der Vermögensauskunft unentschuldigt fernbleibt oder die Abgabe der Vermögensauskunft gemäß § 802c ohne Grund verweigert, zur Erzwingung der Abgabe einen Haftbefehl. In dem Haftbefehl sind der Gläubiger, der Schuldner und der Grund der Verhaftung zu bezeichnen. Einer Zustellung des Haftbefehls vor seiner Vollziehung bedarf es nicht.”

⁹⁶ GAIO JR., Antonio Pereira. *Execução e desjudicialização*. Modelos, procedimento extrajudicial pré-executivo e o PL n. 6204/2019. p. 10. Disponível em <https://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/Execucao-e-Desjudicializacao.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁹⁷ § 802i Vermögensauskunft des verhafteten Schuldners “(2) Nach Abgabe der Vermögensauskunft wird der Schuldner aus der Haft entlassen. § 802f Abs. 5 und 6 gilt entsprechend.”

§ 802j Dauer der Haft; erneute Haft “(1) Die Haft darf die Dauer von sechs Monaten nicht übersteigen. Nach Ablauf der sechs Monate wird der Schuldner von Amts wegen aus der Haft entlassen.”

⁹⁸ Essa circunstância é apontada por Marcus Vinícius Motter Borges: “É na seara das obrigações de fazer infungíveis e de não fazer que aparece a execução indireta, por meio das coações com multa

Nesse sentido, estabelece o § 888 que, tratando-se de ato que dependa do devedor e não possa ser realizado por terceiro, o juízo de primeira instância poderá instar o devedor a fazê-lo, aplicando a ele uma multa coercitiva, que não poderá ultrapassar o valor de 25 mil euros para cada pedido, ou até mesmo decretar a prisão punitiva coercitiva.⁹⁹

Quando se tratar de ato que possa ser praticado por terceiro, o tratamento é outro. Para essa hipótese, prevê o § 887 que, ocorrendo o inadimplemento do devedor, o tribunal de primeira instância autorizará, a pedido do credor, que o ato seja executado por terceiro, mas à custa do devedor.

Com esse propósito, poderá o credor pedir ao tribunal de primeira instância que condene o devedor a efetuar o pagamento antecipado da remuneração devida ao terceiro que praticará o ato, sem prejuízo do direito de pleitear futura complementação do valor.¹⁰⁰

Todavia, caso o réu tenha sido condenado ao pagamento de uma indenização ao credor, não terá lugar a realização da execução com base nas previsões constantes das disposições das Seções 887 e 888, acima apresentadas (§ 888a).¹⁰¹ Tratando-se, no caso, de obrigação de pagar, veda-se a aplicação de multa e a

e prisão, configurando um verdadeiro sistema misto. Importante consignar que, apesar de funcionarem como medidas coercitivas, a multa e a prisão no sistema alemão possuem nítida natureza sancionatória” (*Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*, p. 132).

⁹⁹ “§ 888 Nicht vertretbare Handlungen (1) Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei. Das einzelne Zwangsgeld darf den Betrag von 25 000 Euro nicht übersteigen. Für die Zwangshaft gelten die Vorschriften des Zweiten Abschnitts über die Haft entsprechend. (2) Eine Androhung der Zwangsmittel findet nicht statt. (3) Diese Vorschriften kommen im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung.” Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. Acesso em: 16 nov. 2020.

¹⁰⁰ “§ 887 Vertretbare Handlungen (1) Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen. (2) Der Gläubiger kann zugleich beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, die durch die Vornahme der Handlung entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Nachforderung, wenn die Vornahme der Handlung einen größeren Kostenaufwand verursacht. (3) Auf die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe oder Leistung von Sachen sind die vorstehenden Vorschriften nicht anzuwenden.” Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. Acesso em 16.11.2020.

¹⁰¹ “§ 888a Keine Handlungsvollstreckung bei Entschädigungspflicht. Ist im Falle des § 510b der Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt, so ist die Zwangsvollstreckung auf Grund der Vorschriften der §§ 887, 888 ausgeschlossen.” Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. Acesso em 16 nov. 2020.

imposição de prisão ao devedor, realizando-se a execução através da adoção de meios de expropriação.

Estabelece também a ZPO que se o devedor violar sua obrigação de não fazer ou de tolerar que um ato seja feito, o tribunal de primeira instância aplicará, a pedido do credor, multa ao devedor para cada descumprimento, mas que não poderá ultrapassar o valor total de 250 mil euros. Ainda, se persistir o descumprimento da obrigação, o devedor ficará sujeito à pena de detenção, por até 6 (seis) meses, que poderá chegar a 2 (dois) anos em caso de reincidência.¹⁰²

Demonstrando sua preocupação com o contraditório, a ZPO afirma que a aplicação das penas deve ser precedida de advertência ao devedor, até porque o objetivo maior não é sua incidência, mas que o receio de ser aplicada convença o devedor a cumprir a obrigação (§ 890 (2)). Logo adiante, o § 891 é expresso ao afirmar que as decisões proferidas com base nas seções 887 a 890, cujos conteúdos foram acima apresentados, precisam ser precedidas da oitiva do devedor.¹⁰³

Ora, o diploma alemão tem a preocupação de garantir o contraditório prévio mesmo quando se trata da aplicação das medidas executivas tipificadas, e, por consequência, previsíveis. Com mais razão, parece-nos imprescindível que no Brasil a oportunidade de contraditório preceda a aplicação das medidas executivas atípicas deferidas com fundamento no art. 139, IV, do CPC. É o que sustentamos na presente

¹⁰² “§ 890 Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen (1) Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von 250.000 Euro, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen. (2) Der Verurteilung muss eine entsprechende Androhung vorausgehen, die, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteil nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges erlassen wird. (3) Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden.”

¹⁰³ “§ 890 Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen (1) Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von 250.000 Euro, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen. (2) Der Verurteilung muss eine entsprechende Androhung vorausgehen, die, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteil nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges erlassen wird. (3) Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden.”

tese e um dos motivos pelos quais, ao final, apresentaremos proposta de alteração legislativa.

Também se prevê a possibilidade, em havendo resistência do devedor a um ato que ele deva tolerar, do credor valer-se da atuação de um oficial de execução nomeado pelo tribunal, para lidar com a resistência.¹⁰⁴ Aliás, estabelece o § 753 (1), que “a menos que a execução obrigatória seja atribuída aos tribunais, ela será implementada por agentes de execução designados pelo tribunal, que a promoverão em nome do credor”.¹⁰⁵

Isso não retira o controle sobre as medidas executivas do Poder Judiciário, que poderá, a requerimento do credor, revogar uma medida de execução, proibi-la ou suspendê-la temporariamente, caso considere ser incompatível com a boa moral.¹⁰⁶ Inclusive estabelece a ZPO que caberá ao tribunal responsável pela execução decidir sobre petições, objeções relativas à natureza e a forma da execução compulsória, bem como aquelas relativas à forma do procedimento a ser observado pelo agente da execução.¹⁰⁷

Caso o objetivo da execução assim o exigir, esse agente de execução tem autorização para vistoriar a residência do devedor e qualquer meio de armazenamento de dados. Para que o agente cumpra a sua função, todas as portas e os meios de armazenamento devem estar abertos. Encontrando resistência, tem ele autoridade para uso da força, podendo, se necessário, pedir o apoio policial.¹⁰⁸

¹⁰⁴ “§ 892 Widerstand des Schuldners. Leistet der Schuldner Widerstand gegen die Vornahme einer Handlung, die er nach den Vorschriften der §§ 887, 890 zu dulden hat, so kann der Gläubiger zur Beseitigung des Widerstandes einen Gerichtsvollzieher zuziehen, der nach den Vorschriften des § 758 Abs. 3 und des § 759 zu verfahren hat.”

¹⁰⁵ Tradução nossa.

¹⁰⁶ “§ 765a Vollstreckungsschutz (1) Auf Antrag des Schuldners kann das Vollstreckungsgericht eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung ganz oder teilweise aufheben, untersagen oder einstweilen einstellen, wenn die Maßnahme unter voller Würdigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers wegen ganz besonderer Umstände eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist. Es ist befugt, die in § 732 Abs. 2 bezeichneten Anordnungen zu erlassen. Betrifft die Maßnahme ein Tier, so hat das Vollstreckungsgericht bei der von ihm vorzunehmenden Abwägung die Verantwortung des Menschen für das Tier zu berücksichtigen.”

¹⁰⁷ “§ 766 Erinnerung gegen Art und Weise der Zwangsvollstreckung (1) Über Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das vom Gerichtsvollzieher bei ihr zu beobachtende Verfahren betreffen, entscheidet das Vollstreckungsgericht. Es ist befugt, die im § 732 Abs. 2 bezeichneten Anordnungen zu erlassen. (2) Dem Vollstreckungsgericht steht auch die Entscheidung zu, wenn ein Gerichtsvollzieher sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen oder eine Vollstreckungshandlung dem Auftrag gemäß auszuführen, oder wenn wegen der von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten Erinnerungen erhoben werden.”

¹⁰⁸ “§ 758 Durchsuchung; Gewaltanwendung (1) Der Gerichtsvollzieher ist befugt, die Wohnung und die Behältnisse des Schuldners zu durchsuchen, soweit der Zweck der Vollstreckung dies erfordert. (2) Er ist befugt, die verschlossenen Haustüren, Zimmertüren und Behältnisse öffnen zu lassen. (3) Er

Resulta da disciplina da ZPO que as medidas coercitivas não são aplicáveis a todas as espécies de execução, mas sim àquelas para as quais são expressamente autorizadas, o que limita a sua incidência. Trata-se de situação também observada por Olavo de Oliveira Neto, que esclarece:

O sistema alemão, ao contrário do Francês das astreintes, peca porque não se aplica a todas as modalidades executivas, mas apenas naquelas cuja coerção é expressamente autorizada pela lei. Não há um instrumento coercitivo que possa ser aplicado de modo irrestrito para todas as espécies de obrigação, o que parece enfraquecer sobremaneira o tônus de efetividade desse próprio sistema. Por isso há notícias de que os tribunais, eventualmente, quebram essa tipicidade e aplicam medidas coercitivas a outros tipos de obrigação, embora isso não seja usual.¹⁰⁹

Vê-se, pois, que no ordenamento alemão predomina o sistema da tipicidade das medidas executivas aplicáveis, não se concedendo amplo poder criativo ao juiz para moldar a medida às características do caso concreto.

3.6.3 França

Quando pensamos no sistema francês e nas medidas que podem ser adotadas para conduzir ao cumprimento das decisões judiciais, somos naturalmente levados a pensar nas astreintes.

O *Code Napoléon*, de 1804, vedou a prisão por dívida, que até então vinha sendo utilizada como medida executiva de grande utilidade. Consagrou também a ideia de que não seria legítimo constranger alguém a praticar o ato a que se obrigara. É o que dispõe, de forma expressa, o art. 1142 desse diploma.¹¹⁰

Por força dessa ideia representada no brocardo latim “*Nemo praecise cogi potest ad factum*”, que prega a impossibilidade de alguém ser coagido a prestar um fato, o descumprimento das obrigações de fazer e não fazer eram compensadas por ressarcimento pecuniário, e não através da execução específica. O teor do art. 1142 referido não discrepa da previsão do art. 880 do Código Civil Brasileiro de 1916, cujo conteúdo, aliás, foi repetido no art. 247 do diploma civil atualmente em vigor.¹¹¹

ist, wenn er Widerstand findet, zur Anwendung von Gewalt befugt und kann zu diesem Zweck die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen.”

¹⁰⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O poder geral de coerção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 166.

¹¹⁰ “Article 1142. Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.”

¹¹¹ Código Civil de 1916, “Art. 880. Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.”

Nesse sentido, Ernest Croissant, ao comentar o art. 1142 do *Códe Napoleón*, afirmava que “se um ato pessoal do devedor for essencial para que uma obrigação seja cumprida em espécie, o credor não pode, em caso de resistência do devedor, obter a execução *manu militari*, e deve satisfazer-se com a execução por equivalentes”.¹¹²

Essa mudança de quadro – da possibilidade de prisão para a impossibilidade de exigir do executado o cumprimento da obrigação a que se comprometera – enfraqueceu demasiadamente a efetividade da execução.

Foi em reação a essa situação que os tribunais franceses passaram a usar a multa pecuniária (astreintes), que incidiria em caso de atraso no adimplemento, para coagir o devedor a cumprir uma obrigação.¹¹³ Portanto, as astreintes, como meio coercitivo destinado à obtenção da tutela específica, foi inicialmente fruto de criação do próprio judiciário, como explica François Chabas.¹¹⁴

A propósito, ainda que no nosso direito a regra não fosse tão explícita quanto no *Code Napoléon*, o art. 638 do CPC de 1973, em sua redação original, também estabelecia que em caso de inadimplemento de obrigação de fazer, que devesse ser prestada pessoalmente pelo devedor, o credor poderia requerer que o juiz fixasse prazo para cumprimento, sendo certo que, na hipótese de recusa, tal obrigação seria convertida em perdas e danos, ou poderia ser realizada à custa do devedor, se o credor assim requeresse (art. 633). Mas, logo adiante, previa o diploma que o credor poderia requerer que o devedor fosse condenado no pagamento de uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento da obrigação, condenação essa que precisava constar da sentença (art. 644 e 645).¹¹⁵

¹¹² CROISSANT, Ernest. *Des Astreintes*. p. 38-39. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57839428/f51.item>. Acesso em: 10 nov. 2020. Tradução nossa.

¹¹³ Nesse mesmo sentido, OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O poder geral de coerção*, p. 154-159.

¹¹⁴ CHABAS, François. L'astreinte en droit français. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun. 2011. v. 2. p. 1: “Cette institution est, en France, d'origine totalement prétorienne et est apparue lorsque les juges se sont rendu compte qu'ils avaient un double pouvoir: l'imperium (pouvoir d'injonction), aux côtés de la jurisdictio (pouvoir de dire le droit).”

¹¹⁵ “Art. 633. Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização. Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa.”

“Art. 638. Nas obrigações de fazer, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente, o credor poderá requerer ao juiz que lhe assinie prazo para cumpri-la. Parágrafo único. Havendo recusa ou mora do devedor, a obrigação pessoal do devedor converter-se-á em perdas e danos, aplicando-se outrossim o disposto no art. 633.”

A previsão da multa foi mantida no CPC de 2015, cujo art. 536, no seu § 1º., estabelece que para o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou não fazer, poderá o juiz, entre outras medidas, impor multa ao inadimplente. O art. 537 é inteiramente destinado a regulamentar a aplicação da multa, ao passo que o 538, § 3º., estende a medida à obrigação de entregar coisa.

Voltando ao sistema francês, em certo momento não se mostrava nítido se as astreintes tinham natureza ressarcitória ou coercitiva. Acabou prevalecendo essa segunda vocação, hoje bem definida.¹¹⁶ Sua previsão no direito francês e o prestígio que adquiriu como medida apta a provocar o cumprimento das obrigações, influenciou a incorporação dela no sistema de muitos países, entre eles o próprio Brasil.

Claro que, de início, diante da limitação imposta pelo *Code Napoléon*, muito se discutiu na França a respeito da legalidade da utilização da multa para compelir o executado a cumprir a obrigação a que se comprometera. Contudo, diante da eficiência que a multa vinha apresentando, a criação jurisprudencial foi, aos poucos, sendo incorporada na lei.

Inicialmente foi prevista na Lei 49-972, de 21 de julho de 1949, para incidir especificamente em temas locatícios. Contudo, a essa altura, notava-se do texto legal certa essência ressarcitória das astreintes, tanto que o art. 2º do referido diploma estabelecia que o valor da multa, quando liquidada, não poderia ultrapassar o valor da indenização pelo dano causado ao credor.¹¹⁷

As astreintes foram sistematizadas pela primeira vez, para utilização mais ampla, em 1972, na Lei 72-626. Posteriormente, quando da reforma do processo de

“Art. 644. Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz.”

“Art. 645. A condenação na pena pecuniária deverá constar da sentença, que julgou a lide.”

¹¹⁶ Segundo Juan Carlos Landrove et James John Greuter: “L’astreinte vise à forcer son destinataire, sous peine d’une sanction pécuniaire, à respecter ses obligations issues d’une décision judiciaire. Sa particularité réside dans le fait qu’elle intervient avant une violation du droit et vise à éviter cette dernière (mesure préventive). En outre, le montant de sa sanction pécuniaire peut croître.” LANDROVE, Juan Carlos; GREUTER, James John. *L’astreinte: une mesure injustement boudée par le Projet de Code de procédure civile?* p. 1. Disponível em: http://www.landrove.ch/pdf/Astreinte_CPC_2008_Landrove.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹¹⁷ “Article 2. Le montant de l’astreinte une fois liquidée ne pourra excéder la somme compensatrice du préjudice effectivement causé. Il devra être tenu compte, lors de sa fixation, des difficultés que le débiteur a rencontrées pour satisfaire à l’exécution de la décision. L’astreinte ne sera pas maintenue lorsque l’occupant aura établi l’existence d’une cause étrangère qui ne lui est pas imputable et qui aura retardé ou empêché l’exécution de la décision.”

execução, veio regulamentada na Lei 91-650, de 1991, e, posteriormente, pelo Decreto 92-755, além das previsões a respeito no *Code de Procédure Civile*.¹¹⁸

Para análise do tema, especialmente relevantes são algumas disposições do *Code des procédures civiles d'exécution*, que a seguir se transcreve:

Article L131-1: Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision. Le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité.

Logo em seguida, o mesmo diploma expõe o caráter coercitivo, e não ressarcitório das astreintes:

Article L131-2: L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts. L'astreinte est provisoire ou définitive. L'astreinte est considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif. Une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine. Si l'une de ces conditions n'a pas été respectée, l'astreinte est liquidée comme une astreinte provisoire.

Trata-se, é certo, de instituto especialmente pensado para impor o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer fixada na decisão final. Mas pode ser igualmente utilizada para promover o cumprimento de decisões proferidas pelo juiz ao longo do processo. Nesse caso, são conhecidas como astreintes internas ao processo.

Essa astreinte interna é prevista, entre outros, no art. 11 do *Code de Procédure Civile*, segundo o qual o juiz pode determinar, a pedido de uma parte, que a outra produza determinada prova, se necessário, sob pena de multa.¹¹⁹ Ainda sobre matéria de prova, os arts. 136 e 137 dizem que a parte que não devolver documentos apresentados pela outra pode ser obrigada a devolvê-los, sob pena de multa, a ser liquidada pelo juiz que a fixar.¹²⁰ Novamente, os arts. 138 e 139 estabelecem que, caso uma parte pretenda referir-se a um documento de posse de terceiros, poderá requerer ao juiz que o entregue ou o exiba, sob pena de incidência de multa, se

¹¹⁸ Corroborando o que aqui se afirma: OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O poder geral de coerção*, p. 159.

¹¹⁹ “Article 11. Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas.”

¹²⁰ “Article 136. La partie qui ne restitue pas les pièces communiquées peut y être contrainte, éventuellement sous astreinte”.

“Article 137. L'astreinte peut être liquidée par le juge qui l'a prononcée.”

necessário.¹²¹ São bons exemplos de utilização das astreintes ao longo do processo, aos quais poderíamos acrescentar outros.

Cumpre asseverar que sua utilização foi sendo cada vez mais e mais ampliada, ultrapassando os limites das obrigações de fazer ou não fazer, para que presentemente se admita a sua utilização em outras espécies de obrigação, até mesmo para o cumprimento de obrigações de pagar,¹²² como decidiu a Corte de Cassação francesa, por decisão de 29.05.1990.¹²³

O direito francês reconhece a existência de astreintes provisórias e definitivas. Se o juiz nada disser ao fixá-las, serão consideradas provisórias, podendo ser alteradas, a depender do comportamento do inadimplente, até a sua liquidação.¹²⁴ As definitivas, por seu turno, são imutáveis, e sua aplicação somente pode ocorrer após a prévia fixação das provisórias, como se lê do art. 131-2, do *Code de Procédure Civile*, acima reproduzido. Elas têm como inconveniente a circunstância de não poderem ser, posteriormente, moldadas de acordo com o comportamento adotado pelo requerido, já que o seu valor não varia.¹²⁵

As astreintes devem ser aplicadas com prudência pelo magistrado, considerando sua função coercitiva, para não promover o enriquecimento sem causa

¹²¹ “Article 138. Si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.”

“Article 139. La demande est faite sans forme. Le juge, s'il estime cette demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte.”

¹²² Nesse sentido, Newton Coca Bastos Marzagão: “Para realçarmos ainda mais o alargado âmbito de incidência da multa coercitiva francesa, devemos mencionar que o instituto é comumente utilizado no campo do direito do trabalho, do direito de família, na seara do direito da propriedade intelectual e concorrencial, sendo hoje admitido, inclusive, para obtenção coativa do dever de pagar quantia.” (MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. *A multa (astreintes) na tutela específica*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 103. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-110131/pt-br.php>. Acesso em: 19 set. 2020.

¹²³ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 823: “A Corte de Cassação francesa, em 29.05.1990, aplicou astreinte para constranger o devedor ao adimplemento de obrigação pecuniária. O precedente constitui notável avanço e ampliação do campo de atuação da técnica executiva”.

¹²⁴ Juan Carlos Landrove et James John Greuter: “Selon le droit français en vigueur, l'astreinte est présumée provisoire. Son destinataire peut échapper à celle-ci à la seule condition qu'il ne soit pas responsable de l'inexécution des obligations qu'elle renforce. Tout juge peut prononcer une astreinte.” (*L'astreinte: une mesure injustement boudée par le Projet de Code de procédure civile?*, p. 275).

¹²⁵ François Chabas: “C'est que l'astreinte, très rapidement a pu revêtir deux formes – qu'elle a conservées dans le droit moderne: soit l'astreinte provisoire qui peut être révisée par le juge à tout moment et notamment lors de la liquidation finale; soit l'astreinte définitive, beaucoup plus redoutable (encore que la pratique l'ait souvent appelé “astreinte non comminatoire”), astreinte fixée ne varier, une fois pour toutes, para le juge.” (*L'astreinte en droit français*, p. 1).

do credor. Nessa fixação, serão considerados o grau de gravidade da conduta adotada pelo devedor e a sua situação financeira.

Oportuno acrescentar que, no sistema francês, o exequente contrata um *Huissier de Justice*, profissional que assume essa função por nomeação oficial e está submetido a um estatuto público, tendo a sua atuação controlada pela Procuradoria da República. Fica ele responsável pela execução de dívidas, buscando, em um primeiro momento, o acordo entre as partes e, se infrutífera a tentativa, determinando a penhora sobre bens do devedor.

Ao Poder Judiciário cabe, por provação das partes, atuar quando estas alegarem que seus direitos estão sendo desrespeitados, além de ficar responsável por analisar e dirimir conflitos relevantes que surjam no seio da execução.

3.6.4 Portugal

O sistema português também tem como característica marcante, nesse sentido tal como o francês, a utilização da multa como medida para “convencer” o devedor ao cumprimento da sua obrigação. Todavia, diferentemente dos sistemas inglês ou alemão, acima referidos, não se prevê a utilização da prisão como meio para proporcionar o cumprimento da obrigação ou da determinação judicial.

No Código Civil de Portugal, prevê-se a aplicação de multa no art. 829º-A, na Subseção dedicada a regular as obrigações de prestar fatos infungíveis. Consta do texto que, a requerimento do credor, o tribunal condenará o devedor ao pagamento de uma sanção pecuniária por dia de atraso no cumprimento da obrigação, a ser fixada de acordo com o critério da razoabilidade, sem prejuízo da incidência de eventual indenização cabível. Essa multa tem a peculiaridade de ser destinada, em partes iguais, ao credor e ao Estado.

Além da multa, para também funcionar como desincentivo ao inadimplemento, o diploma português prevê a aplicação da taxa de juros de 5% ao ano sobre o valor devido, a incidir desde o trânsito em julgado da sentença condenatória, sem prejuízo da incidência dos juros de mora e eventuais indenizações, caso devidos.¹²⁶

¹²⁶ “Artigo 829.º-A (Sanção pecuniária compulsória) 1 – Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso. 2 – A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar. 3 – O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao

Antes do atual diploma processual português, momento legislativo marcante em tema executivo deu-se em 2003, através do Decreto-Lei n. 38, que buscou desonerar o Judiciário e introduzir no sistema o modelo de execução desjudicializada. A sobrecarga de trabalho dos juízes e dos tribunais, provocando um retardamento no andamento dos processos, foi insistentemente invocada pela doutrina lusitana como justificativa para a mudança de rumo.¹²⁷ Já no ano de 2008, através do Decreto-Lei nº 226/08, novas mudanças foram introduzidas na execução, com os principais objetivos de aprimorar o regime introduzido pelo Decreto de 2003 e atribuir mais poderes ao agente de execução.

Quanto ao atual diploma processual português, necessário registrar a influência do “Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política econômica”, de 17 de maio de 2011, que expõe as exigências estabelecidas pela União Europeia para prestar assistência financeira à Portugal. Ficou definido no documento que cabia a Portugal melhorar o seu sistema judicial, do que dependeria o correto e justo funcionamento da economia, com aumento da eficiência através da sua reestruturação e mediante a adoção de novos modelos de gestão dos tribunais, com redução da lentidão do sistema judicial. Igualmente se objetivava assegurar o efetivo e tempestivo cumprimento dos contratos e das regras de concorrência.¹²⁸

Logo adiante, o Memorial, ao recomendar a avaliação de diversas medidas que seriam adotadas para cumprir os objetivos traçados, recomendava, entre outras, fosse considerada a imposição de custas e sanções adicionais aos executados não

Estado. 4 – Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.”

¹²⁷ De acordo com Ana Isabel Teixeira Meireles: “A tramitação dos processos executivos era a que mais sobrecarregava burocraticamente o trabalho dos magistrados e a que implicava atrasos e mais problemas no desenrolar dos processos. Assim, e conforme anteriormente referido, surgiu, na sequência de estudos realizados, a decisão de, também em Portugal, ser introduzido um novo interveniente processual ao qual poderiam ser distribuídas funções que levassem a diminuir a sobrecarga dos tribunais com atos processuais simples, criando-se uma nova profissão jurídica.” (*A evolução da repartição de poderes entre o juiz e o agente de execução*. p. 21. Disponível em: https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/8153/1/DM_AnaMeireles_MSOL2015.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020).

¹²⁸ “7. Condições de enquadramento. Sistema judicial. Objectivos. Melhorar o funcionamento do sistema judicial, que é essencial para o funcionamento correcto e justo da economia: (i) assegurando de forma efectiva e atempada o cumprimento de contratos e de regras da concorrência; (ii) aumentando a eficiência através da reestruturação do sistema judicial e adoptando novos modelos de gestão dos tribunais; (iii) reduzindo a lentidão do sistema através da eliminação de pendências e facilitando mecanismos de resolução extra-judiciais.” (Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica. p. 31. Disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexosmou_pt.pdf. Acesso em 24 nov. 2020).

cooperantes, assim como introduzidas custas judiciais extraordinárias nos processos para litígios prolongados desencadeados pelos litigantes.¹²⁹

Finalmente, o mesmo documento determinou a revisão do Código de Processo Civil português, cabendo ao governo rever o diploma e preparar uma proposta, até ao final de 2011, elaborada com os principais intuitos de consolidar a legislação para os processos de execução e de impor o cumprimento de prazos legais para os processos judiciais, especialmente para os procedimentos de injunção e processos de execução e de insolvência.¹³⁰

Foi nesse contexto que veio a lume o atual Código de Processo Civil de Portugal, aprovado em junho de 2013. Nota-se nele um certo aumento nos poderes do juiz, movimento já sentido quando da Reforma de 1995/1996.¹³¹ Mas nos parece, contudo, que não trouxe alterações significativas, ao menos quanto às medidas executivas autorizadas.

Esse diploma processual, ao fixar as hipóteses em que a aplicação de sanções ao inadimplente são cabíveis, estabeleceu, na disciplina dos procedimentos

¹²⁹ “7.2. Com base na auditoria, definir melhor as medidas existentes e avaliar a necessidade de medidas adicionais para acelerar a resolução das pendências [T2-2011]. As medidas adicionais a ser consideradas incluem, entre outras: (i) estabelecer secções ou equipas separadas vocacionadas para resolver processos em atraso, (ii) reestruturar os registos do tribunal para retirar registos indevidos de casos pendentes; (iii) agregar processos semelhantes de acções executivas de pequenos montantes; (iv) reforçar e fazer cumprir os regulamentos existentes que permitem que os casos parados sejam retirados dos registos dos tribunais; (v) impor custas e sanções adicionais aos devedores não cooperantes nos processos executivos; (vi) introduzir uma estrutura de custas judiciais extraordinárias para litígios prolongados desencadeados pelas partes litigantes sem justificação manifesta; e (vii) nomear gestores judiciais especiais para gerir a agenda/audiências em tribunais, permitindo assim aos juízes concentrarem-se na decisão dos processos.” (Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica. p. 31-32. Disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexosmou_pt.pdf. Acesso em 24 nov. 2020).

¹³⁰ “7.13. O Governo irá rever o Código de Processo Civil e preparará uma proposta até ao final de 2011, identificando as áreas-chave para aperfeiçoamento, nomeadamente (i) consolidando legislação para todos os processos de execução presentes a tribunal; (ii) conferindo aos juízes poderes para despachar processos de forma mais célere; (iii) reduzindo a carga administrativa dos juízes e; (iv) impondo o cumprimento de prazos legais para os processos judiciais e em particular, para os procedimentos de injunção e para processos executivos e de insolvência.” (Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica. p. 32. Disponível em https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexosmou_pt.pdf. Acesso em 24 nov. 2020).

¹³¹ “Foi na reforma de 1995/1996, com início de vigência em 1 de janeiro de 1997, que se promoveu a primeira rotura com a ideologia de 1939, consagrando-se novos princípios, atribuindo-se ao juiz um papel dirigente e ativo, promovendo-se a igualdade substancial dos intervenientes processuais, com privilégio da verdade material, proibindo-se as decisões surpresa e revigorando-se o princípio do contraditório. Em suma, foi nesta reforma que se operou a viragem histórica e a atualização do direito adjetivo civil em Portugal.” (Exposição de Motivos à Proposta de Lei n.º 113/XII. p. 2. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a4c33526c654852766379397763477784d544d7457456c4a4c6d527659773d3d&fich=ppl113-XII.doc&Inline=true>. Acesso em: 26 nov. 2020.

cautelares, a viabilidade de fixação de sanção pecuniária, nos termos da lei civil, para assegurar a efetividade da providência decretada.¹³²

De outra parte, no Título destinado à tutela da personalidade, prescreve o art. 879º., que

“4 – Se o pedido for julgado procedente, o tribunal determina o comportamento concreto a que o requerido fica sujeito e, sendo caso disso, o prazo para o cumprimento, bem como a sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.”

No CPC de 2013, foi mantida a figura do agente de execução, que assume a função de conduzi-la e de realizar as diligências correspondentes, sem exclusão da atuação do juiz em certos casos. Na verdade, promoveu-se nesse diploma o aumento da atuação do juiz na execução, em marcha contrária do que ocorrera em 2008.¹³³

O agente de execução português, em conformidade com o art. 720 do CPC daquele país, é escolhido, em princípio, pelo próprio exequente, o que acaba por provocar questionamentos quanto à sua imparcialidade. Não bastasse, o exequente tem o poder de substituir o agente de execução, desde que esclareça a motivação para essa atitude. Faculdade de substituição que o executado não tem, o que naturalmente gera críticas também por violação à isonomia.

Compete, basicamente, ao agente de execução lusitano promover a citação e as notificações do executado, realizar consultas prévias da existência de bens e pagamento do exequente, entre outras atribuições. Ao juiz ficam reservadas as atividades previstas na lei, tais como proferir o despacho liminar; julgar a oposição à execução ou à penhora; estabelecer a graduação entre créditos; julgar as reclamações de atos e impugnações de decisões do agente de execução; assim como decidir outras questões levantadas pelos agentes de execução, pelas partes ou pelos

¹³² “Artigo 365.º Processamento. 1 – Com a petição, o requerente oferece prova sumária do direito ameaçado e justifica o receio da lesão. 2 – É sempre admissível a fixação, nos termos da lei civil, da sanção pecuniária compulsória que se mostre adequada a assegurar a efetividade da providência decretada. 3 – É subsidiariamente aplicável aos procedimentos cautelares o disposto nos artigos 293.º a 295.º.”

¹³³ Nesse sentido são os comentários de Manuel Coutinho Pereira e Lara Wemans: “Mais recentemente, importa destacar algumas das alterações promovidas pelo Código do Processo Civil de 2013 no domínio da ação executiva. Por um lado, foram englobadas as disposições transitórias do Decreto-Lei n. 4/2013, de 11 de janeiro, alargando as causas de extinção por falta de impulso processual. Por outro, foram reforçadas as garantias do executado, reduzindo o montante a partir do qual se exige uma maior intervenção do juiz no caso de documentos extrajudiciais e limitando a admissibilidade de documentos particulares como títulos executivos.” (*Quanto tempo demora a execução de uma dívida no sistema judicial português?* p. 3. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324899384_Quanto_tempo_demora_a_execucao_de_um_a_divida_no_sistema_judicial_portugues. Acesso em: 20 nov. 2020).

terceiros intervenientes, entre outras providências.¹³⁴ É o que se lê do art. 723 do CPC português.¹³⁵

Também convém apontar duas peculiaridades do processo executivo português. Em primeiro lugar, a existência de um procedimento executivo sumário, mais célere, com menor participação do juiz e aplicável em certas hipóteses, mencionadas no art. 550,¹³⁶ em contraposição à execução ordinária. Em segundo lugar, outra característica relevante do sistema português consiste na previsão de realização, por faculdade do credor, de um Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo, introduzido pela Lei 32/2014 e logo apelidado de “PEPEX”.

Através desse procedimento, o credor que seja detentor de um título executivo idôneo pode, com a participação do agente de execução, buscar bens penhoráveis do devedor, antes mesmo de ajuizar a ação executiva. A utilidade desse procedimento

¹³⁴ Nas palavras de Ana Isabel Teixeira Meireles, cabe ao Juiz português, na execução, “no caso de processos ordinários, proferir despacho liminar; proferir despacho superveniente, nos casos em que o mesmo conheça um facto oficiosamente; a redução ou isenção da penhora de rendimentos, cabendo-lhe proferir o respetivo despacho; autorizar o fracionamento do imóvel divisível; suspender a execução, quando for colocada em causa a exigibilidade ou liquidação da obrigação; autorizar o uso da força pública, caso se trate de domicílio, tutelando, assim, o interesse do executado, quando esteja em causa a sua habitação; presidir à abertura de propostas em carta fechada, na venda de imóvel; proferir despacho a autorizar a abertura perante si de propostas de venda de estabelecimento em carta fechada; proferir despacho a autorizar a venda antecipada de bens; nomear fiscal ou administrador do estabelecimento comercial penhorado; proceder ao julgamento da prestação de contas, nas execuções para prestação de facto; diligenciar pela liquidação da obrigação exequenda; apreciar a qualidade dos bens, no âmbito da herança, na execução movida contra herdeiros; conhecer os processos declarativos de oposição à execução, à penhora, ao embargo de terceiro, à reclamação e à graduação de crédito; esclarecer as questões levantadas pelas partes; e decidir quanto à reclamação quer de atos quer de decisões do Agente de Execução.” (*A evolução da repartição de poderes entre o juiz e o agente de execução*, p. 72).

¹³⁵ “Artigo 723.º Competência do juiz 1 – Sem prejuízo de outras intervenções que a lei especificamente lhe atribui, compete ao juiz: a) Proferir despacho liminar, quando deva ter lugar; b) Julgar a oposição à execução e à penhora, bem como verificar e graduar os créditos, no prazo máximo de três meses contados da oposição ou reclamação; c) Julgar, sem possibilidade de recurso, as reclamações de atos e impugnações de decisões do agente de execução, no prazo de 10 dias; d) Decidir outras questões suscitadas pelo agente de execução, pelas partes ou por terceiros intervenientes, no prazo de cinco dias. 2 – Nos casos das alíneas c) e d) do número anterior, pode o juiz aplicar um delta ao requerente, de valor a fixar entre 0,5 UC e 5 UC, quando a pretensão for manifestamente injustificada.”

¹³⁶ “Artigo 550.º 1 – O processo comum para pagamento de quantia certa é ordinário ou sumário. 2 – Emprega-se o processo sumário nas execuções baseadas: a) Em decisão arbitral ou judicial nos casos em que esta não deva ser executada no próprio processo; b) Em requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta fórmula executória; c) Em título extrajudicial de obrigação pecuniária vencida, garantida por hipoteca ou penhor; d) Em título extrajudicial de obrigação pecuniária vencida cujo valor não exceda o dobro da alçada do tribunal de 1.ª instância. 3 – Não é, porém, aplicável a forma sumária: a) Nos casos previstos nos artigos 714.º e 715.º; b) Quando a obrigação exequenda careça de ser liquidada na fase executiva e a liquidação não dependa de simples cálculo aritmético; c) Quando, havendo título executivo diverso de sentença apenas contra um dos cônjuges, o exequente alegue a comunicabilidade da dívida no requerimento executivo; d) Nas execuções movidas apenas contra o devedor subsidiário que não haja renunciado ao benefício da excussão prévia. 4 – O processo comum para entrega de coisa certa e para prestação de facto segue forma única.”

reside, pois, no fato de dar ao credor conhecimento prévio a respeito da situação patrimonial do executado, para que ele possa avaliar a conveniência de promover a ação de execução.

Apresentado um relatório pelo agente de execução, através do qual ele expõe o resultado dos trabalhos de localização de bens, o credor poder requerer que o procedimento pré-executivo seja convolado em processo de execução. De outra parte, caso se constate a ausência de bens do devedor para satisfação da obrigação, o requerido é notificado para, no prazo de 30 dias, pagar o valor da dívida, com os acréscimos legais e honorários devidos ao agente de execução, celebrar acordo com o requerente, indicar bens passíveis de penhora ou opor-se ao procedimento.

Caso o requerido não adote qualquer das iniciativas acima enumeradas, abre-se espaço para a aplicação de uma medida de natureza coercitiva. Tal medida, prevista no art. 15º da Lei 32/2014,¹³⁷ consiste na inclusão do requerido em uma lista pública de devedores, o que poderá trazer-lhe dificuldades para contratar ou obter créditos.¹³⁸

Em acréscimo, poderá o credor obter uma certidão para computar o prejuízo para fins fiscais. Evita-se, pois, o ajuizamento de demandas executivas que apenas se prestariam a sobrecarregar o Poder Judiciário, mas que nada trariam de produtivo no que diz respeito à satisfação do credor.¹³⁹

¹³⁷ “Artigo 15.º Inclusão do devedor na lista pública de devedores. 1 – Decorrido o prazo de 30 dias sobre a data da notificação do requerido sem que haja lugar a alguma das situações previstas nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 12.º, o agente de execução procede à inclusão do devedor na lista pública de devedores no prazo de 30 dias. 2 – Nos casos em que o requerido proceda à indicação de bens passíveis de penhora, nos termos previstos na alínea c) do n.º 1 do artigo 12.º, o requerente é notificado para, no prazo de 30 dias, requerer a convolação do procedimento extrajudicial pré-executivo em processo de execução, sob pena de o procedimento ser automaticamente extinto. 3 – A lista pública de devedores encontra-se regulada em diploma próprio.”

¹³⁸ Essa é a lição de Hélder da Silva Arede: “A lista pública de execuções prevê que nela constem informações como o nome, NIF, valor em dívida, número de processo e data de inclusão na lista, dos devedores de execuções, neste caso também relativamente ao PEPEX, frustradas por não terem sido identificados bens suscetíveis de serem penhorados. A referida lista assume dois pontos importantíssimos no domínio da ação executiva: em primeiro lugar funciona como um meio dissuasor do incumprimento de uma obrigação, pelas consequências negativas que acarreta para a esfera pessoal do incluído, designadamente o descrédito em contratos futuros, e em segundo lugar um meio preventivo para os contratantes que facilmente podem aceder a esta lista e aferir da capacidade de cumprimento da outra parte.” (*Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX)* – O mecanismo necessário para a eficácia da ação executiva. p. 50. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.26/18059>. Acesso em: 22 out. 2020).

¹³⁹ Essa é também a lição de Elias Marques de Medeiros Neto: “Logo, a sabedoria do procedimento extrajudicial pré-executivo reside justamente na possibilidade de se antecipar ao credor uma informação crucial para o êxito de sua execução; qual seja, a da existência de bens penhoráveis de titularidade do devedor. É certo, ademais, que esta informação ajuda a evitar demandas executivas infrutíferas e ineficazes, em especial na hipótese de o credor já ser previamente informado de que

Pensamos, pois, que a incorporação de um procedimento semelhante ao PEPEX em nosso sistema pode se mostrar útil, especialmente porque o maior entrave ao desenvolvimento e efetividade da execução recai sobre a dificuldade de localização de bens passíveis de penhora.

Do que se afirmou, fácil notar uma coincidência entre o que ocorreu em Portugal e no Brasil nas últimas décadas. Em ambos os países, a disciplina da execução sofreu reiteradas reformas, em busca de dotá-la de maior efetividade. Sintoma claro da insatisfação com a baixa eficiência do processo executivo nesses países.

3.7 Análise crítica diante da realidade forense brasileira

Quando se pensa na ampliação dos poderes do juiz como solução para a obtenção de um processo mais eficiente, aí incluída a demanda executiva, necessário pôr à mesa um problema que, a nosso ver, prejudica a obtenção dos resultados esperados. Referimo-nos às condições que se dá ao juiz para que ele exerça esses poderes ampliados.

Ora, como já se afirmou, a ampliação de poderes importa, por consequência, atribuição de maior responsabilidade ao juiz. Afinal, se terá mais ferramentas, espera-se que delas se utilize para garantir que a atividade jurisdicional alcance o grau de qualidade que se almeja.

Mas se é verdade que esse quadro exige maior envolvimento do juiz, com adoção de uma conduta mais ativa, certo também que a postura esperada acaba sendo prejudicada, em muitos casos, pela ausência de condições de trabalho adequadas e pelo volume de processos que se encontra sob a sua responsabilidade.¹⁴⁰

o devedor não tem bens penhoráveis” (*O Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo*. São Paulo: Editora Verbatim, 2015. p. 61).

¹⁴⁰ Ao tratar do negócio jurídico processual, Fernando Gajardoni aponta o volume de trabalho dos magistrados como fator que pode inviabilizar o uso ou o sucesso das ferramentas que o novo diploma oferece. Embora esteja tratando de tema diferente, e não do exercício dos poderes pelo juiz, cremos que o diagnóstico que apresenta também se aplica ao último tema aqui comentado: “O Poder Judiciário brasileiro, com as suas 100 milhões de causas (2015), precisa de uma rotina, de um modelo-padrão, de alguns poucos procedimentos e regras-base para trabalhar e dar vazão à enxurrada de demandas. Esse padrão *fordiano* de trabalho tende a permitir a aceleração no cumprimento e desenvolvimento dos processos. A admissão de que cada procedimento possa ser voluntariamente calibrado pelas partes – ou mesmo que elas possam deliberar sobre seus ônus, poderes, deveres e faculdades – sem dúvida dá uma conformação mais democrática ao processo, mas pode, por outro lado, comprometer a eficácia da máquina judiciária. Uma alteração ou outra do rito-padrão, ou das situações jurídicas e ativas das partes, em caráter pontual, até é suportável pelo

Não é incomum que o magistrado tenha sob sua responsabilidade quantidade de feitos significativamente superior ao que seria razoável para que pudesse dedicar, a cada um, a necessária e merecida atenção.

Os dados oferecidos pelo relatório Justiça em Números 2020, apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apontam que no ano de 2019 a carga média de trabalho de cada magistrado brasileiro na Justiça Estadual foi de 7.715 processos. Na Justiça Federal, esse número chegou a 9.107 por magistrado.¹⁴¹

De outra parte, não é segredo a cobrança que sofre para que profira mensalmente o máximo de sentenças possível. Hoje o magistrado, dentro desse critério, é avaliado muito mais pela quantidade de sentenças que profere ao mês, que pela qualidade delas ou pela condução eficiente do processo e os resultados produzidos para fora dos autos, efetivamente solucionando o conflito trazido ao Estado-juiz e satisfazendo o direito reconhecido.

Nesse sentido, consta no relatório do CNJ, acima mencionado, um aumento de produção dos magistrados de 24,2% nos últimos 5 anos. No ano 2019, a média global do Judiciário foi de 2.107 processos baixados por magistrado, o que representa 8,4 casos solucionados por dia útil. Na Justiça Estadual, foram baixados 2.171 por magistrado, em média.¹⁴²

De certa forma, parece que o CNJ acaba enxergando a atividade jurisdicional como mera “desincumbência”, como se a distribuição da justiça e a consequente pretendida pacificação social fossem alvos de menor importância.¹⁴³ Essa realidade

Poder Judiciário. A contratualização de todas as etapas do procedimento e da relação jurídica processual, como regra, não, ao menos até que sejamos capazes de diminuir o volume de demandas que aportam diariamente no Poder Judiciário brasileiro. Por isso, a comparação com a exitosa experiência da contratualização do processo na arbitragem (art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996) não só é injusta, como ingênua. O árbitro é juiz de umas ou algumas causas, podendo vê-las se desenvolver de modo completamente particularizado, artesanal. O juiz estatal é de milhares de causas” (*Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*, p. 632).

¹⁴¹ *Justiça em números 2020*. p. 48 e 61. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>. Acesso em: 17 dez. 2020.

¹⁴² *Justiça em números 2020*. p. 105-107. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 17 dez. 2020.

¹⁴³ Vide a respeito Ivan Lira de Carvalho: “A transferência dos ensinamentos de Paulo Freire, originalmente destinados à formação de uma consciência crítica e democrática no meio educacional, tem adequação, também, à atividade judicante, especialmente ao Poder Judiciário brasileiro. Com efeito, a prestação da tutela jurisdicional não pode ser enxergada apenas como a desincumbência, por um dos componentes do Estado-tripartite, de uma tarefa que lhe é ínsita. É muito mais que isso. Além de perseguir a pacificação social, ao instante em que diz a quem pertence o direito, tem a atividade jurisdicional um *plus* deveras salutar: a pedagogia de mostrar aos jurisdicionados como deve ser a conduta destes nas suas relações interpessoais e interinstitucionais.” (Eficácia e democracia na atividade judicante. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/249/eficacia-e-democracia-na-atividade-judicante>. Acesso em: 25.03.2020).

pode interferir negativamente na qualidade da atividade jurisdicional, e, por consequência, contribuir com o descrédito do Judiciário diante da opinião pública.

Tratar e analisar o Judiciário por números produzidos – o que tem a sua importância – pode servir para fins estatísticos, para diagnóstico dos problemas e até para propor políticas e metas para aprimorar a atividade jurisdicional, fundadas em dados empíricos. Mas certamente não convence ou satisfaz aqueles que são os verdadeiros destinatários dessa atuação, os jurisdicionados. Estes, individualmente, não se preocupam com a “Justiça em números”, mas sim com o tratamento que é dado ao seu caso.

Parece bastante oportuna aqui a afirmação de Celso Campilongo, de que existe uma via de mão dupla entre o cidadão e o Poder Judiciário, em que “o cidadão deposita no Judiciário a confiança que perdeu nos outros poderes. E os magistrados dão guarida às pretensões dos que buscam os tribunais.”¹⁴⁴ Embora o autor por último citado tenha tratado do tema sobre outra perspectiva, pensamos poder dizer que a ineficiência do Judiciário para dar solução efetiva ao conflito pode romper essa via de mão dupla a que se refere o autor.

Partindo dessa realidade e desse volume de trabalho retratados pelos relatórios do CNJ, adotemos como exemplo do que aqui se afirma a aplicação do disposto no art. 370 do CPC. Referido dispositivo, reconhecendo poderes instrutórios ao juiz, autoriza que este determine, até mesmo de ofício, a produção das provas necessárias ao julgamento do mérito.

É verdade que o juiz pode julgar com base na distribuição do ônus da prova, proferindo decisão em desfavor daquele que não produziu a prova que lhe competia. Mas o poder atribuído pelo referido art. 370 permite ou até recomenda que o juiz tome iniciativa na produção de provas e profira uma decisão mais justa, e não calcada apenas na ausência de provas. O ideal seria que o julgamento fundado tão somente na distribuição do ônus da prova fosse a última opção, por não ter o julgador conseguido chegar próximo à verdade dos fatos.

Muitas vezes, contudo, os poderes instrutórios não são plenamente exercidos, abrindo mão o magistrado de utilizar o poder de determinar a produção de provas de ofício. Deixar de exercer tal poder e julgar com base na distribuição do ônus probatório

¹⁴⁴ O judiciário e a democracia no Brasil, p. 121.

é, sem dúvida, muito mais rápido, e a realidade acima narrada pode empurrá-lo para tal caminho. É a solução mais convidativa, ainda que não seja a mais justa.

Também quanto à instrução probatória, nosso diploma prevê expressamente que diante da percepção de que a aplicação da regra estática de distribuição do ônus da prova possa gerar situação injusta – impondo o ônus de provar um fato a quem não tem a menor condição de fazê-lo – o magistrado promoverá a distribuição dinâmica do ônus da prova, criando uma regra sob medida para o caso concreto, considerando as peculiaridades da causa e das partes, e atribuindo o ônus de provar a quem tem melhores condições de fazê-lo. Isso exige um envolvimento maior do magistrado com a causa, o que passa pela necessidade de lhe atribuir condições para tanto.

Essa necessária atuação do juiz, mais envolvido com a causa e o seu desfecho justo, faz José Carlos Baptista Puoli afirmar que não só em relação à produção das provas, mas

durante todo o desenvolvimento do processo, preconiza-se uma atuação mais interessada do juiz, que deve estar ciente de que sua atuação não estará somente predisposta à satisfação dos interesses privados das partes, mas também ao desempenho de papel fundamental para a concretização dos escopos do processo.¹⁴⁵

Essa mesma forma de atuação, comprometida com o resultado útil da atividade jurisdicional, deve pautar a atuação do juiz na execução, como já se afirmou em passagens anteriores. Embora a essa altura não se pense mais em reconhecimento do direito – o que se reserva para o processo de conhecimento – espera-se que magistrado desempenhe seus poderes no sentido de produzir a satisfação do direito reconhecido no título executivo, pois só assim a atividade jurisdicional atingirá seu objetivo final e produzirá resultados para fora do processo.

Mas se o juiz – e essa é a realidade em muitas comarcas – não tem condições satisfatórias de trabalho e um volume muito elevado de causas sob a sua responsabilidade, o que lhe impede de dedicar a necessária atenção a cada uma delas; se ele precisa proferir dezenas de sentenças por semana, para não ver o seu acervo de processos crescer; se ele é cobrado e avaliado principalmente pela quantidade de sentenças que profere, terá ele condições assumir essa condução interessada do processo? Quando falamos em “condução interessada”, para que fique claro, estamos nos referindo à qualidade e à eficiência da prestação jurisdicional, e

¹⁴⁵ *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 43.

não ao resultado favorável ou desfavorável a quem quer que seja, o que obviamente afetaria a sua imparcialidade.

Não se quer aqui eximir o magistrado de qualquer responsabilidade pela qualidade da tutela jurisdicional prestada, mas chamar a atenção para a necessidade de lhe serem garantidas condições de trabalho que o permitam bem exercer os poderes que lhe são concedidos e, por consequência, possam ser efetivamente cobrados pela qualidade dos serviços que prestam.

No que diz respeito à execução, esse quadro adverso pode levar o magistrado a deixar de utilizar o poder de fixar medidas executivas atípicas, renunciando a uma atuação mais preocupada em proporcionar a satisfação do direito reconhecido no título. Talvez, diante das primeiras dificuldades enfrentadas, seja mais cômodo encerrar a execução, ainda que sem a satisfação do direito do exequente. Muitas vezes, suas condições adversas de trabalho podem conduzi-lo a essa forma de agir, ou, ao menos, implicarem um convite para essa postura passiva e desinteressada.

Nesse sentido, pensamos que simplesmente dotar o juiz de mais poderes, seja no processo de conhecimento, seja em sede de execução, não basta para alcançar a prestação de tutela jurisdicional mais eficiente. Se esse é o caminho que optamos por seguir, é imprescindível que se dê meios para que o magistrado possa exercer os poderes que lhes são concedidos, assumindo realmente a posição de agente empenhado na eficiência da atividade jurisdicional. Isso passa, pois, necessariamente, por lhe garantir melhores condições de trabalho. O que não significa promover novas e amplas alterações no diploma processual, já que não é nele que está, a nosso ver, o centro do problema.

Talvez algumas mudanças legais possam realmente ser úteis, e aqui citamos duas que nos parecem necessárias. A primeira delas, retirar o efeito suspensivo automático do recurso de apelação, prestigiando assim a atuação do juiz de primeira instância e permitindo que as suas sentenças possam ser imediatamente executadas, ainda que de forma provisória, o que inclusive poderia funcionar – juntamente com a cobrança das custas e a já implantada majoração de honorários em sede recursal – como desincentivo à interposição de recursos infundados. Dessa forma, as providências para satisfação do direito reconhecido teriam início muito antes do que hoje habitualmente ocorre.

A segunda medida que nos parece premente seria criar um filtro estreito de acesso ao Superior Tribunal de Justiça pela via do recurso especial, tal como se fez

com o Supremo Tribunal Federal, através da introdução do requisito da repercussão geral da questão constitucional, para efeito de admissão do recurso extraordinário. Limitando-se a subida de recursos ao STJ, adiantar-se-ia o trânsito em julgado das decisões, por força da maior dificuldade de acesso a esse tribunal e do desincentivo à interposição de recurso especial. Além do fato de o menor volume de recursos interpostos ou conhecidos permitir o julgamento mais rápido dos recursos especiais que tiverem efetivo seguimento.

Mas se algumas inovações legais podem ser convenientes, parece-nos que a busca de maior eficiência deve provocar iniciativas especialmente fora da disciplina legal do processo civil. Não pretendemos aqui discorrer sobre eventuais soluções para o problema, sob pena de desfocarmos o objeto da nossa tese e tentarmos pretensiosamente dar solução fácil para o que há décadas discutem os estudiosos que se dedicam especificamente a essa missão. Mas, tampouco, podemos ignorar o problema, à medida que toca ao tema objeto do nosso estudo.

Nesse sentido, pensamos que cinco providências seriam especialmente relevantes para buscar uma mudança do quadro que acima se pintou: a) funcionamento mais eficiente das agências reguladoras, na fiscalização e aplicação de penalidades, evitando a judicialização de conflitos que poderiam ser resolvidos sem a intervenção do Judiciário; b) o incentivo aos outros meios adequados de solução de conflitos – o que já vem sendo feito e cada vez mais ganhando espaço – conscientizando população e profissionais do direito, desde a sua formação na graduação, que a terceirização do problema ao Poder Judiciário nem sempre é o melhor caminho para a sua solução; c) gestão mais eficiente do Poder Judiciário e dos seus recursos, com ampliação crescente da informatização; d) revisão dos critérios de avaliação do trabalho dos magistrados, para que não se concentre em demasia na quantidade de processos “baixados”, mas que valorize mais a qualidade do trabalho prestado; e) nova postura dos entes públicos, responsáveis por grande parte das demandas que sobrecarregam e máquina do Judiciário, quer por deixarem de cumprir suas atribuições, impondo aos cidadãos a busca dos seus direitos na via judicial, quer descumprindo ordens judiciais e condenações, inclusive adotando posturas protelatórias.¹⁴⁶

¹⁴⁶ O que faz Ada Pellegrini Grinover tecer os seguintes comentários: “A administração, vencida em juízo, é a primeira a opor-se injustificadamente aos mandamentos jurisdicionais, sendo exemplo crucial dessa situação o não-pagamento de dívidas judiciais, alimentares ou não, com a espera

Confirmando essa situação por último referida, em relatório dos “100 maiores litigantes – 2012”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, apareceram entre os seis primeiros colocados, na consolidação dos números da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social (1º), o Município de Manaus (3º), a Fazenda Nacional (4º), o Estado do Rio Grande do Sul (5º) e a União (6º).¹⁴⁷

Quando o Estado atua da forma acima narrada, acaba minando a própria atividade jurisdicional desempenhada por um dos Poderes que o compõem, gerando mais custo, provocando descrédito a ele próprio e impactos negativos na economia, uma vez que o funcionamento insatisfatório do Poder Judiciário é constantemente apontado como fator de desincentivo a investimentos, inclusive de ordem estrangeira. Por isso o quadro precisa ser alterado.

Mas uma coisa nos parece certa: ampliar os poderes do juiz no processo, exigindo dele uma postura mais envolvida e interessada na adequada prestação da tutela – necessária para a correta adoção das medidas executivas atípicas – não garantirá, por si só, uma atividade jurisdicional mais eficiente, especialmente se não lhe forem dados meios para bem desempenhar esses poderes.

interminável dos credores na fila dos chamados "precatórios", ordens de pagamento do Tribunal ao Estado” (Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*, p. 4).

¹⁴⁷ Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 19 dez. 2020.

4 A EXECUÇÃO

A execução se desenvolve através de atividades que promovam a invasão ao patrimônio do devedor ou que influenciem o comportamento dele, com o objetivo de satisfazer o direito do credor que esteja reconhecido em título executivo, seja judicial, seja extrajudicial.

Como afirma com precisão Flavio Yarshell,

a tutela executiva, não resta dúvida, descende da garantia geral da ação e da inafastabilidade, tanto mais porque a atuação executiva dos direitos reconhecidos em pronunciamentos judiciais é fator de afirmação do próprio poder estatal, sendo impensável que a condenação pudesse vir desacompanhada dos meios de efetivá-la.¹⁴⁸

Não se busca nessa via o reconhecimento do direito do credor por decisão judicial, quer porque isso já se obteve, quer porque se mostra desnecessário diante da existência de título executivo judicial que proclame o direito que se quer satisfazer.

Cabe ao detentor do título provocar o início da atividade satisfativa a ser desempenhada pelo Estado, tendo em vista o princípio da inércia da jurisdição, proclamada pelo art. 2º do diploma processual. Mas, tal como ocorre no processo de conhecimento, uma vez retirado da inércia para prestar tutela de natureza executiva, passa a ser dever do Estado prestá-la de forma eficiente, de modo a solucionar a crise de inadimplemento e proporcionar a pacificação social.

A percepção dessa situação faz Cândido Dinamarco – ao discorrer sobre a execução bem antes da vigência do diploma processual de 2015 – afirmar que se espera “do juiz, também nesse processo (e talvez mais), uma conduta muito atuante e participativa, uma vez que lhe cabe zelar pelos bons resultados das atividades a seu cargo e sob sua direção”.¹⁴⁹

4.1 Objetivos: satisfação e pacificação social

A execução, como acima se afirmou, deve proporcionar tudo aquilo a que o exequente faça jus, mas, ao mesmo tempo, sem causar prejuízos além do necessário ao executado. Idealmente, como resultado da execução, pretende-se obter os mesmos efeitos que seriam produzidos pelo adimplemento voluntário da obrigação

¹⁴⁸ *Tutela jurisdicional*, p. 159.

¹⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 112.

pelo devedor. Não por outra razão, o cumprimento de obrigação de fazer privilegia a satisfação da obrigação *in natura*, evitando a sua conversão em perdas e danos.

Essa preocupação com a efetividade da execução se dá porque – conforme igualmente também já se disse – de pouco serve ao jurisdicionado um direito reconhecido, se este não é efetivado no mundo dos fatos. Reconhecer um direito e não o efetivar pode significar pouco mais que simplesmente ignorá-lo. O que faz com que a eficiência da via executiva seja necessária para que se obtenha a pacificação social objetivada com a atuação do Estado-juiz.

Oportuno acrescentar que quando se executa título executivo judicial, a ineficiência do cumprimento de sentença não levará “apenas” à frustração do direito do executado. Produzirá também, dependendo da circunstância, a gravíssima consequência da inutilidade prática da própria tutela jurisdicional prestada no processo de conhecimento. Nessa circunstância, toda a atividade jurisdicional realizada para reconhecimento do direito, muitas vezes demorada e custosa – não apenas para as partes, mas também para o Estado – terá produzido mero desperdício de tempo e recursos, sem proporcionar resultados práticos.

Para evitar que isso ocorra, propiciando que a atividade executiva alcance seu objetivo de satisfação, evitando a inutilidade acima mencionada, necessário que venha acompanhada de medidas executivas eficientes, típicas e atípicas, cuja correta aplicação caberá ao juiz realizar.

Afinal, somente quando a execução efetivamente proporcionar ao exequente a satisfação a que faz jus poder-se-á afirmar que a atividade jurisdicional cumpriu a sua função pacificadora, como bem explica Cândido Rangel Dinamarco.¹⁵⁰

¹⁵⁰ “Grande parte dos conflitos que envolvem as pessoas expressam-se pela pretensão de um sujeito ao apossamento de um bem, resistida pelo outro sujeito. Conflitos dessa ordem só estarão eliminados, e talvez pacificados os sujeitos, quando o primeiro obtiver efetivamente o bem a que almeja, ou quando definitivamente ficar declarado que não tem direito a ele. Isso quer dizer que a função estatal pacificadora só se considera cumprida e acabada quando um desses resultados tiver sido obtido. Enquanto perdurar a insatisfação do credor, mesmo tendo sido reconhecido como tal, o conflito permanece e traz em si o coeficiente de desgaste social que o caracteriza, sendo também óbice à felicidade da pessoa. Assumindo a missão de executar julgados e títulos extrajudiciais, ao longo dos tempos o Estado procurou com isso chegar mais perto do exaurimento de seu dever de pacificação social” (*Execução civil*, p. 95).

4.2 A disciplina em separado da execução do título judicial e do título extrajudicial e a adoção das medidas atípicas

O CPC de 2015 optou por manter a disciplina em separado do cumprimento de sentença e da execução de título extrajudicial, tal como estabelecida pela Lei 11.232/2005, que alterou o CPC revogado. Acreditamos não ter sido essa a melhor opção.

Recordemos que a unificação das disciplinas das execuções foi promovida pelo CPC de 1973, tendo-se afirmado na exposição de motivos daquele diploma que se mostrava “aconselhável reunir os títulos executivos judiciais e extrajudiciais”. Disciplinava assim – anteriormente à Lei 11.232/2005 – conjuntamente ambas as execuções, fosse o título judicial ou extrajudicial. Preferíamos essa sistematização.

Foi através da reforma de 2005, por obra da Lei logo acima referida, que se atribuiu nova disciplina à execução do título judicial, dando a ela a denominação de cumprimento de sentença e dedicando-lhe os arts. 475-I a 475-R. Assim, enquanto a execução de título extrajudicial permaneceu regulada no Livro II daquele diploma, a efetivação de direito reconhecido em título judicial passou a ser disciplinada no Livro I. Essa opção, que podia ser justificada por uma situação de conveniência, para facilitar as alterações legislativas em um diploma em vigor, foi mantida no atual diploma.

Discordamos dessa opção porque, seja o título judicial, seja extrajudicial, o que se vai buscar pela via executiva nada mais é que a satisfação do direito do exequente junto ao executado, o que se obtém com a constrição do seu patrimônio ou com outras medidas de execução. Claro que a natureza do título pode provocar algumas peculiaridades no procedimento executivo, por exemplo, nas matérias de defesa que podem ser oferecidas, limitadas no cumprimento de sentença e amplas na execução de título extrajudicial. A distinção justifica-se pelo fato de o título judicial ter se formado em procedimento no qual se deve ter respeitado o contraditório, e, portanto, o executado já teve oportunidade de oferecer suas alegações, o que não ocorreu na formação do título executivo extrajudicial.

Ademais, por não ter sido precedida do processo de conhecimento, é necessário que a execução de título extrajudicial se inicie com a citação do executado. No cumprimento de sentença basta, em princípio, a intimação do executado para cumprir a obrigação, preferencialmente na pessoa do seu advogado. Não custa

ponderar, contudo, que o cumprimento de sentença também exigirá a citação do executado, nas hipóteses previstas no § 1º do art. 515 do CPC, mas não é a regra.

Também se pode encontrar outras diferenças, por verdadeira opção do legislador, como se vê na efetivação de obrigação de pagar quantia certa. No cumprimento de sentença, o prazo para o executado cumprir voluntariamente a obrigação é de 15 dias, sob pena de incidência de multa de 10%, honorários de 10% e constrição de bens; enquanto na execução de título extrajudicial o prazo é bem mais reduzido, de 3 dias, e não há previsão de incidência dessa multa.

Mas ainda que possa haver diferenças, bastava consigná-las no tratamento de cada modalidade, sem que fosse necessário discipliná-las separadamente. Tanto é certo que a proximidade existente entre execução de título judicial e extrajudicial é patente que os arts. 513 e 771 do CPC deixam claro que apesar de o cumprimento de sentença ter as suas próprias regras, aplicam-se a ele, no que couber, as disposições do Livro que regula a execução de título extrajudicial.¹⁵¹

Portanto, na elaboração do Código hoje em vigor, acreditamos que o legislador perdeu a oportunidade de restabelecer a melhor sistematização da matéria, para que as execuções, fossem de títulos judiciais ou extrajudiciais, voltassem a ser disciplinadas juntas, no mesmo Livro II – Do Processo de Execução, tal como fazia o CPC de 1973, antes da minirreforma de 2005.

Até porque muito do que se lê nesse livro de execução aplica-se ao cumprimento de sentença, como ocorre quanto à disciplina da penhora e dos bens penhoráveis, da expropriação de bens, meios de satisfação dos exequentes, entre outros temas, não regulados no Livro I da Parte Especial.

A manutenção dessa disciplina para a execução difere da opção adotada pelo CPC de 2015 quanto à tutela provisória. No CPC de 1973, a antecipação de tutela era

¹⁵¹ Essa situação faz Marcelo Abelha Rodrigues, em *O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva* (parte 2 - continuação), p. 2-3, afirmar a existência de uma relação umbilical entre as duas espécies de execução: “Já dissemos ao tratar do cumprimento de sentença, e, repetimos agora, que o NCPC (Lei 13.105/2015) fez questão de reproduzir os arts. 475-R e 598, ambos do CPC/1973, ou seja, manteve a regra da mão dupla entre as regras do cumprimento de sentença com o processo de execução. Assim, o primeiro dispositivo do Processo de Execução é justamente o art. 771 que assim diz: ‘Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva. Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial.’ A regra da relação umbilical entre os diplomas (cumprimento de sentença e processo de execução) é mais do que uma faculdade ou opção do legislador, mas uma necessidade, pois em ambos há lacunas que só o outro pode suprir com previsibilidade e segurança.”

tratada, especialmente, nos artigos 273 e 461, do Livro I (Do Processo de Conhecimento), enquanto a tutela cautelar era disciplinada no Livro III (Do Processo Cautelar), a partir do art. 796. No CPC de 2015 isso foi revisto, para que ambas passassem a ser tratadas no Livro V da parte geral, a partir do art. 294. Quanto à execução, pensamos que o diploma de 2015 perdeu a oportunidade de seguir esse mesmo caminho. Afinal, se cumprimento de sentença não deixa de ser execução, por que não a disciplinar no Livro II da Parte Especial?

A melhor sistematização aqui apontada evitaria a discussão, a nosso ver injustificada, quanto à possibilidade de as medidas executivas atípicas também serem adotadas na execução de título extrajudicial, uma vez que o art. 139, IV, autoriza a aplicação de tais medidas para assegurar o “cumprimento de ordem judicial”.

Apresentando desde logo a nossa posição, não vemos como sustentar a aplicabilidade das medidas atípicas apenas ao cumprimento de sentença, limitação essa que felizmente não vem prevalecendo em sede doutrinária e jurisprudencial. O Enunciado 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), bem como o Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), defendem acertadamente a possibilidade de adoção das medidas executivas atípicas também na execução de título extrajudicial.¹⁵² Não se trata de posição unânime, todavia, como se vê da opinião manifestada por Araken de Assis, da qual discordamos.¹⁵³

Acompanhando a posição majoritária, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira manifestam-se pelo

¹⁵² FPPC, Enunciado 12: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”. ENFAM, Enunciado 48: “O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais”.

¹⁵³ “Como quer que seja, o objeto do art. 139, IV, torna uma coisa certa: em tese, a regra aplica-se unicamente ao cumprimento de sentença. A previsão legislativa concerne às resoluções do órgão judicial, mandamentais ou não. E avulta que, no Livro II da Parte Especial do CPC, não há qualquer remissão explícita a poderes executórios indeterminados. O máximo a que se pode chegar é a incidência do art. 536, § 1º, por força do art. 771, parágrafo único, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer. Decididamente, não se aplica o art. 139, IV, à pretensão a executar prestação pecuniária fundada em título executivo extrajudicial” (ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 11). p. 129).

cabimento da utilização das medidas atípicas tanto no cumprimento de sentença quanto na execução de título extrajudicial:

O art. 139, IV, CPC, aplica-se a qualquer atividade executiva: a) seja fundada em título executivo judicial (provisória ou definitiva), seja fundada em título executivo extrajudicial; b) seja para efetivar prestação pecuniária, seja para efetivar prestação de fazer, não fazer ou dar coisa, distinta de dinheiro. (...) Já o comando do § 1º do art. 536 se aplica: a) inicialmente, à execução de fazer e não fazer fundada em decisão judicial (provisória ou definitiva); b) por força do § 3º do art. 538, também se aplica ao cumprimento de sentença para entrega de coisa; c) por força do art. 771, parágrafo único, o dispositivo também se aplica à execução para efetivar prestação de fazer, não fazer e entregar coisa distinta de dinheiro fundada em título extrajudicial.¹⁵⁴

Realmente não vemos razão para a execução de título extrajudicial ficar de fora desse movimento em favor da efetividade que se quis implantar com a ampliação da adoção das medidas executivas atípicas, moldadas às características e às necessidades do caso concreto. Até porque os atos de constrição e expropriação de bens levados a efeito na execução de título judicial equivalem àqueles realizados na execução de título extrajudicial.¹⁵⁵

Não nos sensibiliza a interpretação literal do art. 139, IV, do CPC, quando se refere às medidas “necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”. Não cremos que a intenção foi limitá-las ao cumprimento de sentença. Até porque, quando o exequente é citado na execução de título extrajudicial e não cumpre a obrigação no prazo, não indica bens à penhora ou tampouco os apresenta, entre outras condutas, isso não deixa de significar “descumprimento de ordem judicial”, a justificar, também

¹⁵⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, maio 2017. p. 4.

¹⁵⁵ É de mesma opinião André Vasconcellos Roque: “Não existe, portanto, nenhuma regra que se refira explicitamente à possibilidade de utilização de meios atípicos na execução fundada em título extrajudicial. Há que se investigar, dessa maneira, se o silêncio legislativo na matéria deve ser interpretado como efetiva proibição ou simples permissão. Em relação à atipicidade da tutela executiva relativamente às obrigações de fazer, não fazer e de dar coisa, independentemente da previsão genérica do art. 139, IV, do CPC/2015, há que se considerar o princípio da tutela específica na execução, devendo o juiz tomar todas as medidas necessárias para esta finalidade. Dessa forma, ainda que a execução fundada em título extrajudicial deva observar prioritariamente os meios executivos disciplinados nos arts. 806 a 823 do código atual, não se deve descartar a atipicidade em caráter subsidiário, ou seja, quando as providências executivas estabelecidas pelo legislador não se revelarem suficientes para a obtenção da tutela específica ou pelo resultado prático equivalente. Mais complexa é a análise do emprego da tutela executiva atípica quanto às obrigações de natureza pecuniária, uma vez que o art. 139, IV do CPC/2015 – único argumento que pode ser invocado em favor da atipicidade nesta hipótese – não se refere a execução fundada em título extrajudicial. Mesmo assim, não parece existir razão consistente para se afastar a atipicidade dos meios executivos na execução de título extrajudicial de obrigação de pagar quantia certa (ainda que em caráter excepcional, como visto no item 2, *supra*).” (Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV do CPC/2015. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 745).

por mais essa razão, a viabilidade de incidência do referido dispositivo legal logo acima mencionado.

4.3 O juiz diante da resistência ao cumprimento das ordens judiciais

Quando alguém submete um conflito à apreciação do Poder Judiciário, ele próprio e o seu adversário devem estar dispostos a aceitar o comando da decisão que vier a ser proferida. Até porque não têm outra escolha, por ser a imperatividade uma das características da jurisdição. Claro que podem recorrer da decisão, mas esgotados os recursos, com o trânsito em julgado da decisão, o único caminho a seguir será cumpri-la.

De se observar que o não cumprimento espontâneo implicará inclusive majoração do prejuízo, por conta das medidas e dos acréscimos que tal conduta pode legitimar. No caso do cumprimento da obrigação de prestação pecuniária, o não pagamento do valor devido no prazo de 15 dias, a contar da intimação para fazê-lo, provocará a incidência de multa de 10% sobre o valor do débito, além de honorários igualmente de 10%. Incidirá também correção monetária e juros moratórios sobre a importância devida, o que pode provocar aumento considerável no montante total em aberto.

Ademais, o inadimplemento abrirá caminho para expedição do mandado de penhora e avaliação dos bens, ao que se seguirá a expropriação dele. Além da possibilidade de serem adotadas outras medidas executivas, inclusive atípicas, por autorização do artigo 139, IV, do nosso diploma processual.

Esse quadro aponta para a conveniência de a parte, sem outra opção e se tiver condições de adimplir, conformar-se com a sua condição de vencida, cumprir a obrigação e com isso evitar que o prejuízo assuma maior vulto. Mas com frequência não é o que ocorre. Evitar a sujeição ao comando de decisão judicial adversa aparenta, com indesejável frequência, fazer parte das “regras do jogo”.

O que se assiste parece sugerir que a sociedade não está verdadeiramente imbuída da ideia de que decisões judiciais devam ser cumpridas. Ao contrário, as vezes parece que o caminho natural seria o de se furtar ao cumprimento da decisão, impedindo que ela produza os seus regulares efeitos e tenha o seu comando atendido.

Interessante notar que tal postura não se repete, ao menos com a mesma habitualidade, no campo do procedimento arbitral. Até por força da natural irrecorribilidade da sentença arbitral e da circunstância de os árbitros serem

escolhidos pelas próprias partes, preferencialmente entre especialistas no tema em disputa, existe um certo consenso entre os envolvidos que a sentença arbitral deva ser espontaneamente cumprida. Mais que isso, aquele que não cumpre as decisões arbitrais, impondo à parte vencedora a busca da via judicial para promover a execução, é censurado pelos seus pares.

Esse quadro é bem apontado por Carlos Alberto Carmona, ao afirmar que se espera, tendo em vista o relacionamento entre os litigantes, que inclusive viabilizou a solução arbitral em substituição ao processo estatal, “e por força do princípio da boa-fé que deve orientar o comportamento daqueles que escolhem a via alternativa para a solução da controvérsia, que o laudo seja espontaneamente cumprido, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário”.¹⁵⁶

Pois bem. O ideal seria que essa mesma boa-fé apontada pelo jurista se manifestasse também na via judicial, inclusive na seara executiva, o que esvaziaria a discussão sobre a necessidade de se atribuir mais poderes ao juiz em sede de execução, com vistas a promover o cumprimento do direito consagrado no título executivo. O art. 5º. do CPC, inclusive, aponta para esse caminho, quando exige que o comportamento das partes seja pautado pela boa-fé.

Portanto, se é certo que o direito de o executado se defender da pretensão executória que lhe é direcionada é garantia que a Constituição Federal lhe reconhece, não menos verdadeiro que tal circunstância não autoriza que se valha de toda sorte de condutas empregadas com o objetivo de frustrar a atividade executiva. Para mantê-

¹⁵⁶ Complementa o autor o seu pensamento apontando que o cumprimento espontâneo da sentença arbitral dá-se por fatores morais ou pela incidência de outros elementos de pressão, o que torna desnecessária a execução pela via judicial: “Considerando-se que é cada vez mais raro encontrar contratos internacionais que não contenham cláusulas compromissórias, cláusulas essas que, em sua grande maioria, reportam-se a um órgão institucional, emerge da experiência internacional um paulatino aumento do número de laudos cumpridos espontaneamente pelo vencido: o ambiente comercial e industrial, onde a arbitragem viceja, não tolera o inadimplemento, que cria uma atmosfera de perigosa desconfiança em relação à parte que não cumpre os ditames do laudo, especialmente no que se refere às empresas de maior porte e às multinacionais, que se arriscam a perder sua credibilidade. À obrigação moral carreada à parte sucumbente, de cumprir o laudo que lhe é desfavorável, somam-se, portanto, vários outros elementos de pressão, que estão longe de ser qualificados como meramente psicológicos. O primeiro deles pode ser vislumbrado na imagem negativa formada em relação ao inadimplente; o segundo refere-se ao custo e aos riscos do processo estatal de impugnação dos laudos (considerando-se a especialização cada vez maior dos órgãos arbitrais, tende a diminuir o número de decisões estatais que anulam laudos arbitrais); o terceiro concretiza-se nas sanções corporativas (como se vê no Juízo Arbitral da Bolsa de Mercadorias e Futuros, que impede o inadimplente de continuar a atuar no mercado se deixar de cumprir a decisão, o que atinge as raízes de um verdadeiro boicote).” (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 381).

lo confinado dentro dos limites da lealdade processual e da boa-fé, o juiz deve agir e puni-lo por eventual conduta adotada fora deles.

Mas é o já esperado comportamento do executado, de resistência ao cumprimento de ordem judicial, que exige a imposição das medidas executivas, sejam elas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, que se mostrem necessárias para proporcionar o cumprimento da obrigação.

Como já afirmado, o comando judicial descumprido não atinge o seu objetivo e não é capaz de causar repercussões para fora do processo, como legitimamente se espera e se deseja da atividade jurisdicional, para que ela cumpra a sua missão pacificadora. No caso da execução, a necessidade de produção de efeitos externamente ao processo é evidente, pois, como afirma Cândido Dinamarco, “no processo executivo, a tutela só haverá quando o titular do direito tiver obtido o bem desejado”. Conclui logo adiante o autor que é na atribuição de bens e no seu resultado externo, ou seja, “na satisfação da pretensão do exequente, ali sim é que reside a tutela jurisdicional executiva”.¹⁵⁷

Pensamos que a aplicação das medidas executivas atípicas deve observar um movimento de ação e reação. Ou seja, quanto mais resistente for o comportamento do executado em relação às ordens judiciais, no intuito deliberado de se furtar ao cumprimento delas e impedir o bom andamento da execução, igualmente maior será o poder do juiz para aplicar as medidas executivas atípicas e calibrar o seu rigor.

Afinal, ao atuar com firmeza, o juiz nada mais fará senão exercer seus poderes com o propósito de neutralizar ou desincentivar o comportamento indesejável do litigante, agindo assim o magistrado de acordo com o que dele se espera, na qualidade de representante do poder jurisdicional estatal.

No caso específico do cumprimento das ordens judiciais, de se reconhecer que o poder de decidir do juiz estaria substancialmente enfraquecido se fosse ele carecedor de poderes para atribuir efetividade às suas decisões.¹⁵⁸ Precisa, pois,

¹⁵⁷ Tutela jurisdicional, p. 6.

¹⁵⁸ Nesse sentido manifesta-se também Francisco Wildo Lacerda Dantas: “Tampouco seria bastante que o juiz tivesse o poder de decidir, sem que este poder fosse completo, no sentido de tornar efetivo o que havia decidido. Assim, complementam-se os poderes do juiz com o de realizar o direito definido na decisão judicial, o que constitui o momento mais importante do direito correspondente à efetiva prestação jurisdicional, quando, finalmente, o direito se realiza na experiência. Esses poderes existem em todo e qualquer processo ou procedimento, qualquer que seja a sua natureza ou finalidade, em que haja necessidade de se cumprirem, coativa e autoritativamente, as decisões neles proferidas.” (Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 700, p. 35-39, fev. 1994. p. 5 e 6).

atuar para que o comando contido na decisão judicial seja obedecido, para que ela possa cumprir a finalidade para a qual foi proferida.¹⁵⁹

O que está longe de significar que o juiz esteja livre de qualquer sorte de controle ou que possa agir arbitrariamente.¹⁶⁰ O exercício de poderes pelo juiz sofre controle e tem limites,¹⁶¹ que serão adiante melhor apresentados, tal como aqueles impostos pela dignidade da pessoa humana, protegida pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

A adoção dessas medidas executivas rigorosas, por seu turno, não se mostra legítima quando o insucesso da via executiva se deve à impossibilidade de o executado arcar com as suas obrigações e não possuir patrimônio passível de penhora. Até porque, de nada serve impor medidas de coerção se elas não terão capacidade de conduzir o executado a cumprir a obrigação, por não ter ele condições

¹⁵⁹ Marcos Youji Minami oferece as seguintes considerações: “Ao juiz é defeso deixar de julgar alegando não estar convencido da tese vencedora ou não saber qual o direito aplicável ao caso – o que, como visto, é chamado de vedação ao *non liquet* –, mas também a ele não se permite deixar de realizar o comando decisório ou a prestação contida em título executivo extrajudicial afirmando não ser viável sua realização – o que aqui se batiza de vedação ao *non factibile*. Proibir o *non liquet*, mas permitir o *non factibile* seria uma contradição. A proibição do *non factibile* é decorrência lógica do devido processo legal, da própria razão de criação do judiciário encontrando ainda respaldo no princípio do acesso à justiça e da efetividade” (Uma justificativa às medidas executivas atípicas: da vedação ao *non factibile*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 288, fev. 2019. p. 2).

¹⁶⁰ Afirma Luiz Guilherme Marinoni: “Porém, seria absurdo imaginar que não há como controlar a racionalidade das suas decisões, isto é, das suas opções. Como nenhum poder pode restar sem controle, e o controle do poder de execução do juiz é imprescindível para a própria legitimidade do Poder Judiciário e para a noção de participação adequada das partes no processo, é evidente que tal controle – diante da quebra do princípio da tipicidade e da regra da congruência - agora deve ser feito de outra forma, muito mais complexa e sofisticada. Como a concentração dos poderes de execução do juiz exige uma cláusula aberta ao caso concreto, trata-se de exigir uma relação entre o uso do poder e as peculiaridades da situação conflitiva. Esse controle somente pode ser feito mediante uma regra hermenêutica que suponha que há uma cláusula geral legal que deve ser concretizada pelo juiz em face das circunstâncias do caso concreto. Por isso, tal regra hermenêutica, da mesma forma que a cláusula geral executiva, jamais poderá ser definida em abstrato e previamente, pois sempre dependerá da hipótese a ser julgada.” (Controle do poder executivo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, set. 2005. p. 14).

¹⁶¹ Oportunas também as considerações de Daniel Amorim Assumpção Neves: “Há receio por parte da doutrina de que a aplicação do princípio da atipicidade das formas executivas, com a permissão legal de que o juiz se valha de todas as medidas indutivas, coercitivas, sub-rogoratórias e mandamentais para o cumprimento de suas decisões, possa significar uma carta em branco para o juiz, que a partir do dispositivo legal estaria livre para cometer qualquer espécie de arbitrariedade na busca da satisfação do direito exequendo. É imprescindível, portanto, que a novidade consagrada no art. 139, IV, do Novo CPC, não permita tal resultado, havendo no ordenamento jurídico eficazes instrumentos de controle para que isso não ocorra. A necessidade de que a adoção de medidas executivas atípicas, em especial de natureza coercitiva, respeite limites constitucionais, é algo natural e indiscutível. Nada, portanto, próximo do Mercador de Veneza, de Shakespeare, com a retirada do devedor de uma libra de carne do lado esquerdo do peito, como queria Shylock.” (Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 265, p. 107-150, mar. 2017. p. 14).

para tanto. Se assim fosse, tais medidas perderiam sua carga coercitiva, para assumir natureza punitiva, o que não é a intenção do art. 139, IV, do CPC.

4.4 A crise da execução

Frequentemente, a atividade executiva não alcança os resultados pretendidos. Ou porque de fato o executado não dispõe de meios para satisfazer a obrigação a que se comprometeu, ou porque se utiliza com sucesso de estratégias para frustrar as atividades executivas e o direito de o exequente receber o que lhe é devido.

Por essa razão, dentre as Metas Nacionais do Poder Judiciário para 2018, estabelecidas pelo Conselho Nacional da Justiça – CNJ, consta da meta 5 a proposta de impulsionar processos de execução, muitas vezes prejudicados pela dificuldade de localização de bens do executado passíveis de penhora.¹⁶²

Quando o executado, verdadeiramente, não dispõe de condições para honrar suas obrigações, pouco pode ser feito. Aliás, é o próprio Código de Processo Civil que, em seu artigo 921, ao relacionar as diversas hipóteses de suspensão da execução, inclui entre elas a (III) inexistência de bens do executado passíveis de penhora.

Entretanto, situação bastante diferente apresenta-se quando o executado, em condições de honrar as suas obrigações, utiliza-se do processo e de medidas com o intuito manifesto de atrapalhar ou impedir o bom desenvolvimento da atividade executiva. Ou então, quando pratica atos até mesmo fora do processo, mas com o propósito de livrar a si e o seu patrimônio das medidas de execução.

Quando da adoção dessas condutas pelo executado, nosso ordenamento prevê a aplicação de penalidades, tal como se vê do art. 774, que autoriza a fixação de multa de até 20% sobre o valor atualizado em execução. Aliás, pertinente dizer, há uma timidez excessiva dos magistrados na aplicação dessas penalidades. Se de fato utilizadas nas situações previstas, poderiam contribuir com o bom desenvolvimento da execução.

Além das penalidades, quando há indicativos de que o padrão de vida do executado é incompatível com a situação financeira que informa nos autos, fazendo crer que o inadimplemento não decorre da incapacidade econômica de honrar as suas

¹⁶² Relatório metas nacionais do Poder Judiciário 2018, publicação do CNJ disponível em: www.cnj.jus.br/publicacoes. Pesquisa realizada em: 30 jun. 2019.

obrigações, mas sim de uma mera opção de não cumpri-las e frustrar os objetivos da execução, está o juiz autorizado a impor as medidas executivas atípicas destinadas a modificar esse quadro de inadimplemento e promover a satisfação do direito do exequente, consagrado em um título executivo.

Ao agir dessa forma – não de maneira arbitrária, mas dentro dos limites constitucionais e dos parâmetros aplicáveis e que serão adiante melhor expostos – o juiz exercerá seu legítimo e esperado papel de imprimir efetividade à atividade executiva e, de outro lado, de impedir que o executado atue, dentro ou fora dos autos, com o propósito claro de frustrar a satisfação do direito reconhecido.

Para que desempenhe bem esse papel esperado, vemos com bons olhos a ampliação dos poderes do juiz na aplicação das medidas executivas atípicas, vez que é necessário dar-lhe ferramentas para romper essa conduta de inadimplemento do executado.

Nessa análise a respeito da aplicação das referidas medidas, necessário considerar os efeitos que a ineficiência da execução pode causar para fora do processo, influenciando a conduta social. Uma execução que não funciona a contento, que não oferece ferramentas adequadas a levar à satisfação do direito reconhecido no título executivo, pode se apresentar como convite à inadimplência.

Aquele devedor pouco disposto a honrar as suas obrigações, ciente que não terá muito trabalho em postergar o andamento ou até frustrar os objetivos da execução, pode optar pela inadimplência, sabendo que poucas consequências sua atitude poderá lhe provocar. Cria-se aí um verdadeiro círculo vicioso, com a proliferação de demandas executivas que se arrastarão por longo tempo, sem que conduzam à efetiva satisfação do direito em execução, por falta de mecanismos que possam romper esse panorama.

Ao contrário, se o juiz é dotado de poderes suficientes para aplicar medidas que possam invadir a esfera patrimonial e volitiva do executado, forçando-o com medidas duras ao cumprimento da obrigação, tal quadro é tendente a levar o devedor a concluir que cumprir a obrigação lhe é mais conveniente, se de fato ele tiver condições de fazê-lo.

Por isso acreditamos que a ampliação dos poderes do juiz, para garantir a efetividade da execução, pode trazer resultados benéficos não apenas dentro do processo em que o juiz atuou com mais rigor, mas também reflexos para fora do processo, influenciando condutas.

4.4.1 O custo econômico da ineficiência da atividade executiva

A crise da execução civil, com a sua frequente incapacidade de proporcionar a satisfação do direito reconhecido no título executivo, prejudica o acesso do jurisdicionado à ordem jurídica justa. Quando se trata de cumprimento de sentença, o problema assume contornos ainda mais sérios, pois o insucesso da execução muitas vezes faz perder toda a atividade jurisdicional que se realizou na fase de conhecimento.

Nesse caso, além do prejuízo ao exequente, vê-se um duplo prejuízo ao Poder Judiciário no desempenho da sua função: não cumpre o seu papel e ainda vê o trabalho realizado na fase de conhecimento, com empenho de esforço e recursos, maculado pela inutilidade. O quadro se apresenta mais grave por sabermos que o Poder Judiciário não dispõe de recursos ilimitados, muito longe disso.

Ante o insucesso da execução, a tutela será prestada de forma incompleta, uma vez que o direito reconhecido não será efetivado, com os efeitos que deveria produzir para fora do processo, em clara frustração da atividade jurisdicional. Frustração que também se vê na hipótese da insatisfação do direito representado através de título executivo extrajudicial, com a única atenuante que, nesse caso, não resta perdida a atividade realizada em prévio processo de conhecimento. Mas, igualmente, a atividade jurisdicional executiva não se mostrará capaz de satisfazer um direito reconhecido em título.

Ocorre, contudo, que esse quadro de ineficiência causa um impacto ainda mais amplo, que ultrapassa os limites da atuação Poder Judiciário, produzindo consequências negativas para a própria economia do país. Mais uma relevantíssima razão para a execução e sua ineficiência merecerem especial atenção do legislador, da doutrina e da jurisprudência.

Referimo-nos ao fato de, frequentemente, o mau funcionamento do sistema executivo ser apontado como fator que contribui para a redução de crédito disponível no mercado, aumento de juros cobrados nos negócios financeiros e até para desincentivar o investimento nas atividades econômicas e produtivas, com evidentes reflexos negativos na criação de empregos e arrecadação de tributos.¹⁶³

¹⁶³ Oportunas as palavras dos economistas lusitanos Manuel Coutinho Pereira e Lara Wemans, ao comentar o sistema executivo de Portugal: “A capacidade de fazer cumprir uma obrigação com recurso ao sistema judicial é um dos fatores essenciais para o regular funcionamento do mercado,

No Brasil, a preocupação com esses reflexos para a economia levou a Secretaria de Política Econômica, do Ministério da Fazenda, a elaborar e divulgar, em dezembro de 2004, o Estudo “Reformas microeconômicas e crescimento de longo prazo”, em que, entre outros temas, apontava os impactos negativos da morosidade e da ineficiência do Judiciário no crescimento da economia brasileira.¹⁶⁴

Nesse estudo, realizado quando o CPC de 1973 passava pelas chamadas “minirreformas”, dava-se destaque à necessidade de se propor nova disciplina processual à execução, intenção concretizada àquela altura pelas Leis 11.232/2005 e Lei 11.382/2006.

Nessa mesma linha, logo na apresentação do seu trabalho “A Justiça e o Custo Brasil”, o economista Armando Castelar Pinheiro expõe sua preocupação com os impactos econômicos decorrentes do mau funcionamento do Judiciário:

O funcionamento da justiça costumava ser um tema de interesse restrito aos operadores do direito. Atualmente, a justiça passou a ser percebida como um importante item que compõe o chamado Custo Brasil. Como Custo Brasil entende-se o custo adicional de realizar negócios no Brasil em comparação a outros países. O objetivo deste artigo é situar a importância da justiça na determinação do Custo Brasil. Argumenta-se que, no Brasil, há um nível alto de insegurança jurídica e um Judiciário moroso, o que aumenta o risco e os custos das transações econômicas, afetando a competitividade das empresas brasileiras. Como a justiça tende a ser cada vez mais instada a participar da vida econômica do Brasil, aumentar sua eficiência e fortalecer a segurança jurídica são iniciativas cruciais para reduzir o Custo Brasil.¹⁶⁵

Em outro trabalho em que abordaram o mesmo problema, Armando Castelar Pinheiro e Célia Cabral oferecem estudo em que identificam, entre outros fatores, a morosidade do Judiciário como impactando negativamente no desenvolvimento do país e a ineficiência da execução com um dos fatores causadores dos juros elevados praticados no mercado.

É que se lê em trecho da conclusão apresentada:

Descobrimos que a existência de uma boa garantia (por exemplo, empréstimos com hipoteca ou alienação fiduciária) e de uma “proteção” aos credores contra a morosidade judicial (por exemplo, adiantamento sobre contratos de câmbio – ACC) contribui para a redução das taxas de juros

tendo a massificação do recurso ao crédito e ao pagamento diferido aumentado a sua relevância. Com efeito, a eficiência das ações executivas será uma vertente importante dos custos de contexto que as empresas ponderam nas suas decisões de investimento, com impacto no crescimento econômico potencial.” (*Quanto tempo demora a execução de uma dívida no sistema judicial português?* p. 1).

¹⁶⁴ Reformas microeconômicas e crescimento de longo prazo, Ministério da Fazenda, Secretaria de Política Econômica Brasília, dezembro de 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1534972/mod_folder/content/0/Obrigatorios/Reformas_microeconomicas-2004.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 18 nov. 2020.

¹⁶⁵ Estudo disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87823/90744>. Consulta realizada em: 11 fev. 2020.

cobradas pelos bancos. Os direitos dos credores são apenas fragilmente protegidos pelos sistemas legal e judicial no Brasil. A morosidade é um grande problema, com as leis permitindo aos devedores diversas possibilidades de postergar a decisão dos tribunais. Os custos também são uma questão relevante, particularmente para os créditos de baixo valor.¹⁶⁶

Pode-se afirmar, pois, que o funcionamento ineficiente do Poder Judiciário, incluindo-se aí a baixa efetividade da execução civil, impacta negativamente no desenvolvimento econômico de diversas maneiras: desincentiva investimentos e aplicação de capital na atividade produtiva; importa no aumento de preços praticados no mercado, por conta dos riscos potencializados aos negócios; e produz restrição de crédito e aumento de juros, entre outras consequências.¹⁶⁷

Essas análises aqui apresentadas evidenciam que, em sentido contrário, a execução civil eficiente, que proporcione a efetiva satisfação do direito do credor em prazo razoável, pode influenciar a redução dos juros praticados no mercado e causar algum impacto positivo no crescimento da economia.

Para comprovar o que se afirma, convém apontar o “Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política econômica”, datado de 15 de maio de 2011 e que sintetiza as exigências da União Europeia para prestar assistência financeira à Portugal. Lê-se do referido documento, entre outras recomendações, a determinação de aprimorar o funcionamento do sistema judicial, para que a economia possa funcionar de forma correta e justa.¹⁶⁸

O que demonstra que os impactos do mau funcionamento do Judiciário sobre a economia é um problema que se espalha por outras regiões do mundo, longe de ser um mal exclusivamente brasileiro.

¹⁶⁶ PINHEIRO Armando Castelar; CABRAL, Célia. *Mercado de crédito no Brasil: o papel do Judiciário e de outras instituições*. Rio de Janeiro, 1998. Ensaio BNDES 9. p. 66. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/11925/1/Mercado%20de%20Cr%c3%a9dito%20no%20Brasil_o%20Papel%20do%20Judici%c3%a1rio_P_BD.pdf. Acesso em: 12.01.2021.

¹⁶⁷ Parte do que aqui se afirma é reconhecido também por Armando Castelar Pinheiro quando afirma que “os problemas com que se defronta o Judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento e em transição prejudica o seu desempenho econômico de várias maneiras: estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala; desencoraja investimentos e a utilização do capital disponível, distorce o sistema de preços, ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios, e diminui a qualidade da política econômica” (Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 23, jan.-mar. 2004. p. 4).

¹⁶⁸ Disponível em: https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexosmou_pt.pdf. Acesso em: 24.11.2020.

5 MEDIDAS EXECUTIVAS

Para que a execução possa proporcionar a satisfação do direito reconhecido em um título executivo, judicial ou extrajudicial, necessária a adoção de medidas executivas adequadas e capazes de promover a concretização desse objetivo.¹⁶⁹ Ao aplicar tais medidas, o Estado-juiz não age apenas no interesse do exequente, que quer ver seu direito satisfeito. Age também em seu interesse próprio, de manter a autoridade da atividade jurisdicional e cumprir sua missão jurisdicional.

Entre as medidas aplicáveis em sede executiva, temos aquelas denominadas típicas, pois que expressamente previstas na disciplina do processo de execução; e outras denominadas atípicas, que não estão previstas na lei e devem ser definidas e moldadas pelo juiz, de acordo com as peculiaridades do caso. É a aplicação destas últimas, autorizada, entre outros, pelos arts. 139, IV, ou 536, § 1º, do CPC, que se mostra mais delicada e toma mais a nossa atenção na presente tese.

Como bem afirma Marcos Youji Minami,

o princípio da efetividade não estabelece expressamente se uma execução deve ser típica ou atípica. Não obstante isso, se, no caso concreto, o procedimento previsto não é suficiente para a realização do direito, a partir da ponderação dos bens jurídicos colidentes, ele deve abrir espaço aos meios atípicos de efetivação. Evita-se, assim, o *non factibile*.¹⁷⁰

Sobre ambas, típicas e atípicas, dedicaremos as próximas linhas, procurando inclusive entender como o tema foi evoluindo em nosso sistema nas últimas décadas.

5.1 Considerações iniciais

O sucesso da execução, atingido quando se obtém a efetivação de um direito reconhecido em um título executivo, passa pela adequação das medidas executivas adotadas. É previsível que não se possa contar com a colaboração do executado nessa atividade, até porque, se ele tivesse a intenção de adimplir, nem mesmo necessária seria a execução. Por consequência, o resultado dependerá da aplicação de providências que se mostrem eficientes frente às peculiaridades do caso concreto.

¹⁶⁹ Oportuna a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “Se o Estado se limitasse a estabelecer preceitos normativos (abstratos ou mesmo concretos) para reger as relações intersubjetivas, certamente restariam muitos casos em que sua vontade não ficaria satisfeita. A experiência demonstra que, muitas vezes, nem toda a forte motivação posta pelo ordenamento jurídico leva ao cumprimento (voluntário) das obrigações. Por isso, o próprio ordenamento dispõe de uma série de medidas, através das quais o Estado invade a esfera de autonomia do indivíduo, para propiciar ao titular do direito subjetivo, à custa dele, o bem que o direito material lhe atribui. A essa série de medidas, a doutrina reserva o nome de sanção” (*Execução civil*, p. 236).

¹⁷⁰ Uma justificativa às medidas executivas atípicas: da vedação ao *non factibile*, p. 8.

Como repetidamente já afirmamos, com vistas a garantir que a execução seja efetiva e atinja seus objetivos, os sistemas processuais preveem medidas que podem ser impostas em desfavor do devedor ou sobre o seu patrimônio. A existência dessas medidas e a forma pela qual são disciplinadas e aplicadas em um ordenamento jurídico permite classificá-lo dentro de duas categorias: de um lado, o sistema da tipicidade das medidas executivas; de outro, o da atipicidade dessas medidas.

As medidas típicas, cuja incidência já vem expressamente prevista e autorizada na lei processual, serão aplicadas em situações preestabelecidas, de acordo com procedimento e forma igualmente regulados em lei. As denominadas medidas executivas atípicas, autorizadas pelo art. 139, IV, do CPC – que não são propriamente novidades em nosso sistema, mas eram admitidas em certos casos – serão adotadas se as típicas se mostrarem ineficientes, respeitando-se parâmetros que procuraremos aqui definir.

No passado, prevalecia fortemente no Brasil o sistema da tipicidade das medidas, uma vez que os caminhos a serem percorridos na execução, até que se obtivesse a satisfação do direito do exequente, eram bem delineados pela Lei. Nesse sistema, o magistrado ficava limitado à adoção daquelas medidas executivas previstas na norma jurídica, carecendo, pois, de poderes para impor outras que, embora pudessem se apresentar adequadas e eficazes, não estavam previstas ou autorizadas pela legislação processual para aquela hipótese.

No sistema típico, em que a esfera jurídica do executado somente poderá ser atingida por medidas executivas taxativamente previstas em lei, garante-se previsibilidade e segurança à execução. Afinal, sabem as partes quais medidas e em quais momentos serão adotadas. Por outro lado, embora a previsibilidade e a segurança sejam vantagens que mereçam ser exaltadas, certo é que esse sistema pode pecar pela falta de efetividade e adequação. Isso se diz porque, ao limitar o juiz à aplicação apenas das medidas preestabelecidas, impede-se que ele imponha aquelas que, diante das particularidades do caso e das partes, do comportamento delas e das prestações envolvidas, mostrem-se mais adequadas e eficientes para levar ao cumprimento da obrigação.

Como consequência, diante da constatação de que esse sistema de medidas típicas, embora preserve segurança jurídica e previsibilidade, pode falhar em termos de efetividade, ganhou terreno em nosso direito o sistema atípico, cuja característica predominante é a atribuição de poderes ao juiz para que possa impor as medidas que

repute adequadas ao caso concreto, ainda que não previstas em lei. Nesse sentido, o juiz passa a ter liberdade para moldar a medida executiva a ser aplicada às características do caso concreto. Ainda que haja prejuízo para a segurança-previsibilidade, o ganho em adequação-efetividade é manifesto.

Por essa razão, correto afirmar que abandonamos atualmente no Brasil o sistema eminentemente típico e migramos para o sistema misto. Trata-se de movimento em direção à atipicidade, que se deu, primeiramente, quanto às obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, mas que passou a alcançar todas as modalidades de execução, admitindo-se hoje a aplicação de medidas executivas atípicas inclusive para as execuções de obrigação de prestação pecuniária, nos termos da parte final do art. 139, inciso IV, do CPC. Claro é que as medidas típicas não foram extirpadas do nosso sistema, mas convivem harmonicamente com os artigos 139, IV, e 536, § 1º, do diploma processual.¹⁷¹

Pois então, se a utilização das medidas atípicas não é novidade, qual a razão de tanta polêmica gravitando em torno da sua aplicação? Boa parte decorre da circunstância de tais medidas terem passado a ser admitidas, segundo inovação trazida pelo CPC/15, também na execução de obrigação de pagar, que tradicionalmente se realizava dentro de uma moldura bem definida, via incidência de medidas tipificadas.

Alterando esse quadro, o art. 139, IV, do CPC trouxe um verdadeiro poder geral de efetivação, a ser utilizado indistintamente em todas as modalidades de execução.¹⁷² Natural que, ao menos de início e até que parâmetros e requisitos sejam bem delineados – o que a lei não faz –, surjam dúvidas e debates inflamados em torno das medidas que podem ser adotadas e em quais condições fazê-lo. Tanto isso é

¹⁷¹ Sobre o tema, de se destacar o Enunciado 48 da ENFAM: “O art. 139, IV, do CPC 2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais”.

¹⁷² A propósito dessa inovação trazida pelo atual art. 139, IV, do CPC, Alexandre Freitas Câmara, oferece o seguinte comentário: “O art. 139, IV, do CPC de 2015 já foi descrito como responsável por uma ‘revolução silenciosa’ da execução civil brasileira. Afinal, ele prevê uma ampliação do campo de incidência da cláusula geral de atipicidade dos meios executivos – que já estava prevista no art. 461 do CPC de 1973 desde a entrada em vigor da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou a redação do aludido art. 461 – permitindo seu emprego também nos procedimentos executivos que tenham por objeto o cumprimento de obrigações pecuniárias. Por força do inciso IV do art. 139 do CPC, então, é possível o emprego, no procedimento destinado ao cumprimento de decisões judiciais que reconheçam a exigibilidade de obrigações de qualquer natureza, de medidas executivas que não estão previstas em lei” (O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. *Revista Diálogos*, Juazeiro do Norte, v. 2, n. 1, 2016. p. 86).

verdade que, presentemente, processa-se perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.941, que versa, entre outros, justamente sobre o art. 139, IV, do CPC.

Além do mais, a pretexto da aplicação dessa cláusula geral de efetivação referida, passou-se a noticiar na imprensa especializada, e também naquela destinada ao público em geral, a fixação de algumas medidas bastante duras em face do executado que se opõe à pretensão executória, parte delas de cabimento, adequação e constitucionalidade controvertidos.

Por essa razão, a definição de parâmetros e requisitos para imposição das medidas executivas atípicas é tarefa de elevada relevância e da qual tentaremos nos desincumbir ao longo da presente tese, culminando com sugestões de alteração de lei, o que entendemos conveniente para que a aplicação delas seja mais segura e previsível.

5.2 Execução por sub-rogação e execução por coerção

Tomando como premissa a ideia de que a execução tem por objetivo satisfazer o direito consagrado em um título executivo, possível classificar a execução levando em consideração o modo pelo qual as medidas executivas incidem sobre o devedor e sobre o seu patrimônio, para que esse propósito seja atingido. Sob esse critério, adequado classificar a execução em duas grandes categorias: de um lado, tem-se a execução por sub-rogação; de outro, a execução por coerção.

Em apertada síntese, na execução por sub-rogação compete ao juiz impor medidas que substituam as atividades de adimplemento que deveriam ser praticadas pelo devedor para cumprir a sua obrigação. Essa modalidade é conhecida também por execução direta, pois leva à satisfação da obrigação.

De outro lado, na execução por coerção, o juiz emprega medidas que têm por objetivo compelir o devedor a satisfazer o direito do exequente. Assim, não será o juiz que substituirá a atuação do devedor, mas ele aplicará as medidas que possam se mostrar adequadas a “convencer” o executado que lhe é mais vantajoso, ou menos danoso, cumprir a obrigação a que se comprometeu. Por esse motivo, essa forma é conhecida também por execução indireta.

Não é demais observar, ainda, que é justamente a resistência que o executado impõe à satisfação do direito reconhecido no título que justifica o uso dessa

força pelo juiz, com vistas a promover a prestação jurisdicional efetiva, de forma completa, como é dever do Estado propiciar.

5.2.1 Execução por sub-rogação

Conforme acima se afirmou, a execução por sub-rogação caracteriza-se pela circunstância de as medidas impostas pelo juiz substituírem aquelas que deveriam ser praticadas pelo devedor para promover a satisfação do direito do credor. Dessa forma, ainda que o devedor não pratique qualquer ato com o propósito de adimplir, esse resultado será alcançado por força de providência adotada por determinação judicial, mesmo que sem a colaboração do executado.

É o que se dá, por exemplo, quando na execução de prestação pecuniária, o executado deixa de efetuar o pagamento do valor constante do título executivo judicial em 15 dias, ou não o faz em 3 dias, na hipótese de execução de título extrajudicial. Nesses casos, sofrerá penhora dos seus bens, que serão avaliados e posteriormente adjudicados ou alienados. Assim, quer seja com o recebimento do próprio bem constricto, quer pelo percebimento do produto obtido com a alienação, o exequente terá o seu crédito satisfeito, mesmo que o devedor nada faça para que isso ocorra. De típica execução por sub-rogação se trata.

O mesmo ocorre na execução para entrega de coisa, quando o executado se recusa a realizar tal entrega. Como consequência da resistência, poderá o juiz determinar a busca e apreensão do bem, para entrega ao exequente, o que ocorrerá sem qualquer contribuição do executado.

Por oportuno, importante observar que embora seja característica da execução por sub-rogação que a satisfação do direito do exequente se concretize sem que o executado atue com esse propósito, eventual colaboração deste não desnatura, por si só, essa modalidade de execução. Ora, não é porque o executado indica bens do seu patrimônio que sejam passíveis de penhora, ou informa onde se encontra o bem móvel a ser entregue, por exemplo, que se deixa de ter uma execução por sub-rogação. Importa, para a classificação da execução, que a satisfação do direito do exequente, nesses casos, possa se dar sem a colaboração do executado, ainda que isso dificulte ou retarde o seu desfecho.

A execução por sub-rogação pode ser subdividida em algumas categorias. Discorrendo sobre o tema, Araken de Assis identifica três meios executórios que

independem da participação do executado, por isso tidos por sub-rogatórios. São eles o a) meio do desapossamento; b) meio da transformação e c) meio da expropriação.¹⁷³

No desapossamento, a atividade consiste em entregar a coisa devida ao exequente. Na hipótese de se tratar de coisa móvel, realiza-se a sua busca e apreensão. Se imóvel, faz-se a emissão do exequente na sua posse, conforme previsão do art. 806 do diploma processual.

Na transformação, o meio executório adquire maior grau de complexidade que o desapossamento, uma vez que se invade a esfera patrimonial do executado para que algo seja feito por um terceiro, às expensas daquele, segundo previsão do art. 817 do CPC.

Finalmente, o meio da expropriação consiste na invasão do patrimônio do devedor, dentro do limite do valor da dívida, para que, penhorado e avaliado o bem, o pagamento do exequente se dê através do recebimento da própria coisa constrita ou com o produto que se obtiver com a alienação desse bem.

Em qualquer desses casos, pois, a efetivação do direito se obtém mesmo que não haja colaboração de parte do executado. Traço característico, conforme acima se afirmou, da execução por sub-rogação, também conhecida por execução direta.

Mas é claro que a atividade executiva não pode se restringir às medidas de sub-rogação, que, embora funcionem adequadamente em muitas circunstâncias, em outras podem se mostrar ineficientes. O que poderá tornar necessária a adoção das medidas de coerção, como a seguir se vê.¹⁷⁴

5.2.2 Execução por coerção

A execução por coerção caracteriza-se pela imposição de medidas sobre o executado que tenham a capacidade de “convencê-lo” a cumprir a sua obrigação. No passado, tais medidas consistiam no emprego da força sobre a própria pessoa do devedor, com a possibilidade de adoção de providências vexatórias e até cruéis,

¹⁷³ *Manual da execução*, p. 193 e ss.

¹⁷⁴ “Como é óbvio, tal correlação não esconde apenas uma opção pela incoercibilidade das obrigações infungíveis, mas também a ideologia da intangibilidade da vontade humana. Não há dúvida de que a restrição da atividade executiva aos meios de sub-rogação está comprometida com as doutrinas que inspiraram o *Code Napoléon*, pelo qual “toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor” (art. 1.142), e principalmente com o dogma de que a coerção das obrigações infungíveis constitui *um atentado contra a liberdade dos homens*.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz, p. 3).

inclusive sobre o próprio corpo do inadimplente. O que, por certo, o direito atual não mais tolera.

Nessa forma de execução, serão adotadas medidas que incidirão sobre a pessoa ou o patrimônio do devedor, com o objetivo de conduzi-lo a satisfazer o direito do exequente.¹⁷⁵ Essas medidas coercitivas não proporcionam diretamente a satisfação do direito deste, mas incidem sobre a vontade do executado. Justamente porque não proporciona a satisfação do direito, a modalidade é conhecida como execução indireta.¹⁷⁶

Nas obrigações infungíveis, em que em princípio a obrigação tem que ser cumprida pessoalmente pelo próprio devedor, a adoção de medidas coercitivas é especialmente indicada como meio de convencimento do devedor para que cumpra a obrigação. Nessas obrigações referidas, as medidas sub-rogatórias são, no mais das vezes, inadequadas, ao menos para proporcionar o adimplemento da obrigação, tal como originalmente ajustada.¹⁷⁷

E aí justamente reside a relevância das denominadas medidas de coerção. Como em diversas situações a aplicação de medidas sub-rogatórias não se mostra suficiente, vedar a adoção dessas de cunho coercitivo implicaria relegar diversas pretensões executórias ao desabrigo da efetividade plena.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Sobre a execução indireta, Luiz Guilherme Marinoni explica: “É dita indireta porque não conduz diretamente à tutela do direito, limitando-se a incidir sobre a vontade do réu para que a tutela do direito seja prestada.” (As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação de tutela jurisdicional efetiva, p. 21).

¹⁷⁶ Francisco Emilio Baleotti expõe de forma bastante clara a distinção entre meio de coerção e meio de sub-rogação. Razão pela qual, apesar de se tratar de trabalho elaborado na vigência do diploma processual anterior – o que explica a referência ao art. 461 – acreditamos útil aqui reproduzi-lo: “O modelo executivo brasileiro funda-se na adoção dos *meios executivos de coerção patrimonial e pessoal e meios executivos de sub-rogação*. Os primeiros característicos das obrigações de fazer e não fazer; já as obrigações de dar (coisa certa ou incerta) e as obrigações de pagar quantia (com as exceções cabentes às execuções de obrigações alimentares e contra a Fazenda Pública) seriam executadas através dos meios de sub-rogação. Ainda no que tange às obrigações de dar coisa não se afasta delas a sua execução segundo meios de coerção (art. 461-A, § 3.º, do CPC, entretanto aqui estes seriam meios subsidiários, estando o juiz livre para utilizá-los constatando que, na hipótese de ineficiência dos meios sub-rogatórios, estes seriam mais efetivos” (Extensão dos poderes do juiz na execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 199, set. 2011. p. 4).

¹⁷⁷ Nesse mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni: “A coerção indireta é fundamental em relação às obrigações infungíveis, uma vez que, em relação a elas, a execução direta não possui efetividade. Nada impede, porém, como já foi amplamente demonstrado, que a multa possa ser utilizada diante de obrigações fungíveis” (As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação de tutela jurisdicional efetiva, p. 21).

¹⁷⁸ A mesma observação é feita por Francisco Carlos Duarte em trecho que cita a clássica afirmação de Chiovenda, sobre o objeto da execução: “Nenhum ordenamento jurídico pode prescindir da técnica das medidas coercitivas civis para tornar a tutela jurisdicional efetiva, principalmente quando haja necessidade de garantir-se ao titular do direito *‘per quanto possibile tutto quello e proprio quello che há diritto di conseguire in base ala legge sostanziale’*” (Medidas coercitivas civis e efetividade da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 70, abr.-jun. 1993. p. 10).

A constatação acima referida, de outra parte, não autoriza concluir, *a contrario sensu*, que as medidas coercitivas sejam inadequadas ao cumprimento das demais obrigações. Nestas outras, a adoção dessas medidas pode ser desnecessária em diversos casos, mas é igualmente cabível quando se mostrar adequada.

Na vigência do CPC de 1973, a utilização de meios coercitivos era perfeitamente admissível em obrigações diferentes das de pagar dinheiro, e quanto a elas foi mantida tal possibilidade. Mas novidade relevante trazida pelo CPC de 2015 foi justamente permitir a adoção dessas medidas também na execução de obrigação pecuniária.¹⁷⁹

Ainda sobre os meios coercitivos de execução, oportuno mencionar a sua tradicional classificação em duas categorias, quais sejam coerção patrimonial de um lado, e coerção pessoal, de outro. Sobre o tema, convém trazer posição sustentada por Alexandre Freitas Câmara, ao afirmar que por força do princípio da patrimonialidade da execução, as medidas a serem aplicadas necessariamente poderiam recair, apenas e tão somente, sobre o patrimônio do devedor, e nunca sobre a sua pessoa.¹⁸⁰

Pensamos, contudo, que a adoção de medidas coercitivas de cunho pessoal, que obviamente teriam que respeitar os limites constitucionais e legais, e os parâmetros que mais adiante pretendemos fixar, não seria por si só incompatível com essa concepção patrimonial da execução. Afinal, mesmo nesse caso, o executado não pagará o quanto deve com o seu corpo, mas o cumprimento da obrigação continuará incidindo e dependente do seu patrimônio. Tais medidas servirão, isso sim, para pressionar o executado a apresentar os seus bens ou adimplir, e não para substituir o adimplemento, por óbvio.¹⁸¹

¹⁷⁹ Também pensa dessa forma Alexandre Freitas Câmara: “Já a execução por coerção – também chamada execução indireta – consiste no emprego de mecanismos destinados a compelir o próprio devedor a praticar os atos necessários à satisfação do direito do exequente. É o que se tem, por exemplo, no caso de prisão civil do devedor inescusável de alimentos ou na fixação de multa pelo atraso no cumprimento de obrigação (astreinte). Tradicionalmente, os meios coercitivos eram empregados no direito brasileiro para a execução de quaisquer obrigações, menos as pecuniárias (com a ressalva da prisão do devedor de alimentos). A partir da entrada em vigor do CPC de 2015, porém, passou a ser possível também o emprego da execução indireta quando se trate de qualquer obrigação de pagar dinheiro reconhecida em decisão judicial.” (O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC, p. 87).

¹⁸⁰ “E essas medidas, coercitivas ou sub-rogatórias, devem, necessariamente, ter caráter patrimonial, sob pena de violar-se o princípio da patrimonialidade da execução, criando-se uma responsabilidade não patrimonial onde só se admite que o executado responda com seus bens.” (O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC, p. 91).

¹⁸¹ Igual opinião externa Daniel Amorim Assumpção Neves, in Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do NCPC, p. 6: “Nesse sentido, é

Pensa da mesma forma a Ministra Nancy Andrighi, que, na qualidade de Relatora do Recurso Especial n. 1.788.950/MT, forneceu explicação semelhante àquela que acima expusemos:

Tive a oportunidade de esclarecer, quando do julgamento do RHC 99.606/SP (3ª Turma, DJe 20/11/2018) que, como obstáculo à adoção dos meios atípicos e coercitivos indiretos na exequibilidade de obrigações de pagar quantia, parcela respeitável da doutrina aponta como óbice uma possível violação ao princípio da patrimonialidade da execução. Todavia, não se pode confundir a natureza jurídica das medidas de coerção psicológica, que são apenas medidas executivas indiretas, com sanções civis de natureza material, essas sim capazes de ofender a garantia da patrimonialidade, por configurarem punições em face do não pagamento da dívida. A diferença mais notável entre os dois institutos acima enunciados é a de que, na execução de caráter pessoal e punitivo, as medidas executivas sobre o corpo ou a liberdade do executado tem como característica substituírem a dívida patrimonial inadimplida, nela sub-rogando-se, circunstância que não se verifica quando se trata da adoção de meios de execução indiretos.¹⁸²

Nem mesmo se pode afirmar que a utilização dos meios de coerção pessoal seja novidade entre nós. Basta pensarmos na possibilidade de prisão do devedor de alimentos, nítida espécie de coerção que incide sobre a pessoa do devedor. Claro que nesse caso tem-se uma situação especial, de exceção expressamente autorizada pela Constituição Federal, à vista da importância do direito a ser atendido, para preservar a própria sobrevivência do credor. Mas não deixa de ser um bom exemplo de coerção pessoal admitida entre nós, configurando verdadeira medida executiva típica a ser empregada na execução de alimentos. Nesta, o executado será citado para, em três dias, pagar o valor devido, comprovar que já o pagou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Se não pagar e tampouco for aceita a justificativa apresentada para o inadimplemento, aí sim o juiz decretará a prisão do executado.

De se realçar, pois, porque pertinente para o desenvolvimento das ideias aqui apresentadas, que a prisão terá cabimento apenas se o devedor ostentar condições

importante registrar que a adoção de medidas executivas coercitivas que recaiam sobre a pessoa do executado não significa que seu corpo passa a responder por suas dívidas, o que, obviamente, seria um atentado civilizatório. São apenas medidas executivas que pressionam psicologicamente o devedor para que esse se convença de que o melhor a fazer é cumprir voluntariamente a obrigação. Mostra-se óbvio que, como em qualquer forma de execução indireta, não são as medidas executivas que geram a satisfação do direito, mas sim a vontade, ainda que não espontânea, do executado em cumprir sua obrigação. [...] Significa dizer que o princípio da patrimonialidade, consagrado em lei, não é violado com a adoção das medidas de execução coercitiva que recaem sobre o corpo do devedor. Afinal, mesmo nesse caso o cumprimento da obrigação dependerá da vontade do devedor de dispor de seu patrimônio, não servindo a medida executiva como forma de satisfação da obrigação, mas como forma de pressionar psicologicamente o devedor a cumpri-la voluntariamente.

¹⁸² STJ, Recurso especial n. 1.788.950-MT, 3ª. Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 26/04/2019

de adimplir, mas optar por não o fazer. Portanto, não deverá ser decretada se for considerada justa a razão de inadimplir.

Tanto isso é verdade que a Constituição Federal, ao autorizar a prisão nessa hipótese, exige que se trate de “inadimplemento involuntário e inescusável”, desautorizando com isso a prisão daquele que não quita a obrigação por impossibilidade de pagar.

Deixando de lado a hipótese excepcional acima mencionada, justificada pela alta relevância do bem em tutela, certo é que o juiz, ao aplicar as medidas coercitivas, deve dosar o seu rigor às necessidades do caso concreto. Falando de forma mais direta, deve evitar a aplicação de medida coercitiva altamente gravosa se perceber que outra, menos prejudicial ao executado, será suficiente para levar ao adimplemento da obrigação. Assim agindo, observará, ao mesmo tempo, o princípio da máxima efetividade e o princípio da menor onerosidade da execução.

Finalmente, necessário acrescentar que o juiz, atuando para garantir efetividade à execução, poderá inclusive cumular medidas coercitivas, caso tal providência se mostre necessária para que se obtenha a efetivação de um direito reconhecido em título executivo, conforme mais adiante desenvolveremos.

5.3 Medidas executivas típicas

Como já tivemos oportunidade de afirmar, a execução pode se realizar através da aplicação de medidas executivas expressamente previstas no diploma processual. Este inclusive define, em certos casos, as condições, o momento e em que ordem tais medidas deverão incidir. Nesse contexto, saberão os litigantes de antemão quais medidas serão aplicadas em resposta à postura ou ao inadimplemento do executado. Mais ainda, o próprio executado saberá quais serão as consequências das suas condutas.

Ora, ao se prever a realização da execução exclusivamente através da adoção de medidas típicas, a atuação do juiz certamente sofre uma restrição maior, já que não poderá agir fora dos rígidos limites expressamente definidos em lei. Trata-se de opção que se coaduna com uma concepção mais liberal do processo.¹⁸³

¹⁸³ Sobre as medidas executivas, Luiz Guilherme Marinoni afirma que o princípio da tipicidade das formas executivas, outrora visto como garantia da liberdade dos cidadãos contra a possibilidade de arbítrio judicial, é agora pensado como obstáculo à efetiva tutela do direito (As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva, p. 10).

Não há dúvida que esse sistema garante maior previsibilidade e segurança à demanda executiva, diante da facilidade de se antever as medidas a serem aplicadas em cada circunstância. Adotando-se apenas essas medidas típicas, nas situações para as quais estão previstas, as partes não serão surpreendidas e conhecerão os próximos passos, segundo os quais a execução se desenvolverá.

Por força da previsibilidade e da segurança proporcionadas pela utilização das medidas tipificadas – vantagens nada desprezíveis – tem-se entendido que as atípicas devem ficar reservadas para situações em que as primeiras não se mostrarem adequadas ou eficientes, conforme mais adiante procuraremos demonstrar.

Interessante ainda notar que certa medida pode ser típica para uma modalidade de execução e, ao mesmo tempo, atípica quando utilizada em outra. Tome-se, para ilustrar o quanto aqui se afirma, o caso das *astreintes*. São elas claramente típicas na execução de obrigação de fazer, mas atípicas na execução de obrigação de prestação pecuniária.¹⁸⁴ O que nos recomenda abordar tais medidas sob a perspectiva das diversas espécies de execução, o que a seguir faremos.

5.3.1 Medidas típicas na execução de obrigação pecuniária

A execução de obrigação de pagar sempre se realizou, tradicionalmente, através da adoção de medidas executivas expressamente previstas no nosso ordenamento processual. E preferencialmente ainda é assim.

No cumprimento de sentença de obrigação de prestação pecuniária, o executado é intimado, quando possível através do seu advogado, para pagar o valor que deve, no prazo de 15 dias. Se não o fizer, ficará sujeito à penhora e à avaliação dos seus bens, que serão posteriormente objetos de adjudicação pelo exequente ou de alienação, e incidirão multa de 10% sobre o total devido e honorários advocatícios

¹⁸⁴ No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: “Em razão da pluralidade de normas que tratam do tema, ora de forma expressa e outras de forma indireta, pode se concluir que para a execução das obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa, a multa é medida coercitiva típica, enquanto que para a execução de obrigação pecuniária trata-se de medida coercitiva atípica. Seja como for, cabível em execuções de qualquer espécie de obrigação. A distinção é importante porque, sendo as *astreintes* uma medida coercitiva atípica na execução da obrigação de pagar quantia certa, sua aplicação dependerá da demonstração de que binômio penhora-expropriação não é adequado para a satisfação do direito do exequente no caso concreto. Já na execução das demais espécies de obrigação, por se tratar de medida coercitiva típica, admite-se sua aplicação em qualquer circunstância, inclusive como primeira medida executiva a ser adotada pelo juiz na busca da satisfação do direito exequendo” (Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, no novo CPC, p. 21).

também de 10% para a fase de execução, ainda que a sentença já contemplasse honorários para a fase de conhecimento.

A incidência da referida multa é medida típica de natureza coercitiva que tem lugar quando não houver o cumprimento da obrigação no prazo de 15 dias, a contar da intimação do executado para pagar. Soma-se a ela a constrição do patrimônio do executado, que se levará a termo diante da inocorrência do adimplemento no prazo citado, com avaliação do mesmo e posterior adjudicação ou alienação, medidas que o oferecimento da impugnação ao cumprimento de sentença não evitará, salvo se lhe for atribuído o efeito de suspender o procedimento executivo.

Além do mais, assiste ao exequente o direito de levar a sentença a protesto, após transcorrido o prazo de 15 dias sem que o executado efetue o pagamento, medida essa que tem por objetivo constranger este a último a pagar, para evitar os prejuízos que possam decorrer desse ato de publicidade. Aliás, não se trata de medida típica exclusiva do cumprimento de obrigação de prestação pecuniária, mas medida coercitiva aplicável também às demais modalidades de execução. Tanto que prevista no capítulo das “Disposições gerais”, do título “Do cumprimento da sentença”.

Na execução de título extrajudicial, por seu turno, o executado é citado para pagar o valor devido no prazo de 3 dias, sob pena de realização de penhora e avaliação sobre bens integrantes do seu patrimônio, que serão, da mesma forma, adjudicados pelo exequente ou alienados a terceiros interessados. Nessa execução de título extrajudicial ainda terá o executado, dentro do prazo de 15 dias para oposição dos embargos à execução, a oportunidade de reconhecer o débito em cobrança, depositar 30% do valor total atualizado e requerer o pagamento do restante em até 6 parcelas mensais, evitando com tal conduta a continuidade das medidas de execução.

Como acima se afirmou, a realização da execução por meio da adoção dessas medidas expressamente previstas, passo a passo, garante alta dose de previsibilidade ao processo. Mas nem sempre serve para lhe garantir efetividade. Afinal, em ambas as situações acima narradas, em não havendo disposição do executado em adimplir, o bom desenvolvimento da execução fica dependente da localização de bens do executado passíveis de penhora, providência nem sempre exitosa.

Tais bens poderão ser indicados pelo exequente já no seu pedido inicial de execução, como se lê do art. 798, inciso II, c, do CPC, ou localizados pelo oficial de justiça, no momento de cumprimento do mandado. Sem dizer da possibilidade de o

juiz determinar que o executado indique bens penhoráveis, sob pena de incidência de multa, conforme previsão do art. 774, V, do mesmo diploma.

De qualquer forma, a não localização de bens que possam se sujeitar à penhora provoca como consequência, em princípio, a suspensão da execução, nos termos do artigo 921, inciso III.

Convém observar que apesar de existir na doutrina e na jurisprudência um certo receio de se aplicar medidas coercitivas na execução de obrigação pecuniária, algumas delas aparecem inclusive tipificadas em lei. É o que se vê das medidas típicas consistentes no protesto de sentença ou na inscrição do devedor no cadastro de inadimplentes, tal como autorizam os arts. 517 e 782, § 3º, do CPC, entre outras.

De qualquer forma, é justamente para evitar a indesejável frustração da legítima pretensão executiva que o nosso atual diploma – sem desprezar as medidas típicas – admite também a adoção de medidas executivas atípicas, mesmo na execução para pagamento de quantia.

Sendo essa a nossa atual realidade, necessário estabelecermos parâmetros e limites para essa aplicação, uma vez que o art. 139, IV, do CPC diz muito pouco. O que faremos mais adiante, inclusive oferecendo proposta de alteração legislativa para tornar a norma mais completa. Também abordaremos a colaboração que as partes podem prestar na definição das medidas executivas a serem aplicadas através da realização dos negócios jurídicos processuais.

5.3.2 Medidas típicas nas outras modalidades de execução

Também nas demais modalidades de execução, claro que igualmente se prevê a incidência de medidas típicas. É o que se vê na execução de obrigação de fazer, quando se diz que o juiz deverá deferir prazo para cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, que, uma vez desrespeitado, ensejará incidência de multa diária por atraso. Trata-se de medida coercitiva típica, que igualmente se aplicará ao cumprimento para entrega de coisa, por força do art. 538, § 3º, do CPC.

Aliás, não apenas a possibilidade de aplicação de multa está prevista como medida coercitiva nessa modalidade de execução. Para que o executado seja “convencido” ao cumprimento do fazer ou do não fazer, prevê o § 1º do art. 536, a possibilidade de o juiz determinar também a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, bem como a possibilidade de o executado, em caso de descumprimento injustificado,

responder por litigância de má-fé e até por crime de desobediência. Além de a obrigação poder ser cumprida por terceiros, às expensas do executado, ficando a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos como última opção.¹⁸⁵

Referido dispositivo legal prevê a aplicação das medidas acima relacionadas, “entre outras medidas”, abrindo, assim, nítido caminho para que aquelas não previstas também possam ser determinadas pelo juiz. Por falta de expressa previsão, essas “outras medidas” qualificam-se como atípicas e convivem com as típicas.

Quanto ao cumprimento de obrigação de pagar alimentos, como mencionado retro, caso o devedor não efetue o pagamento da quantia devida e não justifique a impossibilidade de fazê-lo, aceita-se o protesto do pronunciamento judicial, além da decretação da prisão do devedor, a ser cumprida em regime fechado. Sem dizer que a prática de atos procrastinatórios pelo executado deve ser comunicada pelo juiz ao Ministério Público, diante da possível ocorrência de crime de abandono material.

A prisão representa nítida medida coercitiva, criada não com a intenção de que venha a ser efetivamente aplicada, o que muitas vezes acaba ocorrendo, mas com o propósito de convencer o executado que lhe é mais vantajoso saldar a sua obrigação. Até porque a prisão, obviamente, não substitui o dever de pagar, como deixa claro o art. 528, § 5º, do CPC. Ou seja, além de se submeter à prisão em regime fechado, seguirá devedor da importância executada e ficará sujeito a outras medidas executivas.

Também tem cabimento, quando possível, o desconto em folha de pagamento da verba alimentar vincenda, até mesmo para pagamento de valores anteriormente vencidos, o que deve ser feito parceladamente, obedecendo ao limite do art. 529, §

¹⁸⁵ Sobre a aplicação dessas medidas à execução de obrigação de fazer, Daniel Amorim Assumpção Neves oferece as seguintes ponderações: “Nesse tocante é importante lembrar que o art. 536, § 1º, do Novo CPC, prevê, entre as medidas executivas aplicáveis à execução de obrigação de fazer e não fazer – aplicável à execução de obrigação de entregar coisa por força no disposto no art. 538, § 3º, do Novo CPC, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva. Tais medidas, típicas na execução de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, são naturalmente restritivas de direitos, e mesmo não estando previstas de forma específica para a execução de obrigação de pagar quantia certa, nela são aplicáveis por força do princípio da atipicidade das formas executivas previsto no art. 139, IV, do Novo CPC. A remoção de pessoas e coisas naturalmente restringe o direito de ir e vir, o desfazimento de obra pode restringir o exercício do direito de propriedade e/ou de posse; o impedimento de atividade nociva, amplo como previsto na lei, pode restringir diferentes espécies de direito. Tais medidas, que já estavam previstas no art. 461, § 5º, do CPC/1973, desde 1994, e continuam a ser previstas no art. 536, § 1º, do Novo CPC, nunca enfrentaram críticas da doutrina por restringirem o exercício de direitos do executado na busca de satisfação de obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa. Exatamente qual o fundamento para tal crítica na execução de obrigação de pagar quantia certa?” (Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC, p. 5).

3º, do CPC. Prevê-se também, para pagamento de prestação de alimentos devida em razão de indenização por ato ilícito, que o exequente requeira que o executado constitua renda que assegure o pagamento do valor mensal da pensão, conforme art. 533 do CPC. Medida substituível pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica, por fiança bancária ou garantia real. Igualmente aplicável ao cumprimento ou à execução de alimentos as disposições atinentes à constrição patrimonial sobre o patrimônio do devedor, com a penhora, avaliação e posterior adjudicação ou alienação de bens.

As medidas acima referidas, como previstas na lei para dotar a execução de alimentos de maior grau de efetividade, são de natureza típica. Mas a circunstância de a Lei aparelhar essa execução de medidas típicas mais duras não descarta a aplicação de outras medidas, atípicas, que o juiz entender necessárias e eficientes face ao caso concreto.

No caso do cumprimento de sentença para pagamento de quantia certa pela Fazenda Pública, esta será intimada a impugnar a execução. Não oferecida a impugnação, ou rejeitada a que for apresentada, o pagamento se dará através da expedição de precatório ou requisição de pagamento de pequeno valor. Esse é o caminho traçado pelo CPC para desenvolvimento dessa modalidade de execução.

No que se refere à obrigação para entrega de coisa, prevê-se como medida executiva típica, a incidir na hipótese de o executado não cumprir a obrigação de entrega, no prazo estabelecido na decisão, a busca e apreensão da coisa, em caso de bem móvel, ou a imissão na posse, quando se tratar de bem imóvel. Eventual expedição de mandado contra terceiro, caso a coisa tenha sido alienada quando já era litigiosa, também está expressamente prevista (art. 808 do CPC).

Igualmente se prevê de forma expressa, para execução do título extrajudicial, a possibilidade de o juiz aplicar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação de entrega da coisa (art. 806, § 1º, do CPC). O que também pode ser feito no cumprimento de sentença, uma vez que o § 3º do art. 538 do CPC diz que se aplicam ao cumprimento para entrega de coisa as disposições pertinentes ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, no que couber.

Vê-se, pois, após breve síntese, que muitas são as medidas executivas tipificadas em nosso diploma processual e que incidem nas diversas espécies de execução, e o juiz deve dar preferência a elas. Em parte das vezes, o uso dessas medidas típicas é suficiente para proporcionar a satisfação do direito do exequente.

Em outras, podem se mostrar insuficientes ou inadequadas, tornando necessária a adoção de medidas atípicas, a serem criadas e moldadas pelo juiz, a requerimento do exequente ou até de ofício, de acordo com as peculiaridades das partes e as especificidades da causa, ou até definidas consensualmente pelas partes, através de negócio jurídico processual.

5.4 Medidas executivas atípicas

As medidas executivas atípicas ganham espaço a partir do momento em que se percebe que o legislador não teria condições de autorizar e esgotar, no texto legal, todas as medidas autorizadas para cada situação concreta.

Caso pretendesse relacionar, de forma taxativa, todas as medidas executivas aplicáveis às diversas modalidades de execução, certamente deixaria muitas de fora, colocando a lei a desserviço da efetividade. Afinal, a imaginação do legislador é muito menos rica que a realidade e a diversidade de situações que se descortinam fora dos autos.¹⁸⁶

Bom exemplo disso é o quanto dispõe o art. 1.015, que na intenção de enumerar todas as hipóteses em que o agravo de instrumento seria admissível, acabou por deixar de fora diversas situações que justificariam a interposição do recurso. O que fez com que o STJ, no julgamento do recurso especial n. 1.696.396, processado sob a forma de recurso repetitivo, fixasse a tese da taxatividade mitigada.

Assim, tendo em conta a inviabilidade de relacionar taxativamente todas as medidas executivas legítimas, adequadas e suficientes, nosso diploma optou por prever, ao lado das medidas típicas, a possibilidade de o juiz aplicar outras não mencionadas expressamente na lei, mas que se mostrem aptas a promover a satisfação do direito reconhecido no título executivo. É o que faz o art. 139, IV, do CPC, entre outros, ao estabelecer um poder geral de coerção.

Dessa forma, no atual quadro, é atribuição do juiz identificar, determinar ou deferir a aplicação das medidas atípicas mais adequadas às necessidades do caso concreto, quando as típicas não se mostrarem eficientes. Ainda que esse caminho

¹⁸⁶ Sobre o tema, Marcelo Lima Guerra afirma ser “tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos merecedores de tutela executiva (o que significa dizer, aqueles direitos consagrados em títulos executivos) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades” (*Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 66).

possa implicar redução de segurança e de previsibilidade, foi adotado em benefício da efetividade.¹⁸⁷

Oportuno asseverar que a possibilidade de o juiz adequar a medida executiva às características do caso concreto insere-se em um movimento mais amplo de permitir a adequação do processo e dos seus atos às características e às necessidades do caso concreto. Trata-se de movimento que encontra significativa repercussão no diploma de 2015.

No CPC de 1973, a forma era mais rígida e, à exceção de algumas hipóteses especificamente previstas, pouco se previa em termos de adaptação dos atos às especificidades da situação. Foi para dar mais espaço à fixação de atos sob medida para o caso em apreço que caminhou o atual CPC. Sem que isso, é claro, representasse abandono por completo da forma e dos atos previamente tipificados, o que seria esteio de insegurança e imprevisão.

É verdade que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil era mais generoso ao atribuir poderes flexibilizadores ao juiz, afirmando no art. 107, que “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

Não obstante a restrição que se nota pela comparação da redação do Anteprojeto com aquela efetivamente aprovada, verdade é que, em outras passagens, o diploma atribui poderes ao juiz para adequar os atos processuais às peculiaridades da causa, como mais abaixo procuraremos expor, iniciativa essa sempre direcionada a dotar a prestação de tutela jurisdicional de mais eficiência.

Quanto à possibilidade de as próprias partes promoverem a adequação do procedimento e dos atos processuais às especificidades da causa, tal faculdade foi inserida, principalmente, no art. 190 do CPC, que autoriza os negócios jurídicos

¹⁸⁷ Oportuna a lição de José Miguel Garcia Medina: “O modelo baseado na tipicidade das medidas executivas tende a alcançar resultados satisfatórios na medida em que as situações de direito material e os problemas que emergem da sociedade sejam parecidos. Nesses casos, é até mesmo conveniente a previsão de medidas similares para as hipóteses em que problemas parecidos se reproduzem, a fim de que se observe em relação àqueles que estejam em uma mesma situação de direito material um procedimento também similar. Quando, porém, o modelo típico de medidas executivas mostra-se insuficiente, diante de pormenores do caso, faz-se necessário realizar um ajuste tendente a especificar o procedimento, ajustando-o ao problema a ser resolvido. Para tanto, é de todo conveniente que o sistema preveja um *modelo atípico* ou *flexível* de medidas executivas. Assim, diante de modelos típicos de medidas executivas, havendo *déficit* procedimental, deverá ser necessário que o juiz estabeleça medida executiva adequada ao caso.” (*Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 936-937).

processuais atípicos. Esse dispositivo diz ser “lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, desde que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição.

Pode-se, pois, falar em uma verdadeira possibilidade de “customização” do processo, autorizada pelo CPC de 2015 em diversas passagens, tanto pelo juiz no exercício de poderes que o diploma lhe confere como por convenção entre as partes, como autorizam o art. 190 ou outros dispositivos que cuidam dos negócios processuais típicos. Isso exige, para que se colham resultados positivos, um comportamento do juiz e das partes mais comprometido com o desenvolvimento do processo.¹⁸⁸

Afinal, não é razoável imaginar que o legislador, com a criação de um procedimento padrão – ainda que acrescentando alguns procedimentos especiais – com todos os atos do processo previamente estabelecidos de forma rígida, pudesse conceber instrumento eficiente para tutelar todos os direitos e que fosse adequado às especificidades de todos os casos concretos que pudessem surgir. Razão pela qual a garantia fundamental a uma tutela jurisdicional adequada e eficiente de fato recomenda que os sujeitos do processo, juízes ou partes, possam fazer as

¹⁸⁸ Esse novo quadro, que afeta a conduta do juiz e das partes, é bem percebido por Rafael Sirangelo de Abreu: “Em um primeiro momento, a noção de adaptabilidade transforma-se em função da compreensão de que a adaptabilidade é um norte também para o juiz. O juiz passa a ter papel também ativo na adaptação do procedimento à situação concreta. Com base em inúmeras previsões mais ou menos abertas, o juiz passa a ter um espaço maior de construção do procedimento. (...) Uma segunda transformação resulta na compreensão de que a adaptabilidade é um norte também para as partes. As partes passam a ter papel também ativo na adaptação do procedimento às suas peculiaridades e à sua conveniência. O novo Código de Processo Civil, mediante uma série de disposições específicas e, de forma mais intensa, por meio da cláusula geral de negociação processual (art. 190 do novo CPC), outorga às partes um espaço considerável de respeito ao autorregramento da vontade na construção do procedimento e de convencionalidade acerca de posições processuais. O modelo de adaptabilidade do procedimento adotado pelo novo sistema processual, ao lado da adaptabilidade legislativa e judicial, envolve também a negociação processual. Daí porque é possível falar em uma efetiva customização processual compartilhada no novo processo civil brasileiro. O novo Código de Processo Civil brasileiro, na esteira de um movimento internacional, faz uma opção clara pela possibilidade de flexibilização procedimental, seja pelo juiz, seja pelas partes. A possibilidade da adaptação do procedimento pelas partes, aliada à possibilidade de que estas convençionem sobre suas posições processuais, independentemente da sua vinculação ou adaptação ao caso concreto, como forma de tornar o processo mais conveniente às suas necessidades, configura inequívoco avanço no tratamento do tema da conformação do procedimento” (Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, jul. 2016. p 6-7).

necessárias adaptações, para que o direito material seja protegido com maior eficiência.¹⁸⁹

Falando em flexibilização procedimental, defende Fernando da Fonseca Gajardoni, logo no resumo da sua tese, que “é certo que os modelos procedimentais devem se adaptar às realidades do caso concreto (...) para que a adequação do procedimento à sua substância seja efetivamente possível”. Defende, assim, a necessidade de o procedimento “estar sempre predisposto a atender às particularidades da demanda individualmente analisada”.¹⁹⁰ Raciocínio que também justifica a adaptabilidade das medidas a serem praticadas, incluídas aí as executivas.

A flexibilização procedimental e a adaptação dos atos do processo às peculiaridades do caso concreto têm explicação clara: se é certo que a “forma padrão” e a prática apenas de atos predefinidos podem se mostrar eficientes em diversas situações, outras exigem providências concebidas sob medida, criadas e aplicadas diante das particularidades do caso concreto, mesmo que não tipificadas. Até porque, por mais criativa que fosse a imaginação do legislador, seria impossível estabelecer uma tipificação de atos que pudesse cobrir e se mostrar suficiente para superar todos os obstáculos que viessem a surgir na rica realidade do foro.

A adaptação do procedimento e dos atos às necessidades do caso concreto, é bom dizer, não instaura insegurança ou imprevisibilidade, desde que implementada corretamente e com atenção às garantias constitucionais do processo. Para tanto, inicialmente, é necessário que sejam de conhecimento prévio dos litigantes, o que se

¹⁸⁹ Trata-se de situação também apontada por Eduardo Cambi: “A adaptação do procedimento à causa revela o caráter democrático e plural da tutela jurisdicional, uma vez que os conflitos são de natureza variada e a prestação jurisdicional deve acompanhar esta diferenciação. Aliás, Francesco Carnelutti ensinava que ‘as *litis* são diferentes umas das outras como as doenças e nenhum médico pensaria em prescrever para todos os doentes o mesmo método de cura’. Com efeito, não faz sentido nem colaborar com a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada submeter todas as causas a um procedimento único, que ignore suas especificidades. A partir da exegese do art. 5.º, XXXV, da CF/1988, o rigor procedimentalista e o apego demasiado e incondicional aos procedimentos legalmente fixados têm de ceder lugar à perspectiva instrumentalista, que considera o processo e o procedimento como meios viabilizadores da prestação de tutela jurisdicional adequada. Com efeito, é necessário o abrandamento das disposições legais e a sua moldagem ao caso concreto, pois o procedimento não precisa ser tão cartesiano para assegurar isonomia e segurança às partes. À adaptação do procedimento às necessidades da causa, opõe-se a adequação *in abstracto*, de responsabilidade do Poder Legislativo, exercida, por exemplo, quando da previsão de procedimentos especiais, criados para contemplar hipóteses determinadas pelo legislador” (Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 64, out.-dez. 2015. p. 2-3).

¹⁹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilidade procedimental. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007. p. 7. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO_TESE_COMPLETA_PDF.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020.

obtéem com observância do contraditório. Dessa forma, ainda que determinado procedimento ou ato não esteja expressamente previsto na lei, não se poderá alegar surpresa na sua aplicação pelo juiz se as partes foram ouvidas antecipadamente sobre ele.¹⁹¹

Além do mais, ainda em atendimento à exigência constitucional, necessário que a decisão contenha fundamentação efetiva, para que o juiz justifique a adoção daquele caminho ou medida, bem como para que se possa analisar se ele levou em conta os argumentos das partes, na formação da sua convicção.

A flexibilização do procedimento e dos atos a serem praticados no processo, em busca de mais efetividade, também é apontada por Francis Noblat e Delton Ricardo Soares Meirelles como tendência do CPC de 2015, o que concluem ao analisarem o Anteprojeto e os trâmites da reforma que deu origem ao novo diploma:

Com efeito, partindo-se da premissa que a adequada tutela jurisdicional não pode ser negada a pretexto da falta de um modelo legal de procedimento, tem-se que a resposta em muitos casos depende em grande parte da flexibilização dos prazos, do retorno a fases processuais já superadas (com o afastamento do rígido regime de preclusão a que estamos sujeitos), da combinação de diferentes atos processuais não previstos no esquema procedimental padrão, da superação de óbices de natureza puramente formal e da adoção mais generosa da fungibilidade instrumental no sistema.¹⁹²

Conforme acima se afirmou, essa possibilidade de adaptação do procedimento e dos atos processuais às peculiaridades da causa é tratada em diversas passagens do CPC, ora atribuindo poderes ao juiz para fazê-lo, ora dando às partes liberdade para convencionarem essas alterações.

O art. 139 do diploma autoriza essa adequação em dois de seus incisos: o inciso IV, ao afirmar incumbir ao juiz a determinação de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias que sejam aptas a assegurar o

¹⁹¹ Eduardo Cambi manifesta-se no mesmo sentido: “É certo que a alteração procedimental procedida inesperadamente, sem prévia observância do contraditório, compromete a previsibilidade dos atos processuais. Porém, a flexibilização procedimental adotada pelo novo Código de Processo Civil não possibilita a alteração do *iter* procedimental conforme idiosincrasias dos sujeitos processuais nem resulta da imposição de qualquer deles. Ao contrário, a adaptabilidade do procedimento à causa é resultado da efetivação da garantia constitucional do contraditório e está fundada no caráter dialético do processo. É o exercício pleno do contraditório que confere legitimidade à flexibilização procedimental e, portanto, não compromete a segurança jurídica. Afinal, quando as variações procedimentais contam com a participação das partes em pleno contraditório, não se pode alegar que o procedimento não era previsível” (Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil, p. 6).

¹⁹² NOBLAT, Francis; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. De “poder do juiz” a “convenção das partes”: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. XIII, 2014. p. 205. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/10783/9332>. Acesso em: 15 out. 2020.

cumprimento da ordem judicial; e o inciso VI, que autoriza ao julgador dilatar prazos processuais e promover alteração na ordem de produção de provas, com vistas a conferir maior efetividade à tutela do direito.

Outro exemplo do poder atribuído ao juiz para realizar adaptações no processo se lê do § 1º do art. 373, ao autorizar que o juiz realize a dinamização do ônus da prova. Em substituição à distribuição estática – que continua sendo a regra, mas pode se mostrar inadequada em um caso concreto – está autorizado a fazer a distribuição desse ônus para adaptá-lo ao que o caso concreto recomendar. Assim, retirará o ônus de quem não tem condições ou apresente expressiva dificuldade de provar o fato, fazendo com que recaia sobre aquele que tem mais facilidade de se desincumbir do ônus de provar o fato controvertido ou de provar o fato contrário.

Como se disse, a possibilidade de promover a adaptação do procedimento e dos atos às peculiaridades do caso concreto também se abre para as partes. Poderão elas, desde que a causa admita autocomposição e sejam plenamente capazes, alterar o procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, bem como convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, o que poderá ser feito antes ou durante o processo. É o que autoriza o art. 190 do CPC, para, em seguida, o art. 191 permitir que seja realizada pelas partes, em conjunto com o juiz, a calendarização do processo.

Essa tendência de atribuir poderes aos sujeitos para permitir adaptações no processo é bem percebida também por Marco Antonio dos Santos Rodrigues e José Roberto Sotero de Mello Porto, que nesses termos enfrentam o tema:

A nosso sentir, o legislador tentou encontrar um equilíbrio, sendo perfeitamente compatível a defesa das garantias com um processo eficiente. Se, por um lado, surgem poderes para o julgador-condutor, por outro as partes ganharam inegável protagonismo – o que só nos permite concluir que qualquer atuação mais firme do juiz deverá se dar em favor de um processo mais adequado às partes. O exame dar-se-á caso a caso, ato a ato, nem sempre sendo possível desenhar *a priori* a solução ideal para a relação tratada.¹⁹³

Fernando da Fonseca Gajardoni, embora ainda escrevendo sob a égide do CPC de 1973, defendia que as medidas executivas atípicas autorizadas pelo art. 461 daquele diploma, que tratava das obrigações de fazer ou não fazer, eram expressão do que denomina “flexibilidade procedimental legal genérica”, em que o legislador,

¹⁹³ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. Revista de Processo, São Paulo, v. 275, jan. 2018. p. 8.

reconhecendo que não teria condições de prever todas as situações práticas que poderiam justificar a adaptação dos procedimentos ao caso concreto, deixou isso a critério do órgão judicial.

Sobre esse tema, era assim que se pronunciava o autor:

Possível, assim, que sejam deferidas medidas executivas não previstas pelo legislador, como o bloqueio de bens ou valores, sequestro, restrições a direitos, proibição de frequência a determinados lugares ou celebração de certos tipos de contrato, nomeação de interventor judicial em negócio jurídico alheio, fechamento de estabelecimento industrial ou comercial, interrupção de anúncio televisivo ou determinação para que se faça um, retirada de mercadoria de circulação, etc., tudo com vistas à satisfação da obrigação. Há, portanto, nesta seara, atipicidade das medidas executivas. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte, conjunta ou separadamente, qualquer ato executivo direto (ou de sub-rogação) ou indireto (ou de coerção) necessário para satisfação da obrigação.¹⁹⁴

Os comentários acima expostos seguem atuais na vigência do CPC de 2015. O que se deve acrescentar é que a atipicidade das medidas executivas, admitida expressamente no diploma revogado para as obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, passou a atingir todas as execuções, inclusive aquela destinada à satisfação de obrigação de prestação pecuniária, reconhecida em título judicial ou extrajudicial.

Com essa possibilidade de o juiz adaptar a medida executiva às peculiaridades do caso concreto e ao comportamento das partes, busca-se atenuar o engessamento próprio de um sistema exclusivamente típico, abrindo espaço para a “customização do processo”, tendência que se percebe em diversas situações, como acima se apontou.¹⁹⁵

De outro parte, a preocupação com a atipicidade das medidas sempre esteve ligada ao receio de dar espaço para a prática de arbitrariedades pelos magistrados. Afinal, quando eles se limitam a aplicar apenas medidas expressamente previstas, mais fácil fica delimitar e manter as suas atuações sob controle.

¹⁹⁴ Flexibilidade procedimental, p. 177.

¹⁹⁵ Esse quadro provoca o seguinte comentário de Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “Sucede que, como pondera Marcelo Lima Guerra, ‘é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos merecedores de tutela executiva (o que significa dizer, aqueles direitos consagrados em títulos executivos) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades. Diante dessa inevitável realidade, o chamado princípio da tipicidade dos meios executivos foi cedendo espaço ao chamado princípio da concentração dos poderes de execução do juiz ou princípio da atipicidade. Há, atualmente, uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, criando-se uma espécie de poder geral de efetivação, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de coerção direta, sejam de coerção indireta. Parte-se da premissa de que as ‘modalidades executivas devem ser idôneas às necessidades de tutela das diferentes situações de direito substancial’.” (Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139 IV, 297 e 536, § 1º, CPC, p. 2-3).

Não vemos, como já tivemos oportunidade de apontar, inconstitucionalidade nessa cláusula geral de atipicidade, que se vê no art. 139, inciso IV, do CPC. Mesmo na sua parte final, quando autoriza a incidência das medidas atípicas na execução de obrigação pecuniária. Ao contrário, a previsão encontra respaldo na atual leitura que se deve fazer do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, ao garantir acesso a uma tutela jurisdicional efetiva, bem como no art. 37, que consagra do chamado princípio da eficiência, ambos os princípios reiterados nos arts. 3º., *caput*, e 8º., do atual CPC, respectivamente.

Imperioso, por óbvio, que o exercício desses poderes atribuídos pautem-se pelo respeito às demais garantias constitucionais, uma vez que a efetividade, ainda que altamente relevante e desejável, não pode ser o único valor a nortear a atividade jurisdicional, em detrimento de todos os outros.¹⁹⁶

Se não é conveniente, em favor da efetividade, estabelecer um rol fechado de medidas executivas, da mesma forma tampouco é interessante que a aplicação das medidas atípicas careça de disciplina mais clara, como entendemos ser a situação atual.

Por esse motivo é que, ao final, ofereceremos proposta de alteração legislativa que, sem barrar a aplicação das medidas atípicas, possa dar parâmetros e estabelecer os requisitos que tornem essa atividade mais segura e previsível. Igualmente, por essa razão, enfatizaremos adiante o papel importante que o negócio jurídico processual pode assumir na definição das medidas aplicáveis, como fator redutor de problemas.

5.4.1 Medidas atípicas na execução de prestação pecuniária

Como já se afirmou, a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas não é novidade trazida pelo CPC de 2015, pois já prevista anteriormente para algumas modalidades de execução.

¹⁹⁶ Nesse mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara: “Por força da garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva estabelece-se uma exigência de que o resultado prático do processo coincida, tanto quanto possível, com o resultado prático que se produziria se o direito substancial fosse espontaneamente realizado. É, em outras palavras, uma garantia constitucional de que haverá a maior coincidência possível entre o resultado prático do processo e aquilo a que o titular do direito material faz jus. Vale, aqui, recordar a máxima chiovendiana segundo a qual ‘o processo deve dar ao titular do direito, na medida do que seja possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de conseguir’” (O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC, p. 88-89).

No atual diploma processual, a principal inovação atinente às medidas executivas diz respeito à possibilidade de as atípicas poderem ser aplicadas a qualquer espécie de execução, aí incluída a execução de prestação pecuniária, quer fundada em título executivo judicial, quer em extrajudicial.

A iniciativa do legislador não encontra apoio unânime na doutrina. Há quem sustente a inconstitucionalidade da autorização de aplicação das medidas executivas atípicas na obrigação de pagar quantia – em que não se depende da atuação do executado e há mais espaço para a adoção eficaz da técnica sub-rogatória - quer pelo fato de o legislador não ter fixado limites mínimos para definição das medidas aplicáveis, quer porque as medidas típicas já previstas – tal como a incidência de multa de 10% em caso de atraso no cumprimento de obrigação de pagar quantia – já surtiriam “resultados razoáveis”, conforme doutrina José Carlos Baptista Puoli.¹⁹⁷

Pensamos diferente e apoiamos a ampliação da incidência das medidas atípicas na satisfação de prestação pecuniária. Ainda que nessa execução a satisfação possa se dar sem a colaboração do devedor, agir sobre a sua vontade e sobre a sua conduta é imprescindível para que a execução atinja seu objetivo de satisfação do direito.

Como já afirmamos, cremos que não seria justificável que algumas modalidades de execução admitissem a adoção de medidas executivas atípicas, como já ocorria na vigência do CPC de 1973 quanto às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, ao passo que a execução por quantia certa se desenvolvesse apenas através da aplicação de medidas tipificadas no Código, mesmo que se mostrassem ineficientes no caso concreto e incapazes de levar à satisfação do direito reconhecido em um título executivo. Não víamos razão para que essa modalidade de execução merecesse menos atenção e ficasse de fora desse que podemos denominar “movimento em favor da efetividade”.

A explicação de que as medidas atípicas eram destinadas às modalidades de execução em que a satisfação do direito dependia de ato a ser praticado pelo executado não nos parecia razão suficiente para justificar a opção. Se é verdade que a execução de pagamento pode se realizar satisfatoriamente por técnicas de sub-

¹⁹⁷ Ao defender a inconstitucionalidade da parte final do referido inciso IV, opina o autor “que o legislador, num excesso de voluntarismo, criou regra que, para dizer o mínimo, é equivocada por disseminar incertezas que decorrem de interpretações díspares a respeito de seu alcance e possibilidade de aplicação” (Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015, p. 367 e ss.).

rogação, nem sempre isso de fato ocorre. Tampouco a incidência de multa por atraso no cumprimento ou o protesto da decisão judicial, medidas já tipificadas, serão sempre suficientes para levar à efetivação do direito.

Esse tratamento se mostrava ainda mais preocupante em razão do fato de o baixo grau de eficiência da execução de prestação pecuniária trazer reflexos negativos não apenas para o credor-exequente, mas também para o Judiciário e para a própria economia do país, conforme anteriormente abordado. Razão pela qual nos parece que a disposição da parte final do inciso IV do art. 139 do CPC, veio em boa hora e com o propósito de corrigir esse desequilíbrio entre as modalidades de execuções.¹⁹⁸

A utilização correta do quanto disposto no referido inciso IV, especialmente com o estrito respeito aos parâmetros constitucionais e aos ditames do devido processo legal, pode significar importante avanço em favor da efetividade. Claro que não suficiente para resolver todos problemas e dificuldades da execução, mas ao menos para reduzir seu índice de insucesso, que em diversos casos é provocado pela conduta e resistência do executado em cumprir a sua obrigação, ainda que detentor de condições econômicas para fazê-lo.

Não somos, todavia, insensíveis às críticas de que a autorização para adoção das medidas atípicas na execução de obrigação pecuniária é excessivamente ampla, pelo fato de o dispositivo legal em análise ser bastante vago, não trazendo limites, parâmetros ou requisitos. Justamente para amenizar o problema, reduzir o uso equivocado do poder de fixar medidas atípicas e valorizar o que ele pode trazer de positivo, é que acreditamos que uma regulamentação legal mais completa, como será mais adiante proposta, é conveniente.

Também acreditamos, oportuno insistir, que as partes podem facilitar a aplicação do mencionado inciso IV através da utilização do negócio jurídico processual, introduzindo regras, limitações, autorização para aplicação de certas medidas ou vedação de outras. Inclusive poderá o exequente autorizar ou requerer a

¹⁹⁸ Pensa da mesma forma Sergio Cruz Arenhart: “Enquanto se oferecia tutela invejável às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, para as prestações pecuniárias (com algumas exceções, a exemplo dos alimentos) ainda se reservava a velha “execução” por expropriação patrimonial, típica e com procedimento absolutamente regrado, cujo início sempre estava condicionado ao impulso do exequente. A violação à isonomia, ali, era gritante. Aparentemente, dava-se mais valor às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, não importando seu conteúdo, do que às prestações pecuniárias, também independentemente do bem jurídico por estas protegido” (Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? p. 6).

adoção de medidas indutivas não previstas em lei. Trata-se de tema que, pela sua elevada relevância, abordaremos com mais aprofundamento no capítulo seguinte.

Interessante observar que a adoção de medidas executivas atípicas nas execuções de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa já era admitida e não causava tanta controvérsia. As polêmicas de fato se instalaram quando o legislador, no CPC de 2015, passou a autorizar a adoção dessas medidas atípicas, a serem definidas pelo magistrado, no cumprimento de sentença ou na execução de prestação pecuniária.

Acreditamos existirem três razões principais para isso: i) primeiramente, pelo fato de o cumprimento de sentença ou a execução de obrigação de pagar representar boa parte das demandas executivas em curso, demonstrando o grande alcance da novidade; ii) em segundo lugar, porque estávamos culturalmente acostumados com a ideia de que, na ausência de bens penhoráveis, não havia o que se fazer para impedir a inevitável suspensão da execução e futura extinção; iii) terceiro, por tradicionalmente se acreditar que somente nos casos em que o cumprimento da obrigação depende de ato do executado é que se faz admissível a adoção de medidas de coerção, que atuem sobre a conduta e levem ao adimplemento da obrigação.

Entretanto, se é verdade que, nas obrigações de pagar quantia, a satisfação do credor pode ser dar sem a colaboração do devedor, cujo patrimônio será invadido em sede executiva, tal conclusão não se aplica quando o executado omite ou esconde os seus bens, inviabilizando os atos de constrição. Ou seja, afirmar que nessa espécie de execução a satisfação se dá sem a participação do devedor somente é verdadeiro se este possui patrimônio localizável, que possa ser penhorado, para posterior adjudicação ou alienação.

Mas se inexistente essa facilidade, o quadro se altera. Nem nos referimos aqui à inexistência de patrimônio, porque se a razão da inadimplência for a incapacidade de adimplir, nem mesmo entendemos possível a adoção das medidas atípicas. Mas pensamos nas hipóteses em que o devedor, antes da execução ou no curso dela, cria obstáculos para acesso ao seu patrimônio. Para esse executado, que tem condições de cumprir as suas obrigações, é que se faz cabível e necessária a adoção de medidas atípicas, mesmo nas execuções de pagar quantia.

De outra parte, claro que a possibilidade de adoção de medidas atípicas não joga por terra toda a disciplina construída sobre o alicerce da tipicidade. Ou seja, em princípio, essa execução se desenvolverá através da adoção de medidas típicas,

ficando as atípicas, pois, reservadas para as hipóteses em que as primeiras não forem aptas a promover a satisfação da dívida em questão.

Estamos a pensar – não custa frisar – nas hipóteses em que o executado tem condições e patrimônio para adimplir, mas recorre a estratégias para frustrar os objetivos da execução. Tentada a execução via medidas típicas, a frustração destas são legitimadoras da adoção das medidas atípicas.

5.4.2 Medidas atípicas nas demais modalidades de execução

A Lei 8.972/94 alterou o CPC de 1973 e passou a autorizar a adoção de medidas executivas atípicas nas obrigações de fazer ou de não fazer. A justificativa para a concessão de poderes ao juiz para criar e aplicar as medidas que a situação concreta exigisse repousava no fato de a tutela específica da obrigação só se fazer viável pela colaboração ou participação do devedor. Mais adiante, a Lei 10.444/2002 estendeu essa autorização para as obrigações de entregar coisa.

Portanto, se a adoção de medidas executivas atípicas na execução de prestação pecuniária tem ares de novidade, o mesmo não se pode afirmar quanto às execuções de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa. Nestas, tais medidas já eram admitidas para que atuassem sobre a vontade do executado e os objetivos pretendidos pudessem ser alcançados.

Nas execuções de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, é justamente o fato de a obtenção do resultado pretendido depender, em princípio, da conduta do devedor, que faz José Carlos Baptista Puoli entender pela legitimidade da incidência das medidas executivas atípicas e da mitigação do dogma da intangibilidade humana. Diferente seria a situação das obrigações de prestação pecuniária – defende o autor – o que o faz enxergar inconstitucionalidade na permissão, sem claros limites, à adoção dessas medidas na execução da obrigação de pagar.¹⁹⁹

Oportuno também reiterar que algumas medidas, embora típicas para certa ou certas modalidades de execução, podem ser atípicas para outras. É o que se dá, por exemplo, quanto à aplicação de multa diária em caso de atraso no cumprimento da obrigação, medida típica para as execuções de obrigação de fazer, não fazer e

¹⁹⁹ Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015, p. 365 e ss.

entregar coisa, vez que expressamente prevista, mas atípica na execução de pagar, pois sem previsão expressa.

Além da multa, o art. 536, § 1º, do CPC – aplicável também à execução de obrigação de entregar coisa, por força do art. 538, § 3º – estabelece que nas obrigações de fazer e não fazer poderá o juiz também determinar busca e apreensão; remoção de pessoas e coisas; desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva. Essas são as que o juiz, “entre outras medidas”, poderá adotar, deixando claro que não se trata de enumeração taxativa e que a adoção de medidas não previstas é plenamente possível na execução dessas obrigações.

5.5 Possibilidade de cumulação de medidas executivas

Como já tivemos oportunidade de afirmar anteriormente, o processo civil não pode ser pensado exclusivamente sob as perspectivas do exequente e da sua efetividade. Primeiro, porque os litigantes estabelecidos em ambos os polos da relação têm garantias que precisam ser respeitadas; segundo, pelo fato de outros alvos, além da efetividade, serem igualmente relevantes, pelo que não pode ela ser obtida a todo custo, com desprezo de todos os demais valores.

No caso específico da execução, dois princípios estabelecem, de certa forma, uma “queda de braços”. Enquanto o princípio da maior efetividade visa proporcionar que o exequente receba como resultado da execução tudo aquilo a que faz jus, o princípio da menor restrição possível ao executado estabelece que a satisfação do exequente deve se dar sem que o devedor sofra prejuízos além dos que se mostrarem necessários para satisfazer o direito exequendo. Funda-se o princípio na percepção de que a execução não é pena para o devedor, mas meio de satisfação do direito reconhecido no título.

A menção aos referidos princípios faz sentido porque têm eles especial incidência no tema ora objeto de análise, qual seja a possibilidade de ocorrer cumulação de medidas executivas. Aliás, manifestamos, desde já, a nossa opinião no sentido de não ver qualquer empecilho nessa cumulação, que é plenamente cabível, quando se constatar ser necessária para promover a satisfação do direito objeto da execução.

Ora, se a ampliação dos poderes do juiz na adoção das medidas executivas veio com o propósito de dotar a execução de maior efetividade, parece-nos claro que, se a aplicação de uma medida apenas não se mostrar suficiente, outra poderá ser

imposta, em cumulação ou em substituição. Caso contrário, estar-se-ia abandonando a execução ao seu próprio fracasso, no primeiro sinal de dificuldade.

Não há razão legal ou lógica para impedir a substituição ou até mesmo a cumulação das medidas. Aliás, em certos casos, o próprio CPC já as autoriza expressamente. No cumprimento de obrigação de pagar alimentos, há previsão da cumulação do protesto do pronunciamento judicial com a prisão do devedor, por autorização do art. 528, §§ 1º e 3º.

A cumulação de medidas também é prevista no cumprimento de prestação pecuniária. Basta ver que o art. 517 do CPC autoriza o protesto da sentença se não ocorrer o adimplemento voluntário da obrigação no prazo de 15 dias da intimação. Mas tal protesto não obsta a adoção de outras medidas executivas, notadamente a penhora e avaliação de bens do executado.

O que não se deve aceitar, por força do princípio da menor restrição acima mencionado, é a cumulação desorganizada de diversas medidas, sem que se verifique se uma delas isoladamente já seria suficiente para promover o adimplemento da obrigação. Em termos mais simples, não há por que impedir a cumulação de medidas, desde que a situação e o comportamento do executado a justifiquem, o que precisa ser apreciado diante do caso concreto. Daniel Amorim Assunção Neves inclusive fala da possibilidade de o juiz adotar medidas executivas escalonadas, definindo de antemão a partir de qual momento cada uma delas passará a incidir.²⁰⁰

Essa discussão, sobre a possibilidade de cumulação de medidas, não é nova nos nossos tribunais. Mesmo quando da vigência do CPC de 1973, essa mesma questão era levantada quando se debatia aplicação de medidas executivas autorizadas pelo então art. 461, tendo o STJ se manifestado a favor da cumulação quando o caso concreto assim justificasse.²⁰¹

²⁰⁰ “A adoção de apenas uma medida coercitiva atípica ou de mais de uma depende de análise do caso concreto, sempre se levando em conta a função de tais medidas: exercer de forma eficaz, mas não exagerada, uma pressão psicológica suficiente para convencer o executado a cumprir sua obrigação. Pode o juiz, inclusive, aplicar diferentes medidas de forma escalonada, já determinando desde o início os prazos sucessivos a partir de quando se passará a cumular novas medidas executivas já indicadas em sua decisão. Após o devido contraditório o juiz pode decidir pela suspensão da CNH do executado, e no caso de ineficácia da medida após um mês do início de sua aplicação já determinar que também seu passaporte será retido, e que se passado mais um mês sem o cumprimento da decisão, seus cartões de crédito serão suspensos, e assim por diante.” (Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC, p. 25).

²⁰¹ No julgamento do Recurso Especial n. 830.417/RS, perante o STJ, o Min. Relator Mauro Campbell Marques, referindo-se ao estatuto processual revogado, mas externando opinião que entendemos possa ser muito bem aplicada ao art. 139, IV, do atual CPC, assim se pronunciou: “Fixação de multa

Pensamos, pois, que, quando o art. 139, IV, do CPC atribui poderes ao juiz para aplicar medidas executivas atípicas, calibrando-as diante das necessidades da situação concreta, não lhe está autorizando a aplicar apenas uma medida, ou mesmo uma de cada vez. Se a situação concreta recomendar, nada obsta a cumulação de mais de uma.²⁰²

Importante que seja assim. Pode acontecer de alguma medida, isoladamente, não conduzir ao cumprimento da obrigação, mas somada a outras igualmente insuficientes para produzirem sozinhas o cumprimento da obrigação, levarem ao resultado pretendido, em uma verdadeira “somatória de forças”. Nada obsta que tal ocorra, sendo correto afirmar que a possibilidade de cumulação de medidas é decorrente do próprio alcance e dos objetivos que levaram à consagração do poder geral de coerção.²⁰³

O que não se deve admitir, como já afirmamos, é a cumulação desmedida e desnecessária, gerando prejuízos ao executado além dos que seriam necessários para conduzir à satisfação do direito do exequente. Tal liberdade significaria, para dizer o mínimo, desprezar o princípio da menor restrição possível ao executado.

De outra parte, opor restrições à substituição ou à cumulação de medidas pelo juiz, poderia produzir a indesejável consequência de levar o juiz a fixar de pronto medida de elevado potencial coercitivo, eventualmente até além do necessário, para não ter de assistir, de braços cruzados e sem possibilidade de correção, a frustração de medida que acabou se mostrando ineficiente.

diária e bloqueio de valores do erário são medidas de apoio inerentes ao procedimento executivo, cujo objetivo precípua é garantir a obtenção mais pronta possível do bem da vida que se busca com o provimento judicial. A adequação de imposição de astreintes ou de bloqueio de verbas, bem como a eventual necessidade de cumulação das duas medidas, depende da aferição da eficácia autônoma (ou mesmo em conjunto) dos institutos no caso concreto, sendo ambos cabíveis, em tese, contra o Poder Público, tudo na forma do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC.”

²⁰² Também pensa assim Francisco Emilio Baleotti: “A liberdade atribuída ao juiz na utilização dos meios executivos refere-se também à possibilidade de utilizá-los de maneira cumulada, ou seja, há a permissão para que o juiz se utilize, segundo as medidas da efetividade e da menor onerosidade, de mais de uma medida para fazer real o comando contido no título.” (Extensão dos poderes do juiz na execução, p. 7).

²⁰³ Semelhante é a opinião de Olavo de Oliveira Neto: “Assim como a variabilidade inerente a toda medida coercitiva permite ao exequente optar livremente pela alteração da via executiva, tudo no desiderato de alcançar a efetividade da tutela prestada pelo Estado, também não há óbice para que as medidas coercitivas sejam determinadas de modo cumulado, desde que o conjunto delas seja necessário para conferir pressão suficiente a convencer o ‘devedor’ a cumprir com a prestação não adimplida ou a cumprir uma determinação judicial. Da variabilidade, em verdade, decorre inexoravelmente a cumulatividade das medidas coercitivas, como uma das características do Poder Geral de Coerção” (*O poder geral de coerção*, p. 245).

6 O AUTORREGRAMENTO DA VONTADE E AS MEDIDAS EXECUTIVAS

Os modelos procedimentais variam de acordo com a menor ou maior flexibilidade das regras e da liberdade ou não de os sujeitos do processo as modificarem, adaptando-as às realidades e às necessidades da situação concreta.

Em um sistema marcado pela legalidade das formas, prevalece a rigidez da disciplina quanto ao procedimento, aos atos e à sua prática, o que traz ganhos para a previsibilidade e a segurança jurídica. Contudo, ao impedir que o processo se amolde às necessidades do caso concreto, dificulta que ele atinja seus objetivos, prejudicando a sua efetividade.²⁰⁴

Por outro lado, um sistema de absoluta liberdade das formas permitiria adaptar amplamente o procedimento às necessidades do caso concreto, com ganho para a sua eficiência, mas com sérios e negativos reflexos sobre a segurança e a previsibilidade. Valores também bastante relevantes na relação processual e que merecem proteção.

A análise dos diversos sistemas, com as vantagens e desvantagens de cada um, demonstra a dificuldade de se pensar em algum que seja totalmente puro. O que se vê – como acertadamente costuma apontar a doutrina – é a predominância dos sistemas mistos, alguns marcados pela prevalência da rigidez, outros buscando dar mais espaço à liberdade das formas.

Na vigência do CPC de 1973, já nos encontrávamos diante de um sistema misto, que embora estabelecesse regras para o procedimento transcorrer com segurança, previsibilidade e dentro de uma trilha e atos previamente estabelecidos, continha certas concessões. Deixava claro, por exemplo, que o ato praticado de forma diferente da prevista deveria ser preservado, se não causasse prejuízos e atingisse os seus objetivos, segundo a máxima de que “não há nulidade sem prejuízo”, o que permanece válido; autorizava que as partes convencionassem a distribuição do ônus da prova e permitia a suspensão do processo por até seis meses, por convenção das partes.²⁰⁵

²⁰⁴ Pertinente a lição de José Roberto do Santos Bedaque: “Em primeiro lugar, é preciso abandonar a ideia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei. O formalismo exagerado é incompatível com a visão social do processo. Não podemos olvidar que o Estado está comprometido com a correta solução das controvérsias, não com a forma do processo. Esta constitui fator de garantia do resultado e de segurança para as partes, não podendo ser objeto de culto” (*Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 109).

²⁰⁵ Sobre a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais no CPC de 1973, ainda que de forma mais limitada, assim se manifesta Fernando da Fonseca Gajardoni: “No entanto, firme no

Não se pode afirmar, pois, que a autorização para que partes ajustem as regras do processo seja realmente uma novidade do CPC de 2015. Tampouco se pode dizer que esse diploma tenha sido pioneiro na adoção de um sistema misto, o que já tínhamos na vigência do diploma anterior. O que se deve reconhecer, da análise das atuais disposições processuais, é que o diploma em vigor caminhou um pouco mais na ampliação da flexibilização da forma e da adaptabilidade dos atos, concedendo mais liberdade e poderes para que os seus sujeitos promovam uma certa “customização” do processo.

Falamos em “sujeitos do processo” porque não foram apenas as partes que receberam mais poderes no CPC de 2015, como já afirmamos. Também não se pode afirmar que essa ampliação tenha beneficiado apenas o juiz. Mostra-se claro para nós que tanto as partes quanto o juiz assistiram um incremento dos seus poderes, que podem ser exercidos para construir um processo que se amolde às necessidades do caso concreto e aos anseios das partes, em detrimento de um sistema rígido nas suas formas e completamente dissociado das particularidades do caso concreto.

Tampouco vemos que atribuir mais poderes às partes poderia, de alguma forma, ser incompatível com a ampliação dos poderes do juiz. Na verdade, não é; são opções que não se excluem. Imprescindível é compatibilizar o exercício, pelos sujeitos do processo, desses poderes ampliados, identificando quando a vontade de um deve prevalecer sobre a do outro.²⁰⁶

A ampliação dos poderes das partes pelo atual CPC mostra-se evidente quando direcionarmos os olhos para o art. 190, que autoriza – se o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição e elas forem plenamente capazes – que

ideário da cogência das normas processuais e procedimentais, não admitia, de modo genérico (atípico), a celebração de convenções ou contratos processuais (negócios jurídicos processuais bilaterais), a impactar nas regras de procedimento ou na relação jurídica processual estabelecida em lei. Foi desenhado, a partir da natureza pública do processo, um sistema em que o procedimento e a relação jurídica processual eram exclusivamente controlados pela lei e pelo Estado-Juiz, sem que a vontade das partes tivesse grande relevância. 2.2. Tomando como referência a norma processual que se almejava relativizar (e não a natureza do direito material em conflito), até havia alguns temas – todos relativos a normas processuais não cogentes – em que o CPC/1973 admitia a celebração de negócios jurídicos bilaterais típicos pelas partes. A eleição de foro (artigo 111 do CPC/1973), a suspensão voluntária do processo (artigo 333, parágrafo único, CPC/1973), o adiamento da audiência por convenção das partes (artigo 453, I, CPC/1973) e a convenção de arbitragem (artigo 267, VII, CPC/1973 e artigo 3º da Lei n. 9.307/1996), entre outros, são exemplos sempre lembrados” (*Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*, p. 613).

²⁰⁶ A propósito, explica José Miguel Garcia Medina que “há (a) casos em que o juiz apenas aplica o que tiverem convencionado as partes; (b) situações em que a lei exige a participação do juiz, homologando o negócio processual; e (c) hipóteses em que o juiz participa da formação da convenção” (*Curso de direito processual civil moderno*, p. 316).

ajustem o procedimento às especificidades da causa, bem como convençionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres.²⁰⁷ Tem-se aí uma verdadeira cláusula geral de negociação a respeito do processo, a autorizar a realização de negócios jurídicos processuais não tipificados.²⁰⁸

Como bem aponta Antonio do Passo Cabral, o caráter público do processo não permite que se desconsiderem os interesses privados envolvidos, no campo do direito material e do processo. As partes não são meras provocadoras da atividade processual ou expectadoras, sem possibilidade de interferência no seu procedimento. O atual processo civil pede uma divisão de trabalho entre os sujeitos do processo, sendo certo que “os poderes do juiz devem ser conjugados com as prerrogativas das partes, com equilíbrio, equivalência e coordenação, não numa ultrapassada relação de hierarquia e supremacia”.²⁰⁹

Oportunas também as palavras de Fábio Caldas de Araújo:

O novo Código de Processo Civil procura corrigir a distorção do déficit procedimental chamando as partes para participar ativamente da construção do procedimento adequado. A elaboração dos negócios processuais assume importância fundamental como meio de racionalizar a utilização do procedimento judicial. Não se trata de atividade processual do juiz, mas das partes. Assume o advogado, responsabilidade essencial na sua construção, na medida em que o negócio processual exige a capacidade postulatória para sua validade. O conteúdo do negócio processual é riquíssimo e caberá às partes descobrirem paulatinamente a melhor forma de sua utilização em juízo.²¹⁰

²⁰⁷ Defendendo que os negócios jurídicos processuais atípicos já eram admissíveis quando da vigência do CPC de 1973, Lucio Grassi de Gouveia e Marina Motta Benevides Gadelha reconhecem a importância do novo dispositivo legal: “O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 – que, a nosso ver, pode ser enxergado como um desdobramento do artigo 200 do mesmo diploma legal – surge para abolir todos os questionamentos acerca da possibilidade ou não de se celebrarem negócios processuais atípicos. De fato, se no regime processual anterior, o artigo 158 já autorizava a realização de negócios jurídicos processuais atípicos – como verificamos – e se esse mesmo artigo praticamente foi repetido pelo Código de Processo Civil atual, no artigo 200, o artigo 190 cumpre a necessária missão de encerrar definitivamente o debate sobre a possibilidade de realização de negócios processuais atípicos” (Negócios jurídicos processuais: “libertas quæ sera tamen”. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, out.-dez. 2016. p. 158).

²⁰⁸ Explica Teresa Arruda Alvim Wambier que “as cláusulas gerais, ao lado dos princípios jurídicos e dos conceitos vagos ou indeterminados, que cada vez mais integram os textos das leis, são elementos característicos do direito contemporâneo. Trata-se de expressões, cujo significado também é vago, que se consubstanciam em “poros” que fazem com que o direito se comunique com a realidade. As cláusulas gerais são sintoma de que o direito contemporâneo tende a ser aberto e flexível. Um direito que tenha estas feições pretende abranger a realidade que há hoje e a que está por vir” (*Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 161).

²⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 170-171.

²¹⁰ ARAÚJO, Fabio Caldas de. Reflexões sobre a flexibilização procedimental. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 3, n. 2, ago. 2018. p. 8 e ss.

Clara a existência, no CPC de 2015, de forte incentivo à autocomposição como forma de solução dos conflitos, como se vê do art. 3º, §§ 2º e 3º, e da consequente criação da audiência de conciliação ou mediação, a ocorrer logo na fase postulatória do processo. Mas, diante da frustração da tentativa de solução consensual do próprio conflito, faculta-se às partes convencionarem as regras do processo, como permite, entre outros, o já citado art. 190.²¹¹ É no art. 3º, pois, em especial nos seus §§ 2º e 3º, que se encontra, dentro do CPC, a base para se estabelecer o autorregramento da vontade no processo civil.²¹²

Ora, quando o nosso diploma incentiva fortemente a autocomposição, como preconiza o já referido art. 3º do CPC, demonstra enxergar nas partes sujeitos capazes de resolverem seus próprios problemas, sem que necessariamente tenham que terceirizar a solução do litígio ao Estado-juiz. Mas caso não consigam dirimir o conflito, poderão convencionar sobre as regras aplicáveis ao processo e sobre os atos a serem praticados, o que igualmente caracteriza atividade de composição e autorregramento, de acordo com a ideia de processo mais cooperativo.²¹³

De qualquer forma, a atribuição de poderes às partes para negociarem os rumos do processo não se limita ao que consta do dispositivo legal por último citado. O art. 373, § 3º – repetindo o que já fazia o CPC de 1973 – autoriza que combinem a distribuição do ônus da prova, desde que não recaia sobre direito indisponível da parte e não torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do seu direito; se forem plenamente capazes e a causa admitir autocomposição, o art. 471 autoriza que

²¹¹ “De certo modo, tal possibilidade de atuação das partes é uma das formas pela qual a valorização da autocomposição se manifesta no processo. Se não for possível às partes chegarem a um acordo para solução da controvérsia e encerramento da demanda, poderão ao menos definir de comum acordo as regras do processo” (FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Negócio jurídico processual*. In. SOUZA, André Pagani de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi; DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019. p. 453).

²¹² Ao discorrer sobre o art. 190 do CPC, afirma Pedro Henrique Nogueira: “O dispositivo é resultado do uso da técnica legislativa da cláusula geral, caracterizada por revelar disposições normativas que utilizam em sua linguagem uma tessitura aberta e vaga, promovendo a abertura do sistema. O CPC/2015 (art. 3º, §3º) estabelece um dever geral de estímulo à autocomposição. A negociação sobre o processo constitui uma das formas possíveis de solução consensual dos litígios, valorizando a possibilidade de acordo sobre o modo de resolver os conflitos, especialmente quando não seja possível a sua própria resolução por via amigável” (*Negócios jurídicos processuais*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 263).

²¹³ Raciocínio que faz Antonio do Passo Cabral afirmar: “Mesmo havendo discordância a respeito dos direitos materiais, há lugar para o consenso em torno de finalidades processuais. Onde a cooperação não tenha conseguido resolver integralmente a lide, ainda assim haverá espaço de deliberação em que as convenções das partes convirjam para disciplinar parcialmente algumas das interações processuais de que participam” (*Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*, p. 238.).

escolham o perito judicial de comum acordo. São alguns exemplos da tendência aqui apontada, que convida as partes a participarem da gestão do processo, como bem observado por Marcelo Magalhães Bonizzi.²¹⁴

A ampliação do cabimento dos negócios jurídicos processuais pode se firmar como importante meio de participação mais ativa das partes no processo, desde que elas, através dos seus procuradores, tenham noção da sua relevância e saibam bem utilizá-lo. E isso depende de uma mudança de cultura, que naturalmente ocorre aos poucos, gradualmente, para que se deixe para trás a visão do processo exclusivamente como palco de embate, para se enxergar nele uma relação mais propícia à colaboração, ainda que envolva posições antagônicas. Até aqui, necessário pontuar, o negócio jurídico processual é tema prestigiado na doutrina, mas que ainda não ganhou muito espaço no dia a dia forense.²¹⁵

Assim, dentro dessa ideia de ampliação da participação das partes no processo e no seu destino, insere-se e ganha relevo o tão propalado autorregramento da vontade, valorizado e incentivado pelo diploma processual. Caso o poder de autorregramento não seja suficiente para produzir a autocomposição sobre o litígio em si, permite ao menos que regras do processo sejam convencionalmente ajustadas, por via dos negócios processuais, típicos ou atípicos. Pretende-se, dessa maneira, ampliar o alcance da autonomia privada na regulação do processo.

Esse autorregramento encontra suporte, também, no art. 200 do CPC, ao preconizar que “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou

²¹⁴ “O sistema processual civil, embora seja um ramo do direito público, vem cedendo espaço à autonomia da vontade dos litigantes, que agora podem celebrar os chamados ‘negócios jurídicos processuais’ com muito mais abrangência do que no passado recente. De fato, uma simples comparação entre as aberturas dadas para esse tipo de negócio no CPC de 1973 e no CPC de 2015 deixa claro que as regras atuais são muito mais amplas do que as anteriores. Não são claras as razões dessa tendência, mas seria ingênuo imaginar que o Estado tenha resolvido prestigiar a autonomia da vontade dos litigantes no âmbito processual. O mais provável é que, reconhecendo sua incapacidade de gerir o processo civil, especialmente num cenário de forte congestionamento de processos nos tribunais, o Estado tenha resolvido ceder espaço nessa administração para que as partes possam participar e, portanto, dividir com ele o ônus da gestão de fases e atos importantes do processo.” (Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, jul. 2017. p. 1-2).

²¹⁵ Novamente oportuno o comentário de Marcelo Magalhães Bonizzi: “Ocorre que os profissionais brasileiros (advogados públicos ou privados, defensores públicos ou promotores) não estão acostumados a celebrar esse tipo de negócio e, muito menos, a enxergar o processo como um ambiente propício a isso. Em certa medida, o profissional que toma a iniciativa de procurar outro para propor um determinado negócio processual, parece ter mais chances de ser recebido com desconfiança do que propriamente como alguém que deseja compartilhar a administração do processo ou como alguém que deseja algum tipo de ‘colaboração’” (Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo, p. 2).

bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

Trata-se de um passo em direção ao privatismo processual, por se atribuir às partes poderes para que alterem procedimentos e regras estabelecidos pelo legislador. Mas isso não permite afirmar ter ocorrido entre nós o abandono ao publicismo, que segue presente, ainda que amenizado.²¹⁶

Quanto ao juiz, por outro lado, o art. 139 do CPC dá clara mostra da ampliação dos seus poderes no processo. Muito mais amplo que o seu equivalente art. 125 do CPC de 1973, permite, por exemplo, (inciso IV) que determine todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para proporcionar o cumprimento das ordens judiciais, bem como (inciso VI) dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de provas, para adequá-los às peculiaridades do conflito.

Como logo acima se ponderou, a ampliação concomitante dos poderes do juiz e das partes não há de ser vista com estranheza. Basta que no exercício dos poderes concedidos se possa identificar qual deva prevalecer, em caso de possível conflito. Afinal, o exercício de poder por um dos sujeitos do processo pode causar, em certos casos, a limitação do exercício de poder por outro.

Bom exemplo do que aqui se afirma pode ser notado no art. 471 do CPC. Ora, a escolha do perito judicial era, no passado, atribuição exclusiva do magistrado, que impunha sua preferência e nomeava profissional da sua confiança. Atualmente, todavia, caso as partes cheguem a um acordo sobre o profissional que deva assumir

²¹⁶ Trata-se de movimento também percebido por Fernando Gajardoni: “O impacto no publicismo processual é evidente, uma vez que, em substituição à lei, as partes passam a ter poder e autonomia para definir o modo de ser do processo civil. Se não é posto literalmente em xeque o ideário de um processo civil público e com regras cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes, ao menos se mitiga o rigor do publicismo processual (ou do hiper-publicismo), inaugurando-se no direito processual brasileiro uma fase de *neoliberalismo processual*, que, embora incapaz de tornar o processo coisa das partes, como no período da *litiscontestatio* romana (*ordo iudiciorum privatorum*), abala a estrutura de um sem-número de institutos processuais, doravante com regramento manipulável pelos litigantes” (*Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, Parte Geral*, p. 614). Igualmente oportuna é a lição de Zulmar Duarte de Oliveira Jr., ao comentar o art. 2º. do CPC: “Pode-se dizer, no tema, que o atual Código manteve, como fio condutor, a carga ideológica do anterior (CPC/1973), acentuadamente publicista, ainda que tenha realizado novos concertos entre as ideologias ditas conflitantes. Por exemplo, abrindo flancos no seu caráter publicista, o Código franqueou espaços aos negócios processuais (artigos 190 e 191), permitiu o saneamento processual compartilhado com as partes (artigo 357, §2º), bem como abandonou o sistema presidencialista na inquirição das testemunhas, para adotar o sistema *cross examination* (artigo 459)” (*Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, Parte Geral*, p. 9).

esse encargo, a vontade delas prevalecerá sobre a do juiz, retirando dele a referida escolha.

Também se disse anteriormente que a ampliação dos poderes do juiz pode ser sentida quando se autorizou, para o cumprimento de qualquer obrigação, que aplique medidas executivas atípicas, conforme as exigências e as peculiaridades do caso concreto. Trata-se de inegável ampliação de poderes, mas estes igualmente podem sofrer limitações se as partes se valerem do negócio jurídico processual para regular e definir as medidas a serem aplicadas ou para vedar a utilização de outras, deliberações essas que entendemos deva ser respeitada pelo juiz.

Sobre essa perspectiva, de ampliação do poder de autorregramento das partes, que devem ser analisados os negócios jurídicos processuais, seu alcance e a contribuição que podem dar ao desenvolvimento da execução.

6.1 Os negócios jurídicos processuais

A razão de nos dedicarmos aqui ao tema dos negócios jurídicos processuais reside no fato de acreditarmos que, se adequadamente utilizados, poderão assumir a condição de ferramenta útil para adaptar a execução e seus atos às necessidades do caso concreto, imprimindo efetividade à atividade executiva, inclusive para delimitação ou autorização consensual das medidas que serão aplicadas, admitidas ou vedadas, reduzindo o grau de incerteza que envolve a definição e a adoção delas.

O negócio jurídico processual, na definição de Fredie Didier Jr., consiste no “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.”²¹⁷ Em outro trabalho, Pedro Henrique Nogueira pondera que o negócio pressupõe manifestação de vontade das partes; autonomia atribuída pelo ordenamento jurídico para o autorregramento da vontade; e a “referibilidade a um procedimento, sem a qual pode até haver negócio jurídico, mas não poderá ser adjetivado como processual”.²¹⁸

Assim, em termos mais simples, é ele um negócio jurídico através do qual as partes, antes ou durante o processo, modificam o procedimento originalmente previsto

²¹⁷ Complementa o autor que “sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual, e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas *válidas*, inclusive convencionais” (*Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais*, p. 25).

²¹⁸ *Negócios jurídicos processuais*, p. 152.

em lei, ou criam, modificam ou extinguem situações jurídicas processuais, em atendimento a um interesse comum.

Diversos critérios são utilizados para a classificar os negócios jurídicos processuais. Um deles considera o momento em que são ajustados, levando à classificação dos negócios em “processuais” e “pré-processuais”. Processuais, aqueles realizados já na pendência do processo; pré-processuais, firmados antes dele e com o objetivo de incidir sobre um processo eventual e futuro, passíveis de inserção em cláusulas contratuais, por exemplo.

Há que se reconhecer a dificuldade prática de ajuste dos negócios jurídicos processuais quando já em curso a demanda judicial. Nesse momento, em que o conflito já se instalou, difícil a obtenção de qualquer espécie de acordo, quer sobre o objeto do conflito, quer sobre as regras do processo que servirá de instrumento para dirimi-lo.

Embora o CPC atual pregue a cooperação entre os sujeitos processuais, como se vê do seu art. 6º, essa intenção não é apta a minimizar o conflito, a ponto de tornar simples o ajuste consensual das regras processuais. Afinal, a origem do processo está na existência do litígio e é previsível que cada parte queira fazer prevalecer suas razões, buscando um resultado que lhe seja o mais favorável possível.

Por consequência, natural que os negócios pré-processuais sejam mais fáceis de serem ajustados, por permitirem a convenção sobre o procedimento ou os atos do processo quando o conflito ainda não se estabeleceu. Afinal, quando as partes estão ajustando os termos de um contrato que pretendem firmar, por exemplo, normalmente há um clima amistoso entre elas, o que permite a discussão e a definição das suas cláusulas. Entre essas, viável incluir as que versem sobre um processo eventual e futuro.

No caso específico da execução, tendo em conta a sua natureza e o seu objetivo, aparenta ser ainda mais difícil a realização do negócio processual durante o seu trâmite. Afinal, na execução não se discute o direito, que já está reconhecido no título, mas se busca a satisfação dele. Essa satisfação, se não for promovida voluntariamente pelo devedor, é obtida de maneira forçada através da invasão ao seu patrimônio ou através da prática de atos que atuem sobre a sua vontade e o façam cumprir a obrigação.

Em uma relação processual com essa característica e propósito, compreensível que o exequente queira imprimir-lhe efetividade; em contrapartida, presumível que o executado queira torná-la menos invasiva e efetiva. Até porque, se houvesse disposição e capacidade de cumprir a obrigação, nem haveria a necessidade de executar.

Diante dessa realidade, presumivelmente difícil o ajuste consensual das regras do processo executivo e dos seus atos. Obviamente, não há que se descartar essa possibilidade, mas forçoso reconhecer que o negócio pré-processual é mais fácil de ser realizado.

Tal quadro demonstra a conveniência de se cogitar do negócio processual antes de o conflito se instalar no seio da relação entre as partes. Não é errado concluir, pois, que o processo deve ser pensado antes mesmo da sua existência.

Quanto às concessões das partes, o negócio jurídico processual pode ser classificado em unilateral ou bilateral. Unilateral, quando fruto da vontade de apenas uma delas, o que se dá, por exemplo, quando o exequente escolhe o juízo em que se processará o cumprimento da sentença, por autorização do parágrafo único do art. 516 do CPC. Ou bilateral, quando fruto da negociação entre ambas as partes, que de comum acordo ajustam as regras. É o que ocorre quando negociam sobre as regras da execução, definindo, exemplificativamente, quais medidas executivas poderão ser legitimamente aplicadas.

Acreditamos que os negócios unilaterais podem assumir importante papel ao permitirem que o exequente requeira ou autorize o juiz a fixar sanções premiais não previstas em lei, tornando o adimplemento mais atraente ao executado. Pensamos ser esse um tema pouco explorado, pela doutrina e na prática forense, mas que pode ser um importante caminho para elevar o índice de efetividade da execução, tanto em termos de satisfação do direito quanto em relação ao tempo da sua tramitação. Trataremos disso com mais profundidade um pouco mais adiante.

Outro relevante critério de classificação do negócio processual leva em conta a expressa previsão em lei a respeito da possibilidade de sua realização. São considerados típicos os negócios processuais expressamente autorizados em lei, tais como a escolha consensual do perito ou a convenção sobre a distribuição do ônus da prova; e atípicos os que não encontram previsão legal, mas autorizados pela cláusula geral do art. 190 do CPC, que consagra um tipo aberto.

Novidade importante do CPC de 2015, quanto a esse tema, foi justamente a introdução dessa permissão ampla e geral para que as partes ajustem os negócios jurídicos processuais, sem limitá-los às hipóteses preestabelecidas. Certo que, embora pensados com mais frequência para o processo de conhecimento, tais negócios podem incidir sobre o processo de execução e contribuir para o seu bom desenvolvimento.

Conveniente acrescentar que o negócio jurídico processual não tem sua validade dependente da concordância do juiz e tampouco da sua homologação.²¹⁹ Ainda assim, o juiz fica vinculado ao negócio celebrado, devendo-lhe respeito, se realizado dentro dos limites da disposição das partes.²²⁰ Compete ao magistrado, aí sim, nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC, controlar a validade das convenções, deixando de aplicá-las apenas em caso de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou quando uma das partes se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.²²¹

²¹⁹ Nesse sentido, Enunciado n. 113 do FPPC: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

²²⁰ Pedro Henrique Nogueira, *Negócios jurídicos processuais*, p. 267-268: “O juiz se vincula diretamente aos negócios jurídicos processuais, seja quando relacionados ao procedimento, seja quando relacionados a ônus, poderes e deveres processuais, devendo promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que foi avençado entre as partes. Não há necessidade de homologação judicial para que a convenção produza seus efeitos, já que, por força do art. 200 CPC/2015, os atos materializados por manifestações de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais (simples ou complexas), dispensando-se qualquer ato homologatório do juiz para a sua eficácia se irradiar, salvo quando exista regra expressa estabelecendo a homologação como requisito para eficácia do ato (como sucede, v.g., na desistência da demanda, prevista no art. 200, parágrafo único, do CPC/2015 e no saneamento consensual do processo, previsto no art. 357, § 2º do CPC/2015)”.

²²¹ Marcelo Magalhães Bonizzi vai além, defendendo que deve o juiz avaliar também se o negócio jurídico processual é realizado em benefício da efetividade do processo, como instrumento público destinado à solução dos conflitos: “Em outras palavras, se a regra do art. 190 for interpretada de forma isolada, desvinculada da efetividade do processo e de sua natureza pública, alguém poderá pensar que o processo civil se transformou numa espécie de ‘arbitragem pública’, feita às custas do contribuinte, na qual as partes podem estipular os negócios processuais que lhe forem mais convenientes, sem levar em consideração a efetividade do processo, aí incluídos o seu custo e a sua duração. Não é essa a melhor interpretação para os limites da contratualização do litígio sob pena de negarmos a natureza pública do processo onde esses negócios processuais podem ser utilizados. Em certa medida, a vontade das partes ao celebrar negócios processuais precisa estar em harmonia com a vontade do Estado, caso contrário caminharemos no sentido da privatização exagerada de um instrumento público de solução de litígios, com grandes perdas para a sociedade. Assim como o Estado não pode transformar a arbitragem privada num instrumento público, as partes não podem transformar o processo judicial num instrumento privado. O ideal seria termos o melhor de dois mundos: as partes celebrando negócios processuais para tornar o processo mais efetivo para elas e para o Estado. Para que isso ocorra, o juiz precisa se libertar dos estritos termos do disposto no parágrafo único do art. 190 do CPC e levar em consideração a efetividade do processo ao admitir a celebração de negócios processuais” (Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo, p. 5-6).

Quanto à desnecessidade de homologação, pensamos que o art. 200 do CPC dá suporte a essa conclusão, ao estabelecer que “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”, à exceção da desistência, dependente da homologação judicial por previsão do parágrafo único do mesmo dispositivo. Igualmente, ao tratar do saneamento do processo, o § 2º do art. 357 do CPC, também se refere à homologação pelo juiz da delimitação consensual de questões de fato e de direito, apresentadas pelas partes. A homologação se faz necessária, pois, apenas nas hipóteses em que a lei a exige, caso contrário há de prevalecer o quanto disposto no *caput* do art. 200.²²²

Outras vezes, a adequação do processo às necessidades do caso concreto não depende exclusivamente das partes, ou apenas do juiz, mas depende de todos eles. É o que ocorre na hipótese do art. 191 do CPC, ao autorizar a fixação de prazos e datas para a prática dos autos processuais, vez que todos se vinculam e devem se submeter ao calendário ajustado.

Certo é que a ampliação dos poderes do juiz e das partes, e quanto a estas, a possibilidade de ajustarem os negócios jurídicos processuais atípicos, vem com o propósito nítido de permitir a adaptação do processo e dos seus atos às necessidades do caso concreto e ao interesse dos litigantes, como já afirmamos. Mas é preciso, pois, que os sujeitos do processo saibam usar esse poder, na construção de um instrumento que tenha melhores condições de satisfazer aos seus objetivos e atender aos seus anseios. E a execução, incluídas aí as medidas executivas atípicas, é campo fértil para isso.²²³

²²² Nessa mesma linha também se manifestam Lucio Grassi de Gouveia e Marina Motta Benevides Gadelha: “Assim, pretender ampliar a necessidade de homologação a todas as situações nas quais se identifica uma interferência de monta na esfera de atuação judicial traz consigo três problemas, que, ao fim e ao cabo, podem se tocar: a) cria-se um obstáculo à realização dos negócios jurídicos processuais que a lei processual não pretende criar – e nem poderia, sob pena de se perder a harmonia do ordenamento; b) confundem-se os conceitos de limites dos negócios jurídicos processuais com a indispensabilidade de homologação, o que, em nosso sentir, não pode ser admitido; e c) institui-se um ambiente de profunda subjetividade – e, conseqüentemente, de insegurança jurídica – para o aperfeiçoamento do negócio jurídico processual, incompatível com a vontade da lei e do próprio instituto” (Negócios jurídicos processuais: “libertas quæ sera tamen”, p. 158).

²²³ Sobre a ampliação dos negócios jurídicos processuais no novo CPC, assim se manifesta Flavio Luiz Yarshell: “A abertura que o CPC 2015 dá às partes, para que exerçam a autonomia da vontade em matéria processual não deve ser encarada apenas como uma oportunidade para o exercício da criatividade dos advogados. Como já foi dito, regras processuais convencionais, que alterem as opções feitas pelo legislador, devem ser pensadas como forma de trazer resultados relevantes para racionalização do processo. Por isso é que a lei falou em mudanças no procedimento para ‘ajustá-lo às especificidades da causa’. Não se trata exatamente de ‘simplificar’ o processo, porque o

6.2 Negócios jurídicos processuais na execução

Duas importantes novidades para a disciplina do processo civil brasileiro foram trazidas pelos arts. 139, inciso IV, e 190 do CPC. O primeiro ampliou os poderes do juiz na execução, para permitir a adoção de medidas executivas atípicas, inclusive nas ações que tenham por objeto a prestação pecuniária; o segundo autorizou a realização de negócios jurídicos processuais não tipificados na lei. Pensamos que os citados dispositivos legais podem trabalhar juntos e tal junção de forças mostrar-se produtiva, como tentaremos aqui demonstrar.

Apesar de os negócios jurídicos processuais serem pensados e utilizados com mais frequência no processo de conhecimento, pouco se debatendo sobre a sua incidência em sede de execução, claro é que tais negócios podem versar sobre ela e, nesse contexto e dependendo do seu conteúdo, atribuir mais segurança e eficiência à atividade executiva.²²⁴

Para bem desenvolvermos o tema, importante assinalarmos que o art. 775 do CPC permite que o exequente disponha da execução. Portanto, está autorizado a dela desistir, independentemente da concordância do executado, quando este ainda não tiver apresentado defesa ou caso ela verse exclusivamente sobre questões processuais. A desistência constitui verdadeiro negócio jurídico processual unilateral, tipificado no Código.

conceito de simplicidade, por incrível que pareça, envolve boa margem de subjetividade e nem sempre é tão fácil de estabelecer. Trata-se de racionalizar, adequando-se o processo à relação controvertida e respectivos sujeitos. De outro lado, é imperativo que os magistrados estejam abertos a esse novo cenário. Não deve vingar eventual ceticismo, de que argumente com a impossibilidade de se ter processos particularizados perante órgãos já atarefados. Ao conferir espaço para a autonomia da vontade, o que almejou a lei foi reforçar a cooperação que as partes possam dar para o bom andamento dos processos e para resolução das controvérsias. Portanto, depende do esforço e da boa vontade de todos os envolvidos o sucesso ou o fracasso das novas disposições. Só então saberemos se caminhamos, de fato, para uma nova Era” (Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 79-80).

²²⁴ A falta de um debate mais profundo sobre a utilização dos negócios processuais em sede executiva é também apontada por Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral: “E, na doutrina brasileira, vemos uma lacuna quase absoluta em torno do tema. Apesar disso, um exame superficial da legislação permite constatar que, também em relação ao processo de execução, podem ser observadas várias convenções processuais sobre a condução da atividade executiva. De fato, tanto antes de a execução começar, como no seu curso, as partes podem negociar a respeito de diversos aspectos do procedimento executivo e das suas situações jurídicas processuais.” (Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 67, jan.-mar. 2018. p. 138). Lembrem os autores, logo adiante (p. 140), “que a atividade executiva é permeada pela autonomia das partes, moldada na síntese do princípio dispositivo e do princípio do debate: o exequente pode a ela renunciar por completo; salvo exceções, a execução não se inicia de ofício; a faculdade de desistência é ampla, muito maior que no processo cognitivo, como já visto”.

Além de desistir da execução, faculta-se ao exequente desistir igualmente de “alguma medida executiva”, como preconiza o mesmo dispositivo legal. Pensamos ser correto concluir que se o Estado não pode compelir o exequente a promover a execução, tampouco pode aplicar uma medida executiva não pretendida por ele. “A desistência da execução ou de uma medida executiva é negócio jurídico processual unilateral típico e tradicional em nosso Direito positivo”, afirmam Fredie Didier e Antonio do Passo Cabral.²²⁵ Mas a execução não é apenas ambiente propício para os negócios jurídicos unilaterais, podendo também ser sede dos bilaterais, fruto da convenção das partes.²²⁶

Se é verdade que a execução tem conotação publicista, por ser através dela que o Estado faz cumprir suas decisões ou outras obrigações constantes em títulos executivos extrajudiciais, tampouco se pode deixar de enxergar nela um viés privado, à medida que se presta à satisfação do interesse do credor. Tem-se aqui o já antigo embate entre publicismo e privatismo, e a conseqüente necessidade de se estabelecer o correto equilíbrio entre eles.

Certo é que ao credor cabe iniciar a execução, ou até deixar de fazê-lo, se por isso optar. Ou desistir daquela já iniciada, conforme acima já se expôs. Não cabe ao juiz, em regra, iniciar a execução de ofício, tampouco impedir a desistência pelo exequente, quando puder se dar independentemente da concordância do executado. Da mesma forma que pode desistir da execução, o exequente também está autorizado a desistir de algum ato executivo.

Havendo na execução, pois, indiscutível campo para acomodação e satisfação de interesses privados, os negócios processuais têm nela, conseqüentemente, largo espaço para serem ajustados, cabendo-lhes versar sobre diversos aspectos da atividade executiva, entendimento esse compartilhado por Pedro Henrique Nogueira.²²⁷

²²⁵ Negócios jurídicos processuais atípicos e execução, p. 140.

²²⁶ É o que também aponta Pedro Henrique Nogueira: “É possível utilizar, amplamente, a negociação processual, quer para promover a celeridade e a eficiência da execução forçada, quer para limitar a atividade executiva, restringindo a prática de atos de constrição, quer, ainda, para regular como os atos executórios haverão de ser praticados, conferindo assim maior previsibilidade para os envolvidos. Do ponto de vista do direito positivo brasileiro, há três principais justificativas para ratificar a afirmação de que a execução é campo propício para a negociação processual: a) a norma fundamental do respeito ao autorregramento da vontade no processo; b) a cláusula geral de atipicidade da negociação processual; c) o regime de disponibilidade da execução forçada.” (Gestão da execução por meio de negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 286, dez. 2018. p. 1-2).

²²⁷ “O Código de Processo Civil de 2015, seguindo a mesma sistemática da codificação anterior, adotou

Oportuna a lição de Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral:

Entendemos que, na execução, não há uma hierarquia entre interesses públicos e privados; tampouco uma preordenação entre autonomia das partes e atuação estatal. Deve ser lembrado que, desde o limiar da Idade Contemporânea, a humanização da execução fez com que os poderes do Estado e a visão autoritária do indivíduo como objeto da atividade estatal fossem abandonados na execução, numa virada da tutela executiva mais orientada para as partes, não para o Estado. De outro lado, o contraponto que se pode fazer é que, se o exequente é o “senhor da execução”, o juiz não é seu servo. O processo abarca interesses públicos e privados em equilíbrio, e por isso não se pode nem adotar um extremo nem outro: nem uma total liberdade a moda da contratação no direito privado, nem uma proibição principiológica do processo executivo convencional. Reconhecer que as partes tenham alguma margem de conformação negocial do procedimento não significa uma volta ao privatismo romano.²²⁸

Deixando a execução de ser exclusivamente forçada, para ser, ainda que em parte, negociada, pode haver importantes ganhos para a adequação da execução e das suas medidas às necessidades do caso concreto ou aos anseios das partes, ao mesmo tempo que se garante previsibilidade ao seu processamento, vantagem significativa em temas delineados de forma vaga pela Lei, como ocorre com as medidas executivas atípicas, a que se refere o art. 139, IV, do CPC.

E tomando como certo que os negócios jurídicos podem ser realizados na execução, cabe ao juiz avaliar a validade deles. E em sendo válidos, não se espera do magistrado outra atitude senão a de respeito aos negócios e a adoção de medidas adequadas à implementação da vontade das partes.²²⁹

a regra da disponibilidade da execução, consagrada expressamente no enunciado do art. 775: ‘O exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva’. A desistência independe da concordância da parte executada. A execução se desenvolve no interesse do credor, que, por sua vez, tem a liberdade de decidir e abrir mão da prática de atos executivos, expropriatórios ou não, que possam vir a ser praticados no procedimento executório. Consagra-se o poder de disposição em favor do exequente, quer quanto ao processo, do que lhe resulta o direito subjetivo processual de desistir a qualquer tempo da execução, mesmo depois da citação do executado, quer quanto a abdicar apenas de determinadas medidas executivas. O enunciado normativo se utiliza do termo ‘execução’ em vez de ‘processo executivo’, do que resulta a plena aplicação dessa regra da disponibilidade a todos os procedimentos executórios (execuções de título extrajudicial e cumprimento de sentença relativos a obrigações de pagar quantia, entregar coisa, fazer e não fazer, pagar prestação alimentícia etc.). O Código utilizou a expressão ‘medidas executivas’, cujo significado, por ser mais abrangente, alcança tanto os atos executivos propriamente ditos, sub-rogoratórios, quanto as medidas executivas de execução indireta. (...) Isso mostra que no Brasil abriu-se amplo espaço à negociação processual na execução. O ato jurídico de desistir, seja do processo executório (revogação da demanda), seja de medidas executórias em particular, configura-se um *negócio jurídico processual unilateral* praticado pelo exequente, por ser desnecessária a concordância do executado; havendo pendência de embargos ou impugnação versando sobre o mérito, a concordância do executado é necessária e, se não houver, a execução será extinta, mas os embargos ou impugnação prosseguem até o julgamento.” (Gestão da execução por meio de negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro, p. 4-5).

²²⁸ Negócios jurídicos processuais atípicos e execução, p. 141-142.

²²⁹ Afirmação semelhante é articulada por Pedro Henrique Nogueira: “Além disso, não sendo o caso de invalidade do negócio processual, tem o juiz o dever jurídico de abster-se de contrariar o que foi convencionalmente (CPC/2015, art. 139, V), além de tomar as medidas necessárias para implementar

Nesse sentido, não se descarta, por exemplo, a realização de negócios processuais para vedar execução provisória do julgado, ou, ao contrário, para retirar o efeito suspensivo da apelação, viabilizando a realização da execução provisória; para alterar a ordem preferencial de bens a serem penhorados; para excluir a penhora sobre alguns bens ou renunciar à impenhorabilidade de outros; para autorizar que a execução provisória e atos que possam causar prejuízos ao executado se realizem sem a necessária prestação de caução pelo exequente; e até a definição de bem a ser preferencialmente penhorado poderá ser objeto de negócio processual.²³⁰ Tem-se, pois, um leque muito amplo à disposição e merecendo ser melhor explorado pelos operadores do direito.

Aliás, como logo acima se afirmou, são expressamente previstos no nosso ordenamento processual diversos negócios processuais típicos atinentes à execução, o que já se dava mesmo na vigência do CPC de 1973, razão pela qual sua utilização na seara executiva não poderia causar qualquer estranheza e tampouco assumir contornos de novidade.

A eleição de foro da execução, atualmente autorizada pelo art. 781, I, é um dos muitos exemplos. Mas podemos citar também a impenhorabilidade por ato voluntário, previsto no art. 833, I; a nomeação do executado como depositário dos bens penhorados, havendo concordância do exequente; a definição da forma de administração e do depositário por acordo entre as partes, quando a penhora recair sobre empresas, outros estabelecimentos e semoventes, segundo previsão do art.

aquilo que foi objeto da convenção (CPC/2015, art. 3º, §§ 2º e 3º).” (*Negócios jurídicos processuais*, p. 269).

²³⁰ FPPC, Enunciado 19: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.” FPPC, Enunciado 262: “É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença.” FPPC, Enunciado 490: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, § 3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II).”

862, § 2º.; o acordo sobre avaliação do bem penhorado, segundo autorização do art. 871, I; a suspensão da execução por convenção das partes, conforme art. 921, inciso I, entre outras hipóteses que poderíamos aqui relacionar.²³¹

Claro, ainda, que não há por que os negócios processuais na execução fiquem restritos àqueles ditos típicos. Ao contrário, a execução é terreno fértil também para a realização de negócios processuais não tipificados, realizados por autorização do art. 190 do CPC.²³²

6.2.1 Negócios jurídicos processuais sobre medidas executivas

Entre as matérias passíveis de negócios jurídicos processuais atípicos, relacionados à atividade executiva, não ficam de fora as medidas executivas, tema central da presente tese. Nessa linha, viável definir os critérios para a sua fixação, as medidas a serem aplicadas, com vistas a proporcionar o cumprimento da obrigação contida no título executivo, ou até quais medidas ficam vedadas.²³³ Viável também autorizar desde o início da execução a adoção de medidas executivas atípicas, antes

²³¹ Fernando Gajardoni enumera “algumas situações em que aparenta ser possível a convenção atípica e bilateral sobre poderes, deveres, ônus e faculdades (situações jurídicas) (vide, com algumas ressalvas, os Enunciados n. 19, n. 21 e n. 262): (i) o pacto de não denúncia à lide ou chamamento ao processo; (ii) pacto de impenhorabilidade de certos bens legalmente penhoráveis; (iii) acordo para rateio de despesas processuais; (iv) acordo de isenção de honorários de sucumbência (fixados judicialmente), nesse caso, restando a dúvida se o advogado também precisaria firmá-lo; (v) dispensa consensual de assistente técnico; (vi) acordo para retirar efeito suspensivo da apelação; (vii) convenção de julgamento em instância única, com renúncia antecipada a qualquer recurso interponível contra a sentença; (viii) acordo de não recorribilidade de todas as decisões interlocutórias havidas no processo; (ix) acordo para não realização de sustentação oral; (x) convenção de dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença; (xi) estipulação contratual de multa pela sucumbência na demanda; (xii) convenção sobre ordem de penhora de bens; (xiii) convenção sobre alienação antecipada de bens; (xiv) convenção acerca de alteração do pedido e da causa de pedir após a citação; (xv) convenção sobre não exercício do direito à contradita de testemunhas; (xvi) acordo para não ajuizamento de demanda em determinado período (cláusula de paz); (xvii) convenção para que haja condenação em verbas de sucumbência no âmbito do processo do trabalho (desde que aceita a validade das convenções processuais atípicas no âmbito do processo do trabalho); etc.” (*Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*, p. 630).

²³² Exemplifica José Miguel Garcia Medina: “Exemplo interessante de negócio processual que, a um só tempo, envolve procedimento e disposição sobre posições processuais das partes, seria convenção pré-processual no sentido de que, em caso de execução, a penhora recairá sobre determinado bem imóvel (ainda que não se convencie hipoteca), e que o bem será alienado, em determinado prazo, por um entre dois ou três corretores de imóveis indicados no contrato, por no mínimo 50% da avaliação que dois desses corretores realizem. Uma solução como essa tenderia a agilizar a execução, movida por qualquer das partes” (*Curso de direito processual civil moderno*, p. 319).

²³³ Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral: “Também é permitido que as partes convençionem a proibição da tomada de algumas medidas executivas. Se a execução é pautada pelo interesse do credor, é evidente que ele mesmo pode, voluntariamente, decidir estabelecer limites a ela. No fim das contas, é como se o credor dissesse que não *quer executar de uma determinada maneira*. As partes podem convencionar, por exemplo, que não haverá a suspensão das atividades empresariais, medida executiva atípica” (Negócios jurídicos processuais atípicos e execução, p. 150).

mesmo da tentativa de adoção das medidas tipificadas, afastando aquela ideia de subsidiariedade. Além da realização de negócios jurídicos processuais bilaterais, o exequente pode requerer que determinada medida executiva não seja aplicada, o que caracterizaria um negócio jurídico processual unilateral.²³⁴

Como já se afirmou, essas possibilidades não representam grande revolução a respeito do tema. Não nos surpreende a circunstância de ficar a critério do credor executar a dívida alimentar sob a ameaça de prisão do devedor, ou então optar pelo rito tradicional da execução de obrigação de pagar, por expropriação de bens. É o que faculta o § 8º do art. 528, ao afirmar que “o exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado”. Semelhante é a previsão do art. 913 do CPC, a incidir na execução alimentar fundada em título extrajudicial. Ou seja, o exequente pode optar pela não aplicação da medida coercitiva de prisão.

Pensemos agora nas medidas que vêm sendo frequentemente fixadas, cuja adoção gera alta dose de controvérsia. Serve bem como exemplo a retenção da Carteira Nacional de Habilitação do executado, cuja aplicação não é vista com bons olhos por parte da doutrina e da jurisprudência. Todavia, se o próprio devedor, através de negócio jurídico processual, manifestar estar de acordo com a aplicação futura de tal medida, torna-se mais difícil questionar seu cabimento. Além de dar mais tranquilidade ao magistrado para aplicá-la, uma vez que o próprio executado aceitou submeter-se a ela.

Nessas hipóteses acima referidas, os negócios processuais serão utilizados para melhor disciplinar e autorizar a adoção das medidas executivas, reduzindo a

²³⁴ Oportunas as palavras de Antonio do Passo Cabral: “No processo, pode haver tanto negócios jurídicos unilaterais como plurilaterais. Os exemplos mais comuns de negócios jurídicos unilaterais são a desistência da ação (antes da citação do réu), a renúncia e a desistência do recurso, previstas respectivamente no art. 485, VIII; 998 e 999 do CPC/15, e também nos art. 19 e 19-C da Lei 10.522/02, na redação dada pela Lei n. 13.874/2019. Mas a doutrina aponta muitos outros. Segundo Leonardo Cunha, são negócios jurídicos unilaterais, dentre outros: reconhecimento da procedência do pedido (art. 487, III, ‘a’, do CPC/2015); renúncia à pretensão (art. 487, III, ‘c’, do CPC/2015); escolha do juízo da execução (art. 516, parágrafo único, do CPC/2015); renúncia ao direito de recorrer (art. 999 do CPC/2015); desistência da execução ou de medidas executivas (art. 775 do CPC/2015); escolha do foro competente pela Fazenda Pública na execução fiscal (art. 578, parágrafo único, CPC/73); opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (art. 816 do CPC/2015); desistência da penhora pelo exequente (art. 851, III do CPC/2015); opção do exequente por substituir a arrematação pela alienação via internet (art. 689-A do CPC/2015); opção do executado pelo pagamento parcelado (art. 916 do CPC/2015)” (*Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*, p. 64-65).

insegurança que paira sobre a definição delas, com ganhos para a segurança jurídica.²³⁵

Claro que, em sentido contrário, não se pode descartar o uso do negócio processual também para restringir a prática de algumas medidas executivas. Nada impede que se estabeleça, por exemplo, que não se admitirá em sede executiva a retenção do passaporte do executado ou a retenção da carteira de habilitação deste último. Um negócio processual nesses termos seria plenamente válido, pois se cabe ao exequente decidir se quer ou não executar, poderá o menos, ou seja, estabelecer limites às medidas a serem aplicadas.²³⁶ Até porque o eventual dever de ressarcir o executado por prejuízos causados pela execução indevida poderá recair sobre ele, a justificar sua eventual cautela.

Interessante observar que quando as partes ajustam negócios jurídicos processuais para autorizar a prática de determinadas medidas executivas atípicas, dá-se uma verdadeira tipificação dessa medida por ato das partes, e não por iniciativa do legislador. Como consequência, haverá ganho para a previsibilidade e a segurança.²³⁷

²³⁵ Fernando Gajardoni também aponta a importância que os negócios jurídicos processuais podem assumir na definição dessas medidas: “Como entendemos, também, que as partes podem convencionar medidas atípicas, na forma do art. 139, IV, do CPC/2015, a serem empregadas a fim de compelir o devedor a cumprir a obrigação. O estabelecimento de medidas coercitivas e inibitórias, extra e pré-processualmente, para os casos de inadimplemento da obrigação (como a vedação do exercício de determinados direitos no período de inadimplemento), pode servir de poderoso instrumento de pressão em favor da satisfação dela. Obviamente a medida atípica eleita ficaria – como todo negócio processual –, sujeita a controle judicial oficioso (art. 190, parágrafo, CPC), inclusive para fins de aferição de eventual nulidade ou vulnerabilidade do devedor quando da pactuação. Mas não se pode negar, em princípio, a possibilidade de celebração da convenção.” (*Convenções processuais atípicas na execução civil*, p. 5, Disponível em <http://genjuridico.com.br/2017/10/30/convencoes-atipicas-execucao-civil>. Acesso em 22 nov. 2020.

²³⁶ Compartilha dessa opinião Pedro Henrique Nogueira: “Seguindo o mesmo raciocínio, revela-se perfeitamente lícito às partes negociarem a exclusão de medidas executivas coercitivas, previstas no art. 139, IV do CPC/2015. Sem adentrar aqui no problema do “âmbito de incidência desse dispositivo, o fato é que os tribunais brasileiros têm admitido o uso de algumas medidas claramente severas para compelir o devedor a satisfazer o crédito em execução (v.g. apreender passaporte, suspender carteira de habilitação, ou interditar o uso de cartão de crédito etc.)” (*Negócios jurídicos processuais*, p. 316).

²³⁷ Parte do que aqui se afirma é também manifestado por Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral: “Também é permitido que as partes convençionem a proibição da tomada de algumas medidas executivas. Se a execução é pautada pelo interesse do credor, é evidente que ele mesmo pode, voluntariamente, decidir estabelecer limites a ela. No fim das contas, é como se o credor dissesse que não *quer executar de uma determinada maneira*. As partes podem convencionar, por exemplo, que não haverá a suspensão das atividades empresariais, medida executiva atípica. Essa solução não pode causar estranheza: a) sempre foi possível, por exemplo, o pacto de impenhorabilidade, em que as partes limitam voluntariamente a execução, excluindo determinado bem da atividade executiva; b) o uso da prisão civil na execução de alimentos, medida de coerção *típica*, depende de requerimento do exequente (art. 528, *caput*, do CPC), exatamente porque cabe a ele decidir se vai se valer de um meio mais violento, como a prisão, ou se vai partir para uma execução segundo o modelo geral de expropriação de bens (penhora – alienação judicial). Portanto, limitações voluntárias à atividade executiva sempre existiram – e, como é admitido no sistema jurídico, esse

Como já se afirmou, claro que o ajuste desses negócios sobre medidas executivas torna-se difícil quando já instalado o conflito. Ainda que possível, não é provável que exequente e executado cheguem a um acordo quanto à adoção delas. Há que se supor que o exequente defenda e pretenda a incidência ampla das medidas; o executado, por seu turno, que as queira restringir ao máximo. Por isso já afirmamos que a tarefa de realizar um negócio sobre tal tema é menos complicada se tentada através de um negócio pré-processual, como expressamente admite a parte final do *caput* do art. 190 do CPC.

Nesse contexto, ao definirem via negócio processual as medidas executivas a serem aplicadas, as partes colaborarão com o magistrado condutor da execução, dando-lhe melhores condições para definir aquelas que podem ser legitimamente fixadas, estabelecendo parâmetros para aplicação do art. 139, IV, CPC, o que a lei hoje nos parece não fazer satisfatoriamente.

Haverá, como consequência, evidente ganho para a segurança e a previsibilidade da execução, vantagens nada desprezíveis. Já estarão definidas, pois, quais medidas executivas poderão ser requeridas pelo exequente e incidirão sobre o executado e seu patrimônio, com redução do espaço para surpresas.

Parece-nos também possível afirmar que a definição das medidas executivas ou dos parâmetros para a sua aplicação, via negócio jurídico processual, trará como provável benefício a redução de recursos de agravo de instrumento interpostos sobre as decisões interlocutórias que versem sobre tais medidas. Afinal, respeitados os termos do negócio pelo juiz, sobrarão menor margem para se questionar a decisão proferida.

Trata-se de benefício relevante. Afinal, a intenção do legislador de restringir o cabimento do recurso imediato em face de decisões interlocutórias fica claro da leitura dos arts. 1.015 e 1.009, § 1º, do CPC. Ocorre, todavia, que a restrição ao cabimento do agravo de instrumento não atinge as decisões que definem e aplicam medidas

efeito pode ser obtido por negócio jurídico processual atípico, cuja permissão é consagrada legalmente. Além disso, no fim das contas, a responsabilidade pela execução que se constatar injusta é do exequente (art. 776 do CPC); é justo, por isso, que ele tenha o poder de avaliar se quer ou não correr esse risco. Do mesmo modo, é plenamente admissível que, por convenção processual, as partes já aceitem o uso (i) das medidas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão que condena ao pagamento de quantia (arts. 523 e ss. do CPC), ou (ii) de *determinadas* medidas atípicas, que se transformariam em medidas típicas de origem negocial – o que autoriza a conclusão de que a criação de medidas executivas atípicas pode ser obra das próprias partes, e não apenas do juiz, numa harmoniosa combinação entre as cláusulas gerais executivas (arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, todos do CPC) e a cláusula geral de negociação do art. 190 do CPC” (Negócios jurídicos processuais atípicos e execução, p. 150-151).

executivas, pois, nos termos do parágrafo único do art. 1.015, as interlocutórias proferidas em processo de execução e cumprimento de sentença são sempre agraváveis. Isso se dá porque as sentenças proferidas nesses casos normalmente apenas dão por encerrada a execução, quando já seria tarde para se recorrer de alguma interlocutória anteriormente proferida.²³⁸

Mas se o CPC não limita o cabimento de agravo de instrumento em face das interlocutórias proferidas em sede de execução ou cumprimento de sentença, as partes podem contribuir com a redução desses recursos, via negócio jurídico processual. Como se afirmou logo acima, se elas se utilizarem desse meio para estabelecer regras claras para a atividade executiva, inclusive sobre as medidas executivas aplicáveis, menos espaço haverá para a interposição do recurso.

Parece-nos, pois, que os arts. 139, IV, e 190 do CPC, atuando em conjunto, podem trazer resultados bastante proveitosos para a execução. Cabem aos operadores do direito explorarem melhor essa oportunidade.²³⁹

6.2.2 Limites

Não cabe ao magistrado opinar sobre os negócios jurídicos processuais, para manifestar sua eventual concordância com os termos do ajuste. O juízo de conveniência é das partes, a quem o CPC atribui poderes para que escolham diversas regras dentro das quais se desenvolverá a relação processual, inclusive aquela de cunho executivo.

Isso não significa, entretanto, que tais negócios estejam livres de qualquer espécie de controle judicial. O próprio parágrafo único do art. 190 do CPC prescreve que o juiz deverá recusar aplicação aos negócios nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

²³⁸ Embora sequer fosse necessário, pela clareza da disposição legal, o STJ reafirmou isso no julgamento do Recurso especial n. 1.803.925/SP.

²³⁹ Necessário observar que há na doutrina quem defenda que os negócios jurídicos processuais devam ser utilizados com parcimônia, como se vê das palavras de José Carlos Baptista Puoli: “Do acima exposto, s.m.j., depreende-se que mesmo não se pretendendo tornar letra morta a regra em comento, se deve deixar claro que sua incidência é restrita, salientando ser inadmissível qualquer negócio jurídico processual que esteja a interferir com a qualidade e o modo de atuação do juiz visando a boa realização da função jurisdicional” (*Negócio jurídico processual: use com moderação, no prelo*).

A previsão logo acima referida tem exigido dos operadores do direito cuidadosa análise sobre as hipóteses em que caberia ao juiz atuar e recusar a aplicação do negócio. Aliás, a identificação dessas hipóteses não é tarefa simples.²⁴⁰

Primeiramente, cabe ao juiz verificar se as condições do art. 104 do Código Civil estão presentes – partes capazes, objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei –, se o negócio respeita o devido processo legal e se não importa em violação à necessária isonomia que deve ser guardada entre as partes.²⁴¹ Claro é que a exigência de respeito ao devido processo legal carece de limitações precisas, o que inevitavelmente traz certa dificuldade à análise da validade de tais negócios.²⁴²

Além do que, em atenção ao disposto no próprio art. 190, há que se exigir plena capacidade das partes, necessário que os direitos em discussão admitam autocomposição, e não se aceita a inserção abusiva desse negócio jurídico em contrato de adesão ou em que a parte esteja em situação de vulnerabilidade

²⁴⁰ FPPC, Enunciado 6: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.” Enunciado 20: “Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos.”

²⁴¹ Oportunas as palavras de Fernando da Fonseca Gajardoni: “Já tive a oportunidade de discorrer sobre o tema e afirmar a existência de 06 (seis) requisitos de validade/eficácia dos negócios jurídicos processuais atípicos. Só serão aceitas convenções processuais nas hipóteses em que: 1) as partes sejam as titulares da situação jurídica a respeito da qual pretendam dispor, sendo vedada convenção processual que atinja deveres, direitos, ônus e faculdades de terceiros; 2) o objeto da convenção seja lícito, de modo a não se admitir negócios jurídicos processuais que acabem por violar o conteúdo mínimo do processo constitucional (regras constitucionais de competência, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação, a licitude da prova, etc.); 3) a celebração da convenção seja feita por escrito (especialmente nos negócios jurídicos pré-processuais), pois só assim é possível se operacionalizar judicialmente, com o mínimo de segurança e presteza, a alteração da regra legal por convenção das partes; 4) haja preservação da autonomia da vontade dos contratantes, devendo o juiz deixar de aplicar a convenção processual nos casos de nulidade (erro, dolo, coação, etc.), inserção abusiva em contrato de adesão ou vulnerabilidade manifesta de um dos celebrantes; 5) as partes sejam civilmente capazes, vedada a celebração de convenção por incapazes, ainda que representados ou assistidos; e 6) o direito objeto da convenção processual seja autocomponível, isto é, esteja na esfera de disponibilidade das partes” (*Convenções processuais atípicas na execução civil*, p. 2-3).

²⁴² Afirma José Carlos Baptista Puoli, a propósito, que “se na situação específica, a convenção processual acarretar mácula ao devido processo legal, se terá de decretar a nulidade e impedir que tais efeitos se verifiquem. A este respeito, Flávio Yarshell esclarece que mesmo não tendo feito o CPC expressa menção a isso, tal exigência ‘decorre do que está inserido nos incisos LIV e LV da CF.’ O problema é não haver uma régua precisa a delimitar tudo que efetivamente integra o conceito do devido processo legal, de forma a acarretar efetiva insegurança quanto à possibilidade de, no caso concreto, fazer valer o ajuste”. É o que se lê do seu *Negócio jurídico processual*: use com moderação, no prelo.

manifesta.²⁴³ São situações abertas e de difícil identificação, como bem aponta José Carlos Baptista Puoli.²⁴⁴

Quanto ao contrato de adesão, a restrição repousa, evidentemente, no propósito de impedir que uma parte imponha um negócio jurídico processual à outra, sem possibilidade de discussão quanto à sua conveniência e termos. Pois nessa hipótese, ele poderá não ser fruto de um ajuste das partes, mas sim da vontade de uma delas, já que nesses contratos dá-se a imposição das cláusulas contratuais ao aderente, sem espaço – ou com espaço muito reduzido – para a negociação.²⁴⁵ Aceitar negócio jurídico processual em terreno impermeável à negociação fere os seus objetivos, calcado na valorização do autorregramento das partes.

Necessário observar, todavia, que o dispositivo legal não exclui por completo a possibilidade de haver negócios processuais em contratos de adesão, mas veda a sua “inserção abusiva”. Por essa razão, se o negócio processual não causar restrições ou prejuízos à parte aderente, ou até lhe for benéfico, há que ser admitido, competindo ao magistrado realizar esse controle de validade. De qualquer forma, em caso de existência de cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá ser adotada a interpretação que se apresentar mais favorável ao aderente, como preceitua o art. 423 do diploma civil.²⁴⁶

No caso da vulnerabilidade, não se trata de mero desequilíbrio, comum e até inevitável nas relações negociais. Para que se caracterize, necessária a existência de claro e amplo desequilíbrio entre as partes no momento de realização do negócio jurídico processual, a ponto de macular a manifestação de vontade emanada. Não por outra razão, o parágrafo único do art. 190 do CPC, diz que o juiz deve recusar a

²⁴³ Eduardo Cambi aponta três limites que precisam ser respeitados na realização dos negócios jurídicos processuais: a) disponibilidade do direito objeto do litígio; b) respeito à isonomia, especialmente sob o seu aspecto substancial, e c) observância das regras, princípios, direitos e garantias fundamentais do processo (Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil, p. 16).

²⁴⁴ Ao analisar o dispositivo legal, afirma o autor que “que de pouco adianta a regra ter afirmado que o juiz “somente” poderá negar validade à convenção processual em face das três hipóteses ali preconizadas. Explica-se: É que as três situações ali capituladas são por demais “abertas”, o que faz com que, na prática, se possa visualizar como amplas as possibilidades de se negar, em concreto, validade ao negócio jurídico processual” (*Negócio jurídico processual: use com moderação, no prelo*).

²⁴⁵ Vale aqui mencionar a definição trazida pelo art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual o “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

²⁴⁶ FPPC, Enunciado 408: “Quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

aplicação do negócio jurídico processual em caso de “manifesta situação de vulnerabilidade”.²⁴⁷

Pensamos, ainda, que essa limitação, por si só, não veda o seu ajuste em contratos de consumo, justamente por crermos que a vulnerabilidade do consumidor, a que se refere o diploma consumerista, não é absoluta. Trata-se de tema, por certo, objeto de controvérsias.²⁴⁸

No que diz respeito à capacidade das partes, condição para que possam celebrar o negócio jurídico processual, não esclarece o art. 190 a que espécie de capacidade se refere, havendo divergência na doutrina se os incapazes, desde que representados ou assistidos – conforme a incapacidade seja absoluta ou relativa, respectivamente – poderiam ajustar tais negócios.²⁴⁹

²⁴⁷ Nesse mesmo sentido, Pedro Henrique Nogueira afirma que “o parágrafo único do art., 190 do CPC/2015 utilizou-se da expressão “manifesta situação de vulnerabilidade”, tornando extrema de dúvidas que o desequilíbrio subjetivo que justifique a decretação da invalidade do negócio jurídico há de ser claro, evidente, de tamanha desproporcionalidade a ponto de colidir gravemente com a exigência de equivalência. Nisso consiste a ‘hipervulnerabilidade negocial’ para o processo” (*Negócios jurídicos processuais*, p. 282)

²⁴⁸ Pensa dessa mesma forma Fernando da Fonseca Gajardoni, para quem é “perfeitamente possível a celebração convenções processuais nos contratos de consumo entre partes capazes, não sendo a suposta presunção legal de vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, III, do CDC) suficiente para impedir a incidência da regra processual”. Dele discorda Flávio Tartuce: “Com o devido respeito à posição em contrário, concluo que, pela vulnerabilidade reconhecida nas relações de consumo, sempre haverá invalidade do negócio jurídico processual inserido em contrato de consumo, pelo fato de estar a previsão em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor, nos termos do art. 51, inc. XV, do CDC”. Opiniões disponíveis em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/533954493/negocio-juridico-processual-em-contrato-de-consumo>. Acesso em: 14 dez. 2021.

²⁴⁹ Ao manifestar a opinião de que o art. 190 exige o requisito da capacidade processual, afirma Fredie Didier Jr. que “os incapazes não podem celebrar negócios processuais sozinhos. Mas se estiver devidamente representado, não há qualquer impedimento para que o incapaz celebre um negócio processual. De fato, não há sentido em impedir negócio processual celebrado pelo espólio (incapaz processual) ou por um menor, sobretudo quando se sabe que, extrajudicialmente, suprida a incapacidade pela representação, há para esses sujeitos mínimas limitações para a negociação” (*Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015*, p. 34-35). Não é essa, contudo, a opinião de Fernando Gajardoni: “Conforme já afirmado, por vedação geral específica (artigo 190, *caput*, CPC/2015) – e não do regime dos negócios jurídicos em geral -, não é possível às partes incapazes (artigos 3º e 4º do CC), mesmo que assistidas ou representadas, celebrarem negócio processual. O interesse público recomendou, tanto quanto no artigo 1º da Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), que a situação jurídica do incapaz, inclusive processual, seja preservada conforme as regras legais, limitando-se, por conseguinte, a autonomia de sua vontade (na verdade exercitável pelo seu representante/assistente), tanto que a lei condiciona a celebração de convenção por partes *plenamente* capazes, isto é, que não estejam a depender de interposta pessoa para o exercício de seus direitos processuais (*capacidade ad processum*)” (, in *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, Parte geral*, p. 619). Também segue essa posição por último reproduzida Flávio Luiz Yarshell: “O negócio processual exige sujeitos “plenamente capazes” (art. 190, *caput*). Isso exclui a possibilidade de que seja celebrado por absolutamente incapaz – ainda que na pessoa de seus representantes legais – e por relativamente incapazes – mesmo que regularmente assistidos” (*Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*, p. 73).

Quando os limites são ultrapassados, o negócio deve ser invalidado no que diga respeito ao seu excesso. Ou seja, se, em parte, o negócio não fere as premissas acima referidas, essa porção deve ser preservada.²⁵⁰ Evidentemente, esses limites a serem respeitados, para a validade dos negócios processuais, igualmente se aplicam quando utilizados em sede de execução, exigindo das partes atenção para não os ultrapassar.²⁵¹

Não se pode deixar de reconhecer que sua utilização na via executiva, ainda não muito explorada, pode trazer efetividade e segurança a ela. É o que sucede quando as partes se utilizam desse poder que o art. 190 do CPC lhes atribui para negociar sobre as medidas executivas atípicas a implantar.

²⁵⁰ FPPC, Enunciado 134. “Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente.”

²⁵¹ A título exemplificativo, Fernando da Fonseca Gajardoni relaciona diversos negócios jurídicos processuais que podem ser realizados em sede de execução: “Parece não haver problemas para que sejam admitidas as convenções processuais a seguir exemplificativamente indicadas (inclusive em desfavor do devedor), todas celebradas com o fim de implementar mudanças no processo/procedimento executivos: a) pacto de não executar, que diversamente da renúncia ao direito em que se funda a execução, veda ao credor dar início à fase/processo executivo (por prazo certo ou indeterminadamente), não estando proibido, todavia, de exercer medidas extrajudiciais a bem do recebimento do crédito (v.g. protesto do título, inserção do nome do devedor no rol de maus pagadores, etc.); b) calendarização da execução, a fim de que, exemplificativamente, seja avençado o cumprimento parcial e progressivo da obrigação; c) convenção dos credores na recuperação judicial ou falência (Lei 11.101/2005), a fim de alterar regras procedimentais da execução concursal; d) pacto para dispensa de caução para fins de cumprimento provisório de sentença (art. 520, V, do CPC), admitindo que atos de expropriação e levantamento de valores em dinheiro possam ser praticados independentemente de garantia por parte do credor; e) ampliação de hipóteses de impenhorabilidade de bens pela via negocial, com o devedor/credor avençando, inclusive para fins de preservação do funcionamento da empresa devedora, outras hipóteses, para além do art. 833 do CPC, em que os bens do executado não estariam sujeitos à expropriação; f) convenção para fins de admissão da intimação/citação extrajudicial para o processo executivo (email, notificação extrajudicial, etc.), permitindo-se ao credor que já ajuíze a execução com o fito de serem imediatamente iniciados os atos executivos (sem que o Judiciário tenha que proceder nova intimação/citação do executado); g) convenção processual para dispensa, ampliação ou redução da multa de 10% pelo não pagamento da condenação por quantia no prazo de 15 dias (art. 523, § 1º, do CPC); h) negócio processual para permitir a aplicação da regra do art. 916, do CPC (parcelamento), também ao cumprimento de sentença (algo toalmente vedado pelo § 7º da disposição); i) convenção de remodelação do art. 916 do CPC, admitindo, por exemplo, que nos casos em que não efetuado o pagamento parcelado, seja possível a oposição de embargos do devedor (afastada, assim, a vedação do art. 916, § 6º, do CPC); j) convenção para condicionar o ajuizamento da execução de título extrajudicial a notificação extrajudicial ou protesto prévios, ou mesmo a uma tentativa de conciliação extrajudicial prévia (o que não é inconstitucional, considerando que o condicionamento ao exercício do direito de ação partiu de ato das próprias partes); k) convenção para inadmitir averbação da execução (art. 918 do CPC); l) negócio processual para dotar a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525 do CPC) ou os embargos do devedor (art. 914 do CPC) de efeito suspensivo automático; etc.” (*Convenções processuais atípicas na execução civil*, p. 3-4).

6.3 Medidas indutivas atípicas, um caminho a ser explorado

Discorrendo sobre os negócios jurídicos processuais em sede de execução, é chegado o momento de abordarmos tema que, a nosso ver, é de alta relevância e carente de exploração pela doutrina e pelos operadores do direito. Referimo-nos à possibilidade de adoção de sanções premiais não previstas em lei, por requerimento ou autorização do exequente.

Trata-se de caminho ainda negligenciado, mas que vemos como promissor para trazer bons frutos à execução e à sua efetividade. Afinal, muito se escreve sobre as medidas coercitivas atípicas, mas nada ou pouco se fala especificamente da possibilidade de adoção de medidas atípicas de cunho indutivo, o que o art. 139, IV, do CPC expressamente autoriza.

Certo é que o processo pode se valer de técnicas de sanção premial para induzir o comportamento do obrigado, para que cumpra as suas obrigações. Nesse caso, ao invés da aplicação de uma medida constritiva ou prejudicial, que invada a esfera patrimonial ou pessoal do devedor e lhe convença que cumprir a obrigação é a opção que se lhe apresenta menos prejudicial, utiliza-se um caminho diferente. Oferece-se a ele uma sanção premial, consistente em um prêmio ou vantagem caso ele cumpra a obrigação inadimplida, dentro de determinadas condições ou prazo estabelecidos. Tudo para tentar convencê-lo que lhe é conveniente cumprir a obrigação, aproveitando a oportunidade oferecida.

A utilização da técnica da sanção premial é objeto das oportunas considerações de Edilton Meireles:

Já nas medidas indutivas se busca oferecer ao obrigado uma vantagem, um “prêmio”, como incentivo (coação premial) ao cumprimento da decisão judicial. Daí porque a doutrina denomina essa sanção como premial. Busca-se, com essas medidas, provocar, incentivar, a prática do ato de forma mais atraente, ainda que com sacrifício à situação jurídica [mais favorável] de outrem.²⁵²

De se ponderar que não se trata de algo novo em nosso sistema, mas expressamente previsto na lei processual, atual e revogada, para incidir em algumas situações específicas. É o que se vê, exemplificativamente, do art. 90, § 3º, do CPC, que, como incentivo à autocomposição, dispensa as partes do pagamento das custas processuais remanescentes, caso solucionem o conflito através da transação.

²⁵² MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, set. 2015. p. 6.

Em outro exemplo, o § 1º do art. 701, estabelece que o réu ficará isento de custas processuais se cumprir o mandado monitório em 15 dias, hipótese em que pagará honorários de apenas 5% do valor da causa (art. 701, *caput*), e não aqueles fixados entre 10% e 20%, como o art. 85 habitualmente recomenda.

Encontra-se também sanção premial na disciplina da execução por quantia certa, à medida que o art. 827 do CPC prevê que o juiz, ao despachar a inicial, fixará de plano honorários de 10%, mas que serão reduzidos à metade se o executado pagar o valor devido no prazo de 3 dias (§ 1º).

Outras hipóteses de vantagens para incentivar pagamento podem ser localizadas ao longo do CPC. Ainda na execução de título extrajudicial, prevê o art. 916 que, caso o executado opte por reconhecer seu débito e deixe de opor embargos à execução, poderá depositar 30% do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, e requerer o pagamento do restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescido de correção monetária e juros de um por cento ao mês.

Aliás, por força do § 7º. do referido artigo, tal parcelamento não se aplica ao cumprimento de sentença, mas nada impede que seja ele autorizado no cumprimento por ajuste entre as partes através de negócio jurídico processual, conforme acima abordado, ou até como medida de sanção premial aplicada a requerimento apenas do exequente, como logo adiante será melhor explorado.

Quando disciplina o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, nosso diploma processual inclui hipótese de sanção premial em seu art. 1.040, prevendo que publicado o acórdão paradigma, a parte poderá desistir da ação em curso em primeiro grau de jurisdição, se a questão em discussão for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia (§1º), sendo certo que se tal desistência ocorrer antes do oferecimento da contestação, o autor ficará isento do pagamento das custas e dos honorários sucumbenciais (§ 2º).

Nas situações referidas, nota-se que o incentivo ao pagamento dado ao credor é concedido em desfavor de alguém. No caso da isenção de custas, em desfavor do próprio Estado, motivo pelo qual fica dependente de autorização legal. No caso do desconto sobre a verba honorária, por seu turno, tal benefício é concedido em prejuízo da remuneração do advogado do exequente. Tal vantagem justifica-se porque se ocorrer o adimplemento naquele prazo, o trabalho do advogado será inferior ao que prestaria se a demanda monitória ou a execução tivessem seu regular seguimento.

Sucedem que, fora as hipóteses já previstas na lei, a concessão de sanções premiais ao devedor, como forma de incentivo ao adimplemento, não é vedada, como chegam a entender alguns, mas deve ficar condicionada à autorização daquele que abrirá mão de algum direito, vantagem ou remuneração, para tornar atraente ao devedor a satisfação do direito do exequente.

Entendemos, por essa razão, não caber ao juiz, de ofício, criar incentivos que importem decréscimo patrimonial a uma parte, sem que esta tenha concordado ou requerido expressamente a adoção da medida. Tal raciocínio faz Edilton Meireles defender que o art. 139, IV, do CPC não concedeu ao juiz um poder geral de imposição de medidas indutivas, visto que não está autorizado a estabelecer sacrifícios às posições jurídicas de outrem. Por essa razão, afirma que o juiz somente pode impor as medidas indutivas que o ordenamento jurídico autorizar sejam adotadas. Conclui, pois, que as medidas indutivas devem ter respaldo legal.²⁵³

Não concordamos integralmente com essa posição. Além do “respaldo legal” a que se refere o autor acima citado, acrescentamos que há a possibilidade de aplicação de outras medidas indutivas não previstas em lei, com o respaldo do próprio credor. Assim como pode pedir a aplicação de uma medida coercitiva, igualmente tem a faculdade de requerer a aplicação de uma sanção premial.

De outra parte, há ainda quem não admita a realização de negócios jurídicos unilaterais atípicos, sob o argumento de pretender evitar que a autonomia privada se converta em arbitrariedade, mas não vemos justificativa para essa restrição. Ora, pensando no caso específico da execução, que é o que aqui mais nos interessa, se é o próprio exequente que está disposto a dar um abatimento sobre o seu crédito ou direito, para que isso sirva de incentivo para que o executado cumpra espontaneamente a sua obrigação, não há nenhum óbice para que tal ocorra. Afinal, é o exequente que abrirá mão de parte do que faz jus, por sua livre vontade, prometendo uma recompensa ao devedor, com vistas a promover o adimplemento da obrigação. Também importante considerar que a sanção premial será apenas “oferecida” ao executado, evidentemente não “imposta”. Ele a aproveitará se quiser. Tudo a afastar qualquer conotação de uso arbitrário da autonomia privada pelo credor.

²⁵³ “Sem expresse respaldo na lei, todavia, ao juiz não cabe fazer “caridade com o chapéu alheio”. Ou seja, a princípio, ao magistrado é vedado conceder isenções tributárias sem previsão legal, suprimir remuneração de outrem sem autorização legal (caso dos honorários advocatícios), ou mesmo impor ao credor uma desvantagem negocial não prevista em lei ou em contrato” (Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015, p. 7).

A conduta do credor, de prometer uma vantagem para incentivar o cumprimento da obrigação pelo devedor, não deixa de ser postura que se insere na ideia de colaboração que o atual CPC busca incentivar. E o magistrado, também em atuação cooperativa, agiria para implementar essa vontade do credor, em prol do interesse na satisfação do direito reconhecido em título.

Portanto, parece-nos plenamente viável que o exequente autorize o juiz a aplicar uma sanção premial, às expensas dele exequente, com vistas a incentivar a quitação da obrigação objeto da execução, colaborando com a efetividade e o próprio encerramento do feito. Tem-se aí uma coerção indireta por incentivo, que nos parece um caminho que pode ser interessante e atualmente pouco trilhado.

De outra parte, pode-se argumentar que a execução de quantia inferior àquela efetivamente devida é e sempre foi possível, nada havendo de particular nessa situação. Embora verdadeira a consideração, não é disso que aqui se trata. Não estamos a pensar na hipótese de o credor optar por executar apenas parte do que lhe é devido, algo indiscutivelmente possível. Mas nos referimos à viabilidade de o exequente exigir a integralidade do seu crédito, autorizando que se conceda ao executado alguma vantagem temporária, caso a quitação seja feita voluntariamente, dentro de determinado período ou condições fixados.

Tampouco há que se dizer que medidas indutivas nesse sentido seriam desnecessárias, pois tais providências poderiam ser obtidas através de transação entre as partes, realizada nos autos ou até extrajudicialmente. Claro que essas transações podem de fato ocorrer, mas nem sempre esse diálogo entre as partes é fácil de ser estabelecido no ambiente de litigiosidade próprio de um conflito levado à intervenção judicial. Nesse contexto, o oferecimento de uma proposta de abatimento ou facilidade, sob a forma de medida executiva, pode funcionar como interessante meio de indução, e nesse sentido cumprir o papel de conduzir à satisfação da obrigação executada.

Viável que tais vantagens sejam estabelecidas em um negócio jurídico processual bilateral, ajustado durante o processo ou até mesmo antes dele. Pode-se incluir uma cláusula em um contrato estabelecendo, por exemplo, que em caso de inadimplemento da obrigação pelo devedor e sendo necessário ao credor buscar a satisfação do seu direito pela via judicial, o devedor terá desconto se efetuar o pagamento do montante total devido até determinado momento.

Mas se não ocorrer o ajuste bilateral, pensamos que a sanção premial poderá ser fixada por iniciativa exclusiva do credor, cabendo ao juiz implementá-la. Tal medida não deixa de ser um negócio jurídico, mas de cunho unilateral. Afinal, se o credor pode, unilateralmente, desistir de cobrar seu crédito, pode igualmente abrir mão de parte dele, por período determinado, como forma de incentivar o devedor a adimplir. Dessa forma, assim como o exequente pode pleitear ao magistrado a adoção de uma medida executiva atípica, de cunho coercitivo, poderá também requerer que o juiz aplique uma sanção premial.

Pensamos que aí poderemos ter um caminho importante, e ainda pouco utilizado, para obtenção de maior eficiência às execuções. Longe, é claro, de ser uma tábua de salvação, mas sim uma trilha que merece ser mais bem explorada e que pode funcionar satisfatoriamente em certos casos.

Claro que caberá ao exequente analisar, para propor a sanção premial, o que lhe convém oferecer como vantagem, para, em contrapartida, obter rapidamente a satisfação do seu direito. Aliás, no caso dos exequentes frequentes – como sucede com as instituições financeiras – especialmente importante que analisem com cuidado se lhes é interessante propor alguma vantagem ao executado para incentivar a satisfação da obrigação e qual seria ela. Isso, porque o oferecimento de incentivos aos devedores pode incutir em outros tantos deles a percepção de que é melhor não adimplir a obrigação no momento ajustado e aguardar para usufruir da vantagem a ser futuramente oferecida em sede executiva.

Se tal ocorrer, a sanção premial poderá servir como desincentivo ao adimplemento tempestivo, o que seria um efeito oposto ao pretendido e claramente indesejado. Razão pela qual tais credores devem tomar especial cuidado para que a medida indutiva proposta não torne mais interessante ao devedor manter-se inadimplente e aguardar a execução para cumprir a obrigação, com desconto.

De qualquer forma, trata-se de estratégia que compete ao exequente avaliar e sopesar, fugindo tal análise do escopo da presente tese e do nosso objetivo de chamar atenção para a importância que as sanções premiais podem assumir na efetividade da execução. Além de não ser problema que afete ao exequente esporádico.

6.3.1 Sugestões de medidas indutivas atípicas

Como acima já se afirmou, a possibilidade de os negócios jurídicos processuais, unilaterais ou bilaterais, serem utilizados para aplicação de sanções premiais não previstas em lei tem potencial para contribuir na missão de dotar a execução de maior efetividade. Afinal, se a vantagem oferecida for atraente e levar o executado a adimplir, todos ganham, exequente, executado e Poder Judiciário. Ocorre, como já apontamos, que o tema parece ainda não ter despertado o interesse da doutrina. Tampouco os operadores do direito atentaram para o leque de possibilidades que isso lhes abre.

Justamente pelo fato de o tema não vir sendo explorado, e com o objetivo de oferecer amostra do que isso permite, abordaremos algumas sanções premiais que pensamos possam ser proveitosamente adotadas na execução, por força de negócio jurídico processual bilateral, ou até a requerimento unilateral do exequente, como acima se explicou.

Sabemos que não teríamos condições de pensar em todas as sanções possíveis, por óbvio, já que o leque de possibilidades é bastante amplo. Mas ao sugerir algumas delas, pretendemos mostrar as oportunidades que se apresentam e aguardam mais atenção.

6.3.1.1 Parcelamento no cumprimento de sentença

Na execução de título executivo extrajudicial de obrigação de pagar quantia, o art. 916 concede uma sanção premial ao executado. Propõe o dispositivo legal que caso este último, dentro do prazo para embargar, ao invés de oferecer embargos à execução optar por reconhecer o seu débito, poderá depositar 30% do valor devido, acrescido das custas e honorários advocatícios, requerendo o parcelamento do restante em até 6 parcelas mensais, corrigido monetariamente e com juros de 1% ao mês.

Quando essa inovação foi introduzida, ainda na vigência do diploma de 1973, não ficava claro se tal oportunidade de parcelamento também era aplicável ao cumprimento de sentença. À época, havia alta dose de controvérsia a respeito do tema e a tendência da doutrina e da jurisprudência majoritárias era no sentido de admitir a opção de parcelamento também no cumprimento.

Afirmava-se, de um lado, que o parcelamento não era um mau negócio para o exequente, pelo contrário, pois receberia o valor integral devido, corrigido e acrescido de honorários e juros, dentro do prazo máximo de 7 (sete) meses. Ao

mesmo tempo, facilitava a quitação do débito pelo executado, o que poderia viabilizar e incentivar o cumprimento da obrigação.

Por consequência, na defesa da aplicação desse parcelamento também ao cumprimento de sentença, invocava-se, com certa frequência, os princípios da maior efetivamente da execução e da menor restrição possível ao executado, já anteriormente abordados.

Ocorre que, à vista da polêmica, o legislador entendeu por bem tratar da matéria de forma expressa no CPC de 2015, do que resultou a disposição do § 7º do art. 916. Regulando o tema de forma diferente da interpretação jurisprudencial majoritária que se formava, o legislador escolheu estabelecer a inaplicabilidade do parcelamento quando o título em execução tiver natureza judicial.

Essa opção legislativa – que ao abordar o tema de forma expressa teve o mérito de afastar a incerteza que gravitava em torno do alcance da norma – provocou onda de críticas daqueles que defendiam a aplicação do favor ao cumprimento de sentença. De qualquer forma, a clareza da atual disciplina legal não deixa espaço para dúvidas, impedindo que a antiga jurisprudência siga prevalecendo.

Todavia, conforme já nos manifestamos mais acima, entendemos ser plenamente possível, por autorização da cláusula geral do art. 190 do CPC, que se ajuste a admissão do pagamento parcelado na execução de título judicial, aplicando-se a esta o regramento do citado art. 916. E ainda que as partes não ajustem negócio jurídico processual nesse sentido, pensamos que a aceitação do parcelamento pode ser manifestada de forma unilateral pelo exequente, através de negócio processual unilateral. Dessa forma, concederá ao executado a faculdade de, no prazo para impugnar, reconhecer o débito, depositar 30% do valor devido e pagar o restante em 6 parcelas mensais, conforme o regramento do art. 916.

Caso essa sanção premial tenha a aptidão de convencer o executado a cumprir a obrigação, o negócio jurídico, bilateral ou unilateral, terá prestado relevante serviço em favor da satisfação do direito do exequente e, portanto, da efetividade da execução. Também se insere na ideia de um processo mais colaborativo e que respeita o chamado autorregramento das partes. Aquilo que o legislador não previu – parcelamento do débito no cumprimento de sentença – as partes poderão pactuar ou o exequente unilateralmente autorizar.

Mas não é demais repetir. Tratando-se de favor prestado às custas do exequente – que precisa estar disposto a receber a importância devida em até 7

meses – tal medida somente pode ser aplicada por requerimento deste último ou por ajuste de ambas as partes, mas não há de ser aplicada de ofício pelo magistrado, sob pena inclusive de violar a disposição legal acima referida (art. 916, § 7º, do CPC).

Aliás, a partir do momento em que o parcelamento será facultado ao executado por iniciativa do exequente – e não por força do art. 916, que não se aplica à hipótese – poderá ser estabelecido um número maior ou menor de parcelas, como também uma entrada diferente dos 30% previstos no dispositivo legal.

6.3.1.2 Desconto sobre o valor devido

Também viável pensar, a título de sanção premial, na possibilidade de oferecimento de abatimento a incidir sobre o valor devido. Nesse sentido, o exequente ofereceria alguma redução ao executado, desde que ele cumprisse a obrigação dentro de determinado prazo.

Ora, quando cogitamos do adimplemento com abatimento, somos naturalmente levados a pensar na execução de obrigação de pagar quantia. Nesta, poderá ser estabelecido um percentual de desconto sobre o valor total devido, caso a obrigação seja cumprida no prazo assinalado, ajustado por negócio bilateral ou a requerimento do exequente.

A título exemplificativo, na execução de título executivo extrajudicial, poderá o exequente requerer que o executado seja citado a pagar o valor devido em 3 dias, com o desconto de 10% sobre a importância total, caso a quitação de fato ocorra nesse prazo. Isso também vale para o cumprimento de sentença, em que o exequente pode requerer a intimação do executado para pagar no prazo de 15 dias, oferecendo um percentual de desconto se este último o fizer.

Nada obsta, todavia, que seja oferecido abatimento em outras modalidades de obrigação que não a de pagar quantia. No caso da obrigação de fazer ou não fazer, por exemplo, o exequente poderá dispensar o executado de parte da obrigação, caso o cumprimento se dê no prazo concedido. Solução semelhante é viável em uma execução para entrega de coisa. Poderá o exequente concordar com a entrega parcial da coisa – quando tal se mostrar viável – ou de coisa de menor valor, desde que o cumprimento se dê dentro de determinado prazo assinalado.

Não ocorrendo o cumprimento em tal prazo, a execução segue pela integralidade do que é devido. Ou seja, pelo valor total em execução, pela

integralidade da obrigação de fazer, de não fazer, ou para entrega de toda a coisa devida, sem qualquer redução.

Por isso, não é demais insistir, não se pode falar propriamente em renúncia a parte do crédito pelo exequente. Haverá, na verdade, um abatimento parcial a incidir por determinado período, para incentivar o cumprimento da obrigação pelo executado. Não realizado o cumprimento dentro daquele prazo ou condições oferecidas, o desconto fica sem efeito e a execução seguirá pela integralidade da dívida.

Da mesma forma, poderá o exequente, no caso da execução ou cumprimento de obrigação de pagar quantia, requerer a intimação do executado para que pague, dentro de determinado prazo, com desconto total ou parcial de juros moratórios e de correção monetária incidentes sobre o montante total em aberto.

Pode-se argumentar, novamente, que o exequente poderia muito bem abrir mão dessas verbas e promover a execução apenas pelo valor original devido, mas tratamos aqui de situação diferente. Estamos pensando na execução do valor integral devido, com todos os seus acréscimos, mas, a título de medida indutiva, admitindo que o juiz cite ou intime o exequente a cumprir a sua obrigação com desconto, desde que dentro de certo lapso de tempo, como forma de incentivo ao cumprimento da obrigação

Nessa hipótese, caso o executado intimado não quite a obrigação no prazo concedido, a execução prosseguirá pelo seu valor integral, acrescendo-se ao principal os juros moratórios e a correção monetária. Portanto, o desconto seria temporário ou condicional, uma promessa de recompensa, apenas para o caso de ocorrer o pagamento dentro de determinado prazo, a contar da citação ou intimação do devedor. Não se trata, pois, de renúncia do crédito, ou de parte dele.

Nada impede, também, que uma sanção premial seja oferecida em momento mais adiantado da execução ou do cumprimento de sentença. Seja ela um desconto sobre a dívida ou a opção de parcelamento do débito. Ora, se tais medidas puderem proporcionar o cumprimento da obrigação, tratar-se-á de solução que a todos atende: o exequente receberia o que lhe é devido, ainda que com algum abatimento, que ele próprio aceitou; o executado tem a oportunidade de quitar a sua obrigação dentro de condições mais vantajosas, vendo-se livre da mora; e o Judiciário terá prestado uma tutela jurisdicional executiva eficiente, a se encerrar com a satisfação do direito do credor.

Portanto, se o artigo 139, IV, do CPC autoriza a adoção de medidas indutivas, não há qualquer razão para não se admitir, a pedido do exequente ou por força de negócio jurídico bilateral, a aplicação de medida tal qual essa que vai aqui sugerida, ainda que carente de previsão em lei.

O que, por óbvio, não pode ser feito de ofício pelo juiz, posto que implicaria em renúncia a direito de terceiro, no caso, de crédito do exequente, a quem tão somente compete fazê-lo.

6.3.1.3 Desconto nos honorários advocatícios

Igualmente viável estabelecer, como forma de sanção premial, o desconto nos honorários sucumbenciais. Trata se, aliás, de medida indutiva que encontra previsão em alguns dispositivos do CPC, como anteriormente já se apontou.

É o que se vê na disciplina da ação monitória, cujo art. 701, *caput*, prevê que os honorários sejam fixados em apenas 5% do valor atribuído à causa, para o caso de ocorrer a satisfação da obrigação dentro do prazo de 15 dias concedido no mandado; ou na execução de título extrajudicial, quando o art. 827, § 1º, afirma que no caso de integral pagamento do valor devido dentro de 3 dias da citação, os honorários serão reduzidos à metade.

Fora dos casos já previstos no nosso ordenamento, o desconto nos honorários pode ser utilizado em outras hipóteses, como forma de sanção premial, para incentivar o réu a cumprir a obrigação. É bem verdade que o CPC de 1973 (art. 1.012-C, § 1º) estabelecia a isenção total no pagamento de honorários para o réu na ação monitória que cumprisse a obrigação dentro do prazo estabelecido no mandado, e a experiência mostrou que tal sanção premial alcançou resultados muito aquém do esperado.

Mas isso não é razão para simplesmente desistirmos ou ignorarmos essa opção, de utilizar a redução ou isenção da verba honorária como forma de incentivo ao adimplemento. Até porque a realidade não é a mesma que se tinha no CPC de 1973, notadamente porque o atual diploma processual é mais permissivo quanto à fixação de medidas executivas atípicas na obrigação pecuniária e há atualmente formas mais eficientes de localização de bens do executado para a penhora. O que pode causar temor maior no devedor, também o incentivando a aproveitar vantagens oferecidas para quitar sua obrigação.

Além do estabelecimento do desconto de honorários em situações não previstas em lei, possível ampliar descontos já previstos. Não ação monitória, por exemplo, viável estabelecer a isenção total dos honorários, caso haja cumprimento em 15 dias, afastando até mesmo da cobrança do percentual de 5%, como prevê o art. 701. Isso é possível tanto por negócio jurídico bilateral quanto pelo unilateral.

Na execução de título extrajudicial, em que o acima citado art. 827, § 1º, do CPC diz que os honorários serão reduzidos à metade, caso haja pagamento no prazo de 3 dias, também é viável estabelecer que a isenção será total, se a quitação se realizar nesse prazo.

Para aplicação da sanção premial sobre a verba honorária devida, claro que o magistrado dependerá do requerimento do interessado, nas hipóteses em que tal não esteja previsto em lei. Na verdade, a autorização deve partir do próprio advogado do credor, já que referida remuneração constitui direito do profissional e têm natureza alimentar, como prescreve o art. 85, § 14, do CPC, na mesma linha do que já afirmava o Estatuto da OAB.

Portanto, cabe ao profissional que supostamente faz jus aos honorários, em conjunto com o seu constituinte, avaliar se lhes convém oferecer tal desconto, viabilizando a aplicação da medida indutiva aqui comentada. Podem, constituinte e respectivo patrono, ajustarem uma compensação, caso o executado aproveite o desconto ou a isenção da verba honorária para quitar a obrigação.

Caso haja autorização expressa do advogado para que eventual desconto seja concedido ao devedor através da redução dos honorários, não há justificativa para não se admitir o abatimento dessa verba sob a forma de medida indutiva, eventualmente apta a incentivar o devedor ao cumprimento da obrigação, o que pode ser ajustado por negócio bilateral ou até unilateral, este de parte do credor e respectivo advogado.

A propósito, referido desconto pode alcançar tanto os honorários fixados na execução de título extrajudicial ou em fase de cumprimento de sentença, quanto aqueles que incidiram no processo de conhecimento em que se formou o título judicial, o que igualmente significaria abatimento na importância total devida.

Ainda que isso possa ser ajustado diretamente entre as partes envolvidas, sem interferência do Poder Judiciário, pensamos que se tal pedido for formulado pelo exequente, cabe ao juiz, dentro de um espírito cooperativo, determinar a citação ou a intimação do executado nos termos requeridos.

Como já se afirmou, muitas vezes o diálogo direto entre as partes é dificultado pelo alto grau de litigiosidade existente entre elas, motivo pelo qual a intermediação do juiz pode se mostrar produtiva e vantajosa para todos, inclusive para o próprio Poder Judiciário, na sua missão constitucional de prestar tutela jurisdicional efetiva.

7 O ARTIGO 139, IV, DO CPC

A ampliação dos poderes do juiz, no sentido de autorizar que aplique medidas executivas atípicas para produzir a satisfação do direito reconhecido em título executivo, foi uma das apostas do CPC de 2015 para dotar a execução de maior efetividade. Além de essa iniciativa estar intimamente ligada à ideia de viabilizar que os atos do processo sejam adaptados à realidade do caso concreto.²⁵⁴

A adequação da medida executiva às particularidades do caso concreto, como acima se salientou, não fica dependendo exclusivamente da iniciativa do juiz. Podem as próprias partes contribuir com isso, quer quando o exequente requer a medida, quer quando se utilizam dos poderes mais amplos que o CPC de 2015 também a elas atribuiu e realizam negócios jurídicos processuais para definir as medidas executivas a serem adotadas naquela hipótese.

Atribuir mais poderes ao juiz, para que atue com rigor na execução e ela possa atender aos seus objetivos, não é aposta exclusiva do direito processual brasileiro, por certo. Tal postura, comprometida com a satisfação do direito reconhecido, é vista também em outros sistemas, como ocorre, exemplificativamente, no direito norte-americano, em que o juiz emite as denominadas *injunctions* e respectivas sanções para o *contempt of court*.²⁵⁵

²⁵⁴ Nesse mesmo sentido, Guilherme Sarri Carreira e Vinicius Caldas da Gama e Abreu: “A estipulação de medidas atípicas no âmbito da execução de pagar quantia certa, incluindo aí o cumprimento de sentença, traduz uma forma de adequar o processo executivo à realidade do caso concreto, tentando-se, desta forma, acabar com a chamada “inefetividade da execução”, que é, sem sombra de dúvidas, o calcanhar de Aquiles da atividade jurisdicional. Assim, ao prever a adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, o legislador nada mais fez do que viabilizar a adaptação da fase executiva às realidades do caso concreto, tentando, com isso, obter resultados efetivos na tutela do direito material. Todavia, para que este “devido” processo não se torne um “(in)devido processo legal”, é necessário definir os contornos para sua correta aplicação, pois também não se pode, a qualquer custo, ignorar direitos fundamentais sob o signo da efetividade processual.” (Das medidas atípicas nas execuções por quantia certa – a questão agora chegou no Supremo Tribunal Federal, p. 2. Disponível em: <https://emporioidireito.com.br/leitura/abdpro-36-das-medidas-atipicas-nas-execucoes-por-quantia-certa-a-questao-agora-chegou-no-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 19 set. 2020).

²⁵⁵ Oportunas as palavras de Carlos Alberto de Salles: “Com isso o poder de emitir *injunctions* e de estabelecer sanções para o *contempt of court* é definido sobretudo por aquele corpo de doutrinas judiciais estabelecido através da jurisdição de equity, propiciando ampla discricionariedade judicial na fixação dos limites de sua própria atuação. Certamente, é essa discricionariedade o fator diferenciador que mais claramente afasta a sistemática adotada nos Estados Unidos daquela dos países da chamada *civil law*, especialmente da brasileira. Dessa maneira, o procedimento das *injunctions*, incluindo seu instrumento básico de implementação, o *contempt of court*, tem como característica básica a outorga ao juízo de amplo grau de discricionariedade, permitindo que ele molde não apenas a medida, mas também a própria sanção que lhe garante efetividade, definindo, destarte, seus próprios limites de atuação” (*Execução judicial em matéria ambiental*, p. 218).

Quanto ao poder geral de coerção, previsto no art. 139, IV, do CPC, é indispensável que se estabeleçam critérios e limites para a sua adoção, o que poderia ter sido feito, ao menos em parte, pelo próprio legislador.²⁵⁶ Mas este optou, a nosso ver, por ser bastante econômico na regulamentação da matéria. Razão pela qual sugerimos adiante uma nova disciplina legal para o tema, a fim de que a inovação produza frutos positivos, e, ao mesmo tempo, evite arbitrariedades, violações ao devido processo legal ou às garantias constitucionais das partes, nesse exercício do chamado poder geral da coerção.

É o que procuraremos fazer, expondo as condições que devem ser respeitadas e, posteriormente, analisando medidas que vêm sendo com certa frequência aplicadas.

7.1 Segurança jurídica e previsibilidade

Quando se pensa na adaptabilidade do processo e dos seus atos às características do caso concreto, surge o receio com eventual perda que isso possa provocar para a segurança jurídica e a previsibilidade. A preocupação não tem razão de ser, ao menos se essa adaptação for realizada da forma correta.

Antes de mais nada, deve-se afastar a falsa ideia de que a ampliação de poderes do juiz venha naturalmente acompanhada da liberação de conduta arbitrária. Em primeiro lugar, porque o exercício de poderes pelo juiz tem que se realizar obrigatoriamente dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal. Em segundo lugar, o exercício desses poderes não fica livre do controle das partes e dos órgãos jurisdicionais de grau superior. Até para permitir plenamente esse controle, é especialmente relevante que as decisões judiciais sejam efetivamente fundamentadas, como exige, em primeiro lugar, o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, bem como os arts. 11 e 489, § 1º, do CPC.²⁵⁷

²⁵⁶ É a falta de limites e imprecisão da regra que faz Araken de Assis oferecer contundente crítica ao art. 139, IV, do CPC: “O art. 139, IV, não constitui regra revolucionária, mas ensejou, graças à falta de determinação das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias, a adoção de penas civis, sem previsão legal específica, e, por isso, flagrantemente inconstitucionais à luz do art. 5º, LIV, da CF/1988” (Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”, p. 131).

²⁵⁷ O que aqui se afirma é abordado, entre outros, por Sergio Cruz Arenhart: Tem-se tornado comum a assimilação da ideia de que a ampliação dos poderes do juiz traz consigo a pecha do autoritarismo. Supõe-se, ao que parece, sem nenhuma razão, que o incremento dos poderes judiciais – ou, melhor dito, a possibilidade de que ele possa adequar o procedimento na busca da melhor proteção aos direitos envolvidos no processo – infringe a liberdade e, portanto, é algo que deve ser recusado. O processo não é o campo de embate entre as liberdades individuais e o poder do Estado. Ao contrário do que se supõe, não pode haver liberdade, sem que o Estado (jurisdição) disponha de suficiente

É claro que um processo que se desenvolve apenas através de um procedimento rígido e de medidas tipicamente previstas carrega em si elevado grau de segurança e previsibilidade. Afinal, possível prever todos os seus passos e se preparar para eles com antecedência. Contudo, a impossibilidade de adaptação das providências às peculiaridades do caso concreto pode resultar em perda de eficiência, como já se apontou e é o que justifica a ideia de “customização” do processo.

De qualquer forma, ainda que o modelo típico não seja integralmente observado, a segurança e a previsibilidade podem ser preservadas ao se impor que os poderes sejam exercidos conforme os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal, inclusive com o respeito do contraditório, exigência constitucional (art. 5º, inciso LV) e do Código de Processo Civil (arts. 9º e 10, entre outros).

Com o respeito ao contraditório, evita-se que as partes sejam surpreendidas com mudanças procedimentais ou medidas imprevistas. Cumpre-se assim o que deseja o nosso diploma, que veda as chamadas “decisões-surpresa”.

Aliás, oportunas aqui as palavras de José Carlos Baptista Puoli:

Como todo ato de poder que interfere nos direitos e na vida dos componentes da sociedade, a atividade jurisdicional encontra limitação nos direitos individuais e no conjunto de garantias constitucionalmente asseguradas. Por tal motivo, surge a necessidade de saber se a função está ou não sendo desenvolvida dentro dos parâmetros fixados, sob pena de seu exercício ser declarado ilegal por abuso de poder. E mais: há que se verificar se os interessados efetivamente tiveram oportunidade para expor suas razões e defender seus interesses na tentativa de influenciar o sentido da decisão a ser tomada pelo agente jurisdicional.²⁵⁸

Dessa forma, uma vez que o exercício dos poderes pelo juiz deve respeitar a disciplina constitucional e infraconstitucional do processo, inclusive com observância do contraditório e oferecimento de fundamentação completa que exponha o raciocínio seguido e justifique a medida adotada, sua atuação ficará sujeita ao controle das partes – e até eventual limitação, por força da realização dos negócios jurídicos

capacidade para fazer implementar aquelas liberdades e os direitos reconhecidos. Um Estado fraco, indubitavelmente, é incapaz de tutelar de forma adequada os direitos e as liberdades que promete aos indivíduos. Por isso, reconhece-se há muito tempo a natureza pública do processo civil (v., entre tantos outros, CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus, 1922, t. I. p. 82-83), voltado, ademais da tutela dos direitos materiais, para fins públicos, a exemplo da atuação do Direito e da participação na gestão da coisa pública. Nessa medida, embora se dê às partes, de regra, a liberdade para buscar a tutela jurisdicional, é evidente, como lembrava Tissier há muito tempo, que a partir do momento em que a atuação judicial é provocada, a questão assume interesse público, sendo dever do Estado assegurar a realização da justiça, “aussi rapide et aussi complète que possible” (TISSIER, Albert-Anatole. *Le centenaire du code de procédure civile et les projets de réforme*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 3, 1906. p. 44)” (Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? p. 16).

²⁵⁸ *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 66.

processuais – e dos órgãos hierárquicos superiores, provocados a atuar através da interposição de recursos pelo interessados.

Assim, observados esses termos, não restará espaço para surpresas ou arbitrariedades, e, caso ocorram, haverá caminho para corrigí-las.

7.2 Discussão sobre a constitucionalidade

Em maio de 2018, o Partido dos Trabalhadores ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5941) com o objetivo de ver declarada a nulidade do inciso IV do art. 139 do CPC, para

declarar inconstitucionais, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias oriundas da aplicação daquele dispositivo, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública.

Igualmente, pleiteou a declaração de nulidade dos artigos 297, 390, parágrafo único, 400, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536, caput e § 1º, e 773, todos do CPC, e que também fossem rechaçadas como aplicáveis, por incidência desses dispositivos, as mesmas medidas executivas acima referidas.

Em sua argumentação inicial, o autor da demanda aponta como violados diversos dispositivos constitucionais, tais como a garantia fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a garantia de livre locomoção, de não privação dos bens sem o devido processo legal e de que ninguém será obrigado ou fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da Lei (art. 5º, incisos II, XV e LIV); o direito de se concorrer a cargos, empregos ou funções públicos, e de participar de processos licitatórios (art. 37, incisos I e XXI); e a incumbência do Poder Público de prestar serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, através de licitação (art. 175).

Foi pleiteada medida liminar pelo autor, mas o Ministro Relator Luiz Fux decidiu que se tratava de matéria de grande relevância, com “especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”, razão pela qual entendeu conveniente que a decisão fosse tomada em caráter definitivo – o que ainda não ocorreu –, com adoção do procedimento abreviado previsto no art. 12 da Lei Federal 9.868, de 1999.

A Presidência da República defendeu a improcedência dos pedidos, sob o argumento de que as disposições legais apontadas fortalecem o direito fundamental à tutela executiva. Da mesma forma, a Advocacia-Geral da União alegou que, desde que atendidos os critérios da proporcionalidade e o respeito às garantias fundamentais

na aplicação das normas, elas se adequam ao texto constitucional. O Senado Federal também se manifestou pela improcedência do pedido.

A Procuradoria-Geral da República, por seu turno, opinou pela procedência do pedido, para que se admita a aplicação, subsidiária e de forma fundamentada, de medidas atípicas estritamente patrimoniais, com exclusão daquelas que causem restrições às liberdades individuais, tais como apreensão de CNH ou de passaporte, que afrontariam o direito de ir e vir, bem como proibição de participação em certames ou licitações públicas, por desrespeitar a liberdade de contratar e de livre escolha da profissão.

Referida ação declaratória de inconstitucionalidade ainda aguarda julgamento, mas o seu ajuizamento e as manifestações acima mencionadas já são suficientes para demonstrar a grande dose de controvérsia que gira em torno da aplicação das medidas executivas atípicas e, em especial da aplicação dessas medidas à execução de obrigação pecuniária, por autorização da parte final do inciso IV do art. 139 do CPC.

José Carlos Baptista Puoli, a propósito, manifesta sua concordância com o referido dispositivo legal quando autoriza a adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias na execução de obrigação de fazer, não fazer e de entrega de coisa, cuja satisfação depende de atuação do executado, afirmando que tal norma, nessa parte, se insere no espírito da instrumentalidade do processo.

Todavia, entende ter se equivocado o legislador ao permitir, em redação muito ampla e “sem qualquer ressalva limitadora”, que tais providências sejam determinadas também nas ações que tenham por objeto a prestação pecuniária. Na visão do autor, haveria verdadeira inobservância do princípio da legalidade, visto que, nos termos do art. 5º, II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Conclui o autor não ser aceitável,

sob o pretexto de fazer cumprir decisões judiciais, passe a haver um verdadeiro cheque em branco nas mãos dos magistrados que, ao sabor de um completo e pleno subjetivismo, escolherão quando, como e com qual alcance aplicar sanções não eleitas pelo legislador e desconhecidas do público em geral.²⁵⁹

²⁵⁹ Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015, p. 362.

Mais adiante nos posicionaremos sobre medidas executivas atípicas que entendemos possam ser aplicadas, bem como sobre eventual descabimento de outras que vêm sendo utilizadas. Mas não vemos razão para o que o art. 139, IV, do CPC, mesmo na sua parte final, seja reputado inconstitucional. O que importa é que seja aplicado conforme a Constituição Federal, o que não só é plenamente possível, como estritamente necessário.²⁶⁰

Contudo, pensamos que o artigo em análise deveria mesmo trazer alguns parâmetros mais seguros para adoção das medidas executivas atípicas, o que representaria bem-vindo incremento de segurança jurídica e previsibilidade. Mas a atual redação do dispositivo legal, carente de maior precisão, por si só não é geradora de inconstitucionalidade.

Tampouco se pode admitir que a redação ampla dada ao dispositivo legal poderia ser entendida como concessão de liberdade plena ao magistrado, livre de qualquer limite e controle. Ainda que também entendamos conveniente dar redação mais completa ao artigo 139, inciso IV, mesmo hoje a atuação do juiz na adoção das medidas atípicas não está livre de limites, posto que os ditames da Constituição Federal e o respeito ao devido processo legal devem pautar a fixação delas.

7.3 Limites e requisitos para aplicação das medidas executivas atípicas

Autorizar a adoção de medidas atípicas na execução não implica, por óbvio, concessão de poderes ilimitados ao juiz, livre de qualquer forma de controle. Muito menos lhe permite agir ao arrepio das garantias constitucionais dos litigantes, no que se inclui evidentemente as garantias do executado.

É verdadeira a afirmação que o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional garante não apenas o acesso ao judiciário, mas igualmente pretende que a tutela prestada se revista de efetividade, incluída nessa preocupação a atividade satisfativa.

Contudo, não menos correto que essa efetividade não é o único valor a ser perseguido no processo, nem mesmo na execução, que deve se desenvolver com

²⁶⁰ Semelhante é a ponderação do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, ao oferecer memorial nos autos da ADI referida: “Quanto à constitucionalidade, há importantes e respeitáveis posicionamentos na doutrina. Dentre eles, merece destaque o entendimento de que a aplicação de medidas atípicas não implica necessariamente o sacrifício de direitos fundamentais. Com efeito, sendo prevista em lei e, desde que não viole o núcleo essencial das garantias constitucionais, não haverá inconstitucionalidade.” Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Consulta realizada em: 23 out. 2020.

respeito às demais garantias e valores constitucionais. Em palavras mais simples, a busca da efetividade – embora extremamente relevante – não pode se tornar uma obsessão desenfreada, a atropelar todos os demais valores e o devido processo legal.

Sobre a questão, oportunas as palavras de Sergio Cruz Arenhart:

Por outro lado, a garantia de acesso à Justiça pode contrastar com outras garantias, dadas ao “executado”. Logicamente, diante dessa colisão, não se pode sempre supor que o direito fundamental à inafastabilidade (e, conseqüentemente, os poderes de efetivação das decisões judiciais) deva prevalecer. Deve haver uma acomodação desses valores, de forma que ambos possam conviver de maneira harmônica, na maior amplitude possível de suas extensões. É nesse sentido que se põe, então, o segundo critério, anteriormente indicado: *respeitar* as garantias dos que sofrerão a efetivação da decisão judicial, especificamente daquelas que possam entrar em colisão com o direito fundamental à efetividade da jurisdição.²⁶¹

Por essa razão, a aplicação de medidas executivas atípicas deve obedecer a certos requisitos e limites, que procuraremos a seguir expor, competindo aos tribunais corrigirem eventuais excessos, no julgamento de agravos de instrumento interpostos pelos interessados. Recordemos que são agraváveis todas as decisões interlocutórias proferidas em sede de cumprimento de sentença ou de execução de título extrajudicial, conforme previsão do art. 1.015, parágrafo único, do CPC, cujo alcance amplo foi reiterado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 1.803.925/SP.²⁶²

Como bem assinala Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar dos poderes executivos do juiz, “seria absurdo imaginar que não há como controlar a racionalidade das suas decisões, isto é, das suas opções”. Complementa dizendo que “nenhum poder pode restar sem controle, e o controle do poder de execução do juiz é imprescindível para a própria legitimidade do Poder Judiciário e para a noção de

²⁶¹ Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? p. 14-15.

²⁶² Recurso Especial nº 1.803.925/SP (2019/0075584-4), Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 06.08.2019: “O propósito recursal consiste em definir: (i) se é recorrível, de imediato e por meio de agravo de instrumento, a decisão interlocutória proferida no processo de execução que indefere o pedido de revogação do benefício da gratuidade da justiça (...); 4 – Para as decisões interlocutórias proferidas em fases subseqüentes à cognitiva – liquidação e cumprimento de sentença –, no processo de execução e na ação de inventário, o legislador optou conscientemente por um regime recursal distinto, prevendo o art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015, que haverá ampla e irrestrita recorribilidade de todas as decisões interlocutórias, quer seja porque a maioria dessas fases ou processos não se findam por sentença e, conseqüentemente, não haverá a interposição de futura apelação, quer seja em razão de as decisões interlocutórias proferidas nessas fases ou processos possuírem aptidão para atingir, imediata e severamente, a esfera jurídica das partes, sendo absolutamente irrelevante investigar, nessas hipóteses, se o conteúdo da decisão interlocutória se amolda ou não às hipóteses previstas no caput e incisos do art. 1.015 do CPC/2015.”

participação adequada das partes no processo”, controle esse que se mostra ainda mais relevante diante da quebra da tipicidade das medidas executivas.²⁶³

No julgamento do Recurso Especial n. 1.788.950, constaram do voto da relatora Min. Nancy Andrighi alguns limites ao exercício do poder geral de coerção, que entendemos corretos e que serão mais adiante desenvolvidos:

Em suma, é possível ao juiz adotar meios executivos atípicos desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir a obrigação a ele imposta, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.²⁶⁴

As partes, além de participarem do controle da legitimidade das medidas aplicadas pelo juiz e recorrerem para submeter a decisão à revisão por órgão superior, por também serem investidas de mais poderes pelo atual diploma processual, podem prestar colaboração efetiva com a definição das medidas aplicáveis, agindo dentro do espírito de cooperação pregado pelo diploma processual. Para tanto, como acima já se desenvolveu, podem se valer dos negócios jurídicos processuais, capazes de assumirem relevante papel na definição das medidas aplicáveis, reduzindo substancialmente as incertezas e as polêmicas que gravitam sobre a adoção das mesmas e eventuais excessos cometidos.

De qualquer forma, com o intuito de atribuir mais segurança ao exercício dos poderes conferidos para fixação das medidas executivas atípicas, entendemos conveniente modificar a disciplina do tema, com fixação de parâmetros no texto legal, como será adiante proposto. O que, por certo, não evitará a necessidade de análises casuísticas, pois uma medida descabida e inadmissível em um caso, pode se mostrar cabível e admissível em outro.

7.3.1 A dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal Brasileira, logo em seu art. 1º e respectivos incisos, apresenta os princípios fundamentais sobre os quais se assenta o nosso Estado, quais sejam a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político.

²⁶³ Controle do poder executivo do juiz, p. 14.

²⁶⁴ STJ, Recurso Especial nº 1.788.950/MT, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 26.4.2019.

A dignidade da pessoa humana é protegida pelas Constituições nacionais espalhadas pelo mundo e vem também proclamada, entre outros diplomas, na Declaração Universal dos Direitos dos Homens. No seu Preâmbulo, logo no primeiro “considerando”, pondera que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, para logo adiante declarar que (art. 1º) “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Como expõe Ingo Wolfgang Sarlet, “a dignidade da pessoa humana desempenha o papel de valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional)”. Por essa razão, completa o autor, é vista por muitos como “princípio constitucional de maior hierarquia axiológica”.²⁶⁵

Claro é que a fixação de medidas executivas deve respeitar esses princípios, em especial os limites estabelecidos pela dignidade da pessoa humana, justamente por ser ela um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, como se lê logo do *caput* e no inciso III do art. 1º da Constituição Federal.²⁶⁶

Necessário reconhecer, de outra parte, que a dignidade da pessoa humana tampouco pode ser garantida apenas a quem ocupa um dos polos da relação processual. Na execução, tanto a dignidade do exequente quanto a do executado merecem atenção e proteção, pelo que oportuna a afirmação que faz Antonio Junqueira de Azevedo quando assevera que

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 1º., III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 125.

²⁶⁶ Daniel Amorim Assumpção Neves, atento às limitações constitucionais impostas ao exercício do poder geral de coerção, observa que o conflito entre efetividade da tutela executiva e princípio da dignidade da pessoa humana existe desde sempre e não foi inaugurada com o art. 139, IV, do CPC. Mas pensamos que se não foi inaugurado, esse conflito ganhou campo mais amplo para se desenvolver com a previsão do dispositivo processual em comento. São essas as palavras do autor: “É imprescindível, portanto, que a novidade consagrada no art. 139, IV, do Novo CPC, não permita tal resultado, havendo no ordenamento jurídico eficazes instrumentos de controle para que isso não ocorra. A necessidade de que a adoção de medidas executivas atípicas, em especial de natureza coercitiva, respeite limites constitucionais, é algo natural e indiscutível. Nada, portanto, próximo do Mercador de Veneza, de Shakespeare, com a retirada do devedor de uma libra de carne do lado esquerdo do peito, como queria Shylock. Não deve ser computado ao art. 139, IV, do Novo CPC, algo que na realidade já existe desde sempre no ambiente executivo: o conflito entre o princípio da efetividade da tutela executiva, voltado à proteção do exequente, e o princípio da dignidade da pessoa humana, voltado à proteção do executado. O choque entre tais princípios é constante e até natural durante todo o procedimento executivo” (Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC, p. 11).

até mesmo um princípio fundamental, como o da dignidade da pessoa humana, impõe o trabalho de modelação porque, por exemplo, é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra (e, portanto, alguma coisa da dignidade de uma poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade da outra).²⁶⁷

Em termos mais simples, ao avaliar a aplicação de determinada medida executiva atípica, cabe ao Judiciário avaliar se referida medida não viola a dignidade da pessoa do executado. Mas não só. Também há que ponderar se, ao deixar de aplicá-la, não seria a dignidade do exequente que estaria sendo ferida. Afinal, como se disse, ambas as partes da relação merecem proteção dos seus direitos e garantias, não se aceitando que o processo seja enxergado apenas pela perspectiva de uma das partes, como só ela fosse titular de direitos e merecesse proteção.

A dignidade da pessoa humana, conceito indeterminado de difícil preenchimento, tendo em conta a sua amplitude e possibilidade de diversas interpretações, pode ser entendida como

um conjunto de condições sociais, econômicas, culturais e políticas que permitem que cada pessoa possa exercer seus direitos com liberdade e esclarecimento consciente, em meio a um ambiente de respeito e efetividade dos direitos individuais, sociais, políticos e econômicos de todos e cada uma das pessoas.²⁶⁸

Ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, o Ministro Luís Roberto Barroso oferece lição que aqui reproduzimos:

A dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico. De sua natureza de princípio jurídico decorrem três tipos de eficácia, isto é, de efeitos capazes de influenciar decisivamente a solução de casos concretos. A eficácia direta significa a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio, permitindo a sua aplicação mediante subsunção. A eficácia interpretativa significa que as normas jurídicas devem ter o seu sentido e alcance determinados da maneira que melhor realize a dignidade humana, que servirá, ademais, como critério de ponderação na hipótese de colisão de normas. Por fim, a eficácia negativa paralisa, em caráter geral ou particular, a incidência de regra jurídica que seja incompatível – ou produza, no caso concreto, resultado incompatível – com a dignidade humana.²⁶⁹

Celso Ribeiro Bastos, por seu turno, explica que embora a dignidade da pessoa humana tenha um conteúdo moral, o legislador constituinte parece ter se

²⁶⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 97, 2002. p. 116. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 15 out. 2020.

²⁶⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Comentários ao art. 1º. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 21.

²⁶⁹ A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação, pag. 41.

preocupado principalmente com o seu aspecto de ordem material, com vistas a proporcionar vida digna a todos, especialmente no que tange ao aspecto econômico.²⁷⁰

Além da previsão Constitucional já referida, o nosso diploma processual, ao reiterar diversos preceitos constitucionais em suas normas fundamentais, reforça a necessidade de se observar a dignidade da pessoa humana na aplicação do ordenamento jurídico, como se vê do art. 8º do CPC.

No caso de cobrança de dívidas, a preocupação com o respeito a essa dignidade encontra ecos claros nos arts. 42 e 71, do Código de Defesa do Consumidor. Diz o primeiro (art. 42) que “na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”. Mais adiante (art. 71) estabelece que pode gerar detenção de três meses a um ano e multa

utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer.

Embora se trate de disposições do Código de Defesa do Consumidor, pensamos que, ao menos em parte, a mesma lógica deva nortear as cobranças de dívidas desvinculadas de qualquer relação de consumo. Afinal, expor o executado a situação vexatória mostra-se incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que conduz ao descabimento da adoção de medidas executivas atípicas que provoquem tal situação.

Referimo-nos expressamente às medidas atípicas, que são as que provocam mais preocupação. Aquelas tidas como típicas, reconhecidas em lei, já se presumem conforme o princípio em questão. Até porque, caso se mostrem em desacordo com ele, o dispositivo legal que a prevê haveria de ser considerado inconstitucional. O que aqui se diz reforça a necessidade de o magistrado, na escolha da medida atípica a aplicar, agir com atenção e cautela, para que ela observe os limites impostos pela dignidade da pessoa do executado.

²⁷⁰ “Por outro lado, o termo ‘dignidade da pessoa’ visa a condenar práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, o racismo e outras humilhações tão comuns no dia-a-dia, de nosso país. Nesse sentido, elogia o autor a iniciativa de colocar a pessoa humana como fim último de nossa sociedade, e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 166).

De outra parte, como acima se afirmou, quando se pensa na necessidade de se preservar a dignidade da pessoa humana, importante observar que tal valor deve ser preservado em ambos os polos da relação processual. Não pode se pensar nela apenas sob a perspectiva da pessoa do executado, percepção que produz consequências de ordem prática. Ora, a autorização de prisão do devedor de alimentos, autorizada pela Constituição Federal, encontra suporte na necessidade de se proteger a dignidade da pessoa do exequente, que poderá ser afetada pela inadimplência de tal obrigação. Afinal, o recebimento da verba alimentar pode ser indispensável para a própria subsistência do exequente e atendimento das suas necessidades mais básicas, a justificar a aplicação de uma medida executiva bastante dura, na hipótese de inadimplência injustificada.

Ou seja, se é verdade que a impossibilidade de se violar a dignidade da pessoa do executado deva ser levada em conta na definição da medida executiva a aplicar, em sentido contrário, possível justificar a aplicação de medidas executivas rigorosas em face do executado, quando sua conduta e sua inadimplência estiverem afetando a dignidade da pessoa do exequente. Justamente porque a atenção com a dignidade da pessoa humana deve se voltar para ambas as partes. Pode, pois, ser razão para impedir determinadas medidas; mas pode também servir de justificativa para outras.

7.3.2 Contraditório na aplicação das medidas atípicas

Tudo o que ocorre no processo deve se dar sob os ditames do devido processo legal, por certo. Não é diferente quanto à aplicação das medidas executivas atípicas, ganhando relevo a necessidade de observância da garantia constitucional do contraditório, como ora se explica.

Há claramente no nosso atual diploma processual forte preocupação com a necessidade de se respeitar o contraditório no processo civil. Claro que se trata, acima de tudo, de exigência constitucional, como se lê do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Mas apesar da previsão constitucional, o que já impõe o seu respeito, ainda assim o atual diploma, reiteradamente, trata do tema, como se vê do art. 7º (parte final), art. 9º e art. 10 do CPC.²⁷¹

²⁷¹ Já tivemos oportunidade de escrever sobre o tema em nosso *Embargos de declaração*: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2020. p. 79-80: “Nesse sentido, o CPC de 2015 trata do contraditório nos arts. 7º (parte

Através do respeito ao contraditório, quer se garantir às partes efetivamente participação no processo, com a possibilidade de influenciarem a formação da convicção do juiz.²⁷² Para satisfação da exigência, necessário o atendimento de seus dois elementos, quais sejam informação e possibilidade de reação.

Merece destaque para o tema aqui tratado o que prega o referido art. 9º, segundo o qual “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. Pensamos que tal previsão também deve ser observada na adoção das medidas executivas atípicas, sempre que (e somente se) não for prejudicar a eficiência da medida.²⁷³

Aliás, uma das críticas que parcela da doutrina faz à parte final do art. 139, IV, do CPC, reside justamente na surpresa que a sua aplicação pode acarretar, como sustenta José Carlos Baptista Puoli:

Tamanha a subjetividade das alternativas que se abrem, em vista da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC, que apenas no caso concreto ter-se-á noção da sanção aplicada, com o amargo e odioso gosto da surpresa, eis que a lei não traz tal estipulação prévia em termos que fossem ao menos, razoavelmente claros quanto ao tipo de sancionamento cabível e alcance da incidência da norma.²⁷⁴

Pensamos que o problema da surpresa, fruto de justa preocupação, pode ser amenizado de duas formas: primeiramente, estabelecendo alguns parâmetros para adoção das medidas, razão pela qual propomos ao final mudança do CPC, com esse propósito; em segundo lugar, garantindo o contraditório prévio à aplicação da medida executiva.

No que diz respeito ao contraditório, acreditamos ser correto afirmar que as medidas executivas atípicas serão ainda mais úteis quando atingirem os objetivos para as quais foram pensadas sem sequer chegarem a ser aplicadas. Se tais medidas

final), 9º e 10, estes dois inteiramente a ele dedicados. Trata-se de constatação bastante significativa: dos 10 primeiros artigos do CPC, 3 deles tratam expressamente do contraditório. Essa preocupação com o tema obviamente teria que causar impactos ao longo do CPC, como efetivamente ocorreu.”

²⁷² É o que explica Marcelo Magalhães Bonicio: “Em sua perspectiva mais ampla, o contraditório é a garantia de participação das partes no processo, aí incluída a possibilidade de influir – legitimamente – no convencimento do juiz, o que reforça a estrutura marcadamente dialética do processo e a convicção de que, quanto mais diálogo houver, melhor será o resultado da tutela jurisdicional pleiteada” (*Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*, p. 76-77).

²⁷³ Nesse mesmo sentido é o Enunciado 12 do FPPC, já anteriormente citado: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II.”

²⁷⁴ Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015, p. 370.

são admitidas com o propósito de proporcionar a efetiva satisfação do direito reconhecido no título executivo, serão elas especialmente eficazes quando, pelo simples temor da sua aplicação, conduzirem o executado ao cumprimento da obrigação.

Nesse sentido, o respeito ao contraditório ganha especial relevo. À medida que o juiz informar previamente ao executado da intenção de aplicação de determinada medida executiva atípica, tal providência terá tripla função: (i) evitará a surpresa, como quer o art. 9º; (ii) abrirá a oportunidade de contraditório, como exigem Constituição Federal e CPC; e (iii) servirá como aviso ao executado do risco efetivo de aplicação da medida, podendo convencê-lo que cumprir a obrigação lhe é mais vantajoso que sofrer o peso da providência.

Visto de outra forma, a prévia ciência da medida a ser aplicada dará às partes a oportunidade de se manifestarem sobre a adequação e a legitimidade da sua aplicação. Permitirá ao executado, por exemplo, argumentar que a medida não pode ser aplicada, por violar suas garantias constitucionais, ou até demonstrar que o inadimplemento da obrigação não é voluntário, mas decorrência da completa incapacidade de adimplir, o que também tornaria ilegítima a aplicação da medida.

Permitir o debate prévio também terá, inclusive, o efeito positivo de dar mais elementos para o juiz decidir sobre a medida a ser aplicada, o que pode repercutir na quantidade de recursos interpostos ou ao menos diminuir o percentual de agravos providos, em razão do maior acerto que o contraditório proporciona às decisões. A propósito, não se deve esquecer que o nosso diploma, em algumas passagens, amplia o contraditório justamente com essa intenção de reduzir a interposição de recursos, do que o art. 357, § 1º, é um bom exemplo.

A visão que Nelson Nery apresenta sobre o contraditório mostra nitidamente a importância de ser ele plenamente observado na aplicação da medida executiva. Afirma o autor que

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Garantir-se o contraditório significa, ainda, a realização da obrigação de noticiar (*Mitteilungspflicht*) e da obrigação de informar (*Informationspflicht*) que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações. Os contadores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar

a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.²⁷⁵

Parece-nos certo, nessa linha, ser necessário dar conhecimento da medida executiva previamente à sua adoção. O que é especialmente relevante quando se trate de medida não prevista na lei, mas desde que isso não possa prejudicar a sua implementação e eficácia. Ao proporcionar o contraditório, dá-se aos litigantes a chance de requererem as medidas que entenderem adequadas ou opinarem sobre aquelas que o juiz pretende aplicar. Só assim a garantia do contraditório estará plenamente respeitada.

Entendemos que eventual retardamento na adoção da medida não pode ser usado como pretexto para a inobservância do contraditório, raciocínio esse que, se admissível, serviria de pretexto para limitar o contraditório em diversas outras situações. Ou alguém duvida que a observância do procedimento previsto nos arts. 133 e seguintes pode retardar a decretação da desconsideração da personalidade jurídica? O que não serviu de argumento suficiente para que se mantivesse o estado anterior das coisas, quando a decretação da desconsideração ocorria, em boa parte das vezes, sem que o sócio cujo patrimônio se pretendia alcançar fosse previamente ouvido. Razoável duração do processo não há que ser obtida com a pura e simples supressão de contraditório, caminho que o legislador acertadamente não trilhou no CPC de 2015.

De outra parte, poder-se-ia objetar que a prévia informação quanto à medida atípica a ser aplicada daria ao executado a oportunidade de agir no sentido de torná-la inútil. De fato, se efetivamente houver esse risco, aí sim não nos restam dúvidas que o contraditório prévio não deve ser observado, se puder frustrar a implementação ou os objetivos da medida. Tem-se, nesse caso, justificativa para o seu diferimento.

Sucedo que, dependendo da medida que se pretende adotar, pouco poderá fazer o devedor para esvaziá-la, ainda que previamente intimado. Basta pensarmos, como exemplo, na hoje frequentemente utilizada medida de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação. Nessa situação específica, ainda que ciente da iminência de aplicação da medida, não haverá como o executado obstar a medida e seus efeitos.

Diferente pode ser a situação de suspensão ou retenção do passaporte do devedor, medida essa de constitucionalidade discutível.²⁷⁶ Nesse caso, pode-se

²⁷⁵ *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 245-246.

²⁷⁶ Um pouco mais adiante, manifestaremos nosso entendimento de que essa medida fere garantia constitucional.

argumentar que a prévia ciência do risco de implementação da medida permitirá que o executado deixe o país, antes que a providência seja adotada. O que de fato pode ocorrer, embora a fuga para país estrangeiro, como estratégia para não honrar compromissos, seja, em situações normais, ato por demais extremado.

De qualquer forma, quando se perceber que o prévio conhecimento da medida puder torná-la inviável ou ineficaz, mais que justificável seja o contraditório postergado. O que, aliás, está de pleno acordo com o parágrafo único do art. 9º, que abre exceções para certas situações em que o adiamento é necessário. Esse é também o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Elaborado o requerimento, antes de seu deferimento cabe a intimação do executado, nos termos do art. 9º, *caput*, do Novo CPC. A possibilidade de deferimento com contraditório diferido, ou seja, a concessão da medida com a posterior intimação do executado para, querendo, reagir contra ela, deve ser reservado à hipótese prevista no art. 9º, parágrafo único, I, do Novo CPC, cabendo ao exequente convencer o juiz dos requisitos típicos da tutela de urgência, em especial o *periculum in mora*.²⁷⁷

Conforme já acima mencionamos, acreditamos que a observância do contraditório, dando conhecimento às partes das medidas que se pretende aplicar, garante certa dose de previsibilidade e de segurança jurídica, evitando que sejam surpreendidas com a adoção de medidas imprevistas. Afinal, a cientificação das partes e a abertura de espaço para que possam se manifestar sobre a medida que se pretende aplicar prestigia a previsibilidade e garante respeito ao contraditório. Igualmente, com a oitiva das partes e a ponderação dos argumentos que trouxeram, contém-se o arbítrio judicial e concede-se ao juiz mais elementos para escolher pela melhor medida.²⁷⁸

²⁷⁷ Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC, p. 28. Complementa logo adiante o autor (p. 29): “O respeito ao contraditório tradicional, ao menos em regra, parece ser capaz de afastar a crítica doutrinária de que a parte final do art. 139, IV, do Novo CPC, é inconstitucional por violar o art. 5º, II, da CF (LGL\1988\3), que prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei”. Na realidade a atipicidade abstratamente prevista em lei se torna concreta a partir do momento em que o juiz indica quais são as medidas que considera adotar e intima o executado para se manifestar sobre elas. Dessa forma, o executado saberá previamente as medidas de coerção psicológica que suportará se não convencer o juiz de sua inadequação no caso concreto.”

²⁷⁸ No mesmo sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni: “Isso porque a relação entre justiça e forma criou a ilusão de que a legalidade e a rigidez do procedimento são sinônimas de previsibilidade e de segurança jurídica, sem o que haveria margem para o arbítrio. Todavia, partindo do pressuposto de que a segurança jurídica reside na previsibilidade das ações futuras e de suas consequências, é possível ser evitado o arbítrio independentemente de as regras procedimentais estarem estabelecidas em norma cogente e pretérita. Para que as regras procedimentais tenham seu poder ordenador e organizador, coibindo o arbítrio judicial, para que promovam a igualdade das partes e emprestem maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial, *basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo*, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham (GAJARDONI, 2007, p. 85). Ou

Por essa razão, nossa posição coincide com aquela defendida por Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. Explicam os autores que como a “escolha da medida executiva atípica pressupõe a análise de enunciado normativo de conteúdo semântico aberto, bem como a consideração de distintos pontos de vista”, tem como essencial a observância do contraditório, “ainda que diferido para momento posterior – a defesa na fase de cumprimento, o recurso cabível ou mesmo eventual pedido de reconsideração”.²⁷⁹

Pode-se questionar se a necessidade de prévia oitiva das partes não seria necessária também antes da aplicação das medidas executivas tipificadas em lei. Mas aqui pensamos que a questão levantada merece resposta negativa, devendo as medidas típicas e atípicas, nesse particular, receber tratamentos diferentes.

Nossa posição se funda na ideia de que o desenvolvimento da execução através da aplicação de medidas tipificadas, tal como previstas em lei, atende ao requisito da previsibilidade e as partes já devem estar cientes e preparadas para incidência delas, cabendo se insurgirem contra as mesmas nas oportunidades em que têm para se manifestar. Afinal, se a execução se desenvolverá da forma prevista em lei, que já estabelece detalhadamente quais serão seus passos e providências a serem adotadas, não há que se falar em imprevisão ou surpresa.

Pois bem. Quando o executado intimado em sede de cumprimento de sentença, por exemplo, deixa de depositar a importância devida em 15 dias e vê a majoração da quantia devida pelo acréscimo de multa de 10% e honorários advocatícios; ou quando, na execução por quantia certa, deixa de pagar o que deve em 3 dias e assiste a incidência de constrição sobre o seu patrimônio, não estará sendo surpreendido com nada, mas estará assistindo a simples incidência das consequências estabelecidas no texto legal. Já sabe, de antemão, que o não pagamento gerará multa, no caso do cumprimento; está ciente que após o prazo de 3 dias, fica sujeito à penhora, no caso da execução de título extrajudicial.

Diferente a situação quando são aplicadas medidas executivas não tipificadas em lei, que podem surpreender aquele que ficará sujeito ao seu peso e rigor. Nesse

seja, sendo as variações rituais implementadas apenas após a participação das partes sobre elas em pleno contraditório útil, não se vê como a segurança jurídica seja abalada, já que o desenvolvimento do processo está sendo regrado e predeterminado judicialmente, o que o faz previsível?” (Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, tomo 1, abr.-jun. 2011).

²⁷⁹ Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC, p. 325.

caso, para poder influenciar a formação do convencimento do juiz, quanto ao cabimento ou não da medida, e para que não seja surpreendido, acreditamos necessário proporcionar-lhe o contraditório prévio, observando exigência constitucional e o disposto no *caput* do art. 9º. Desde que, insistimos, o prévio contraditório não torne inviável ou inócua a medida, hipótese que justificará o seu diferimento, tal como se faz no caso de concessão da tutela de urgência.

Isso não destoaria da solução prevista pelo CPC para outras situações. Tome-se como exemplo o que dispõe o art. 854 do diploma processual, embora no caso tenha-se ali medida tipificada em lei. Ao tratar de penhora de dinheiro, realizada pelo sistema *on-line*, estabelece que o juiz determinará às instituições financeiras que tornem indisponíveis ativos financeiros do executado, “sem dar ciência prévia do ato ao executado”, que somente será intimado a se manifestar após os ativos ficarem indisponíveis (art. 854, § 2º).

De início, quando se debatia o novo diploma processual, havia quem defendesse a necessidade de o executado ser intimado antes do bloqueio dos valores pelas instituições financeiras, mas se temia o evidente risco de tal alerta lhe dar oportunidade de agir com o intuito de frustrar a medida. Portanto, mais do que razoável a opção por fazê-lo sem prévia intimação, diferindo o contraditório, tal como foi aprovado.

Também dá suporte à defesa do contraditório a percepção de que o respeito a ele é condizente com o princípio da cooperação, consagrado no art. 6º do CPC, de acordo com o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Reconhecendo a dificuldade de ocorrer efetiva colaboração entre as partes em conflito, Daniel Mitidiero afirma que o princípio jurídico da colaboração “impõe um estado de coisas que tem que ser promovido”. Defende que o “fim da colaboração está em servir de elemento para organização de processo justo e idôneo a alcançar, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Logo adiante expressa seu entendimento de que “a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes”, mas que “a colaboração que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz com as partes”.²⁸⁰

²⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 35, n. 126, maio 2015. p. 4.

Ora, esse dever de colaboração do juiz para com as partes pode ser entendido sob quatro perspectivas: a) dever de prestar esclarecimentos; b) dever de consulta; c) dever de prevenção e d) dever de auxílio aos litigantes.

O dever de prestar esclarecimentos refere-se tanto às partes quanto ao juiz. Este tem o dever de prestar esclarecimentos às partes, da mesma forma que pedir tais esclarecimentos a elas sobre questões que não lhe estejam suficientemente claras. O dever de consultar as partes, por seu turno, dá a essas a oportunidade de influenciarem a formação da convicção do julgador, em respeito pleno ao princípio do contraditório. Aliás, o artigo 10 do CPC tem relação com esse dever, ao impedir que o juiz decida matéria que não tenha sido objeto de debate entre as partes, ainda que se trate de matéria a respeito da qual possa se pronunciar de ofício.

Ao propiciar o debate da matéria pelas partes e ouvi-las, estará não apenas observando a garantia constitucional do contraditório, evitando proferir decisão-surpresa, mas igualmente abrindo oportunidade para que elas tragam elementos que contribuam para que o juiz profira decisão mais qualificada. Pensamos que esse mesmo cuidado deve ser tomado na aplicação das medidas executivas atípicas.

Quanto ao dever de prevenção, quer significar competir ao magistrado advertir as partes a respeito dos riscos e das consequências que podem advir do seu comportamento. E, por fim, o dever de auxílio diz respeito à remoção de obstáculos para que as partes exerçam seus direitos e deveres no processo. Atividade essa, diga-se, que deve ser exercida com cuidado e limites, para não contaminar a sempre inegociável imparcialidade do juiz.

Os deveres de consulta e de prevenção têm especial pertinência para o tema aqui em desenvolvimento e dão suporte à conclusão de que o juiz deve dar a oportunidade de as partes se manifestarem sobre a medida executiva atípica a ser adotada, quando isso não for frustrar os seus objetivos.

Em primeiro lugar, o dever de consultar as partes proporciona a elas a oportunidade de influenciarem a formação da convicção do julgador, em respeito pleno ao princípio do contraditório, tal como exige a Constituição Federal (art. 5º, inciso LV) e o Código de Processo Civil (arts. 7º, 9º e 10, entre outros). Assim agindo, como logo acima se afirmou, estar-se-á não apenas garantindo contraditório e evitando decisões-surpresa, como igualmente dando oportunidade para partes trazerem elementos que contribuam para a formação da convicção do juiz.

O dever de prevenção, conforme acima afirmado, impõe ao juiz advertir as partes a respeito dos riscos e das consequências que podem advir do seu comportamento. Tal dever de alertar tem plena incidência na aplicação das medidas executivas atípicas, competindo ao magistrado informar o executado da medida que será adotada, caso não cumpra a obrigação. O que, eventualmente, pode até ter a força de provocar um temor suficiente para promover o adimplemento, sem que nem mesmo se chegue a aplicar a medida que se ameaçou impor.

Portanto, também o princípio da cooperação, e os seus desdobramentos sobre a relação do juiz com as partes, especialmente quanto aos deveres de consulta e prevenção, recomenda – quando possível – a oitiva das partes antes da aplicação de medidas executivas atípicas. É o que concluímos, ante as razões acima apontadas.

Concordamos, pois, com a visão manifestada pela Ministra Nancy Andrighi, no voto que, na condição de Relatora, proferiu no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 99.606:

O contraditório prévio é, aliás, a regra no CPC/15, em especial diante da previsão do art. 9º de referido diploma legal, que veda seja proferida decisão contra qualquer das partes sem sua prévia oitiva fora das hipóteses contempladas em seu parágrafo único. Assim, somente após a prévia oitiva do executado é que se abrirá a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas indiretas, de modo a induzir ao cumprimento voluntário, ainda que não espontâneo, do direito exigido.²⁸¹

Assim, pensamos que o contraditório prévio, quando não for provocar a inviabilidade ou ineficácia da medida, deve ser observado antes da aplicação de uma medida executiva atípica, resguardando-se o direito de ambas as partes se manifestarem sobre ela.

É essa a posição que entendemos deva prevalecer, por encontrar guarida no citado art. 5º, inciso LV, da CF e nas normas fundamentais do CPC, além de estar de acordo com o princípio da cooperação e seus desdobramentos.

7.3.3 Fundamentação para aplicação das medidas atípicas

A mesma atenção que se tem com o contraditório também merece ser dada à motivação das decisões judiciais. Antes de mais nada, trata-se de exigência constitucional, por força do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, além de vir reforçada pelo diploma processual, especialmente nos seus artigos 11 e 489, § 1º.

²⁸¹ STJ, Recurso em Habeas Corpus nº 99.606/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, *DJe* 20.11.2018.

Discorrendo sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões, Gilmar Mendes e Lenio Streck esclarecem:

O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. O juiz ou o Tribunal, por exemplo, devem expor as razões que os conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. Não é da subjetividade dos juízes ou dos integrantes dos Tribunais que deve advir o sentido a ser atribuído à lei, caindo por terra o antigo aforisma de que ‘sentença vem de *sentire*’, erigido no superado paradigma da filosofia da consciência.²⁸²

A exigência de fundamentação efetiva tem relação próxima com a garantia do contraditório. Afinal, não basta, para plena observância do contraditório, que seja dada às partes a oportunidade de ampla manifestação. Isso de pouco ou nada servirá se as contribuições trazidas por elas aos autos, em contraditório, não forem levadas em conta pelo magistrado para a formação da sua convicção. Ou seja, não adianta argumentar se o julgador não irá ouvir.

Pois bem. É justamente através da fundamentação da decisão que se conhecem as razões que fizeram o juiz decidir em um ou outro sentido, possibilitando avaliar se os argumentos das partes foram levados em conta e quais deles conduziram à formação do convencimento do julgador. Por consequência, a motivação é imprescindível para as partes poderem exercer controle sobre as decisões judiciais. Não apenas as decisões finais, por óbvio, mas igualmente as decisões interlocutórias.

Como bem explica José Carlos Baptista Puoli, ao apreciar o inciso I do art. 489 do CPC, “a busca por motivação exige que haja análise da situação concreta contida no processo, com o estudo dos fatos e a respectiva aplicação da lei para aquela exata situação descrita pelas partes”. Logo adiante, ao tecer comentários sobre o dever de fundamentação diante das normas que contenham conceitos indeterminados, chama a atenção o autor para a exigência do inciso II do mesmo artigo, explicando que nessas hipóteses há necessidade de o juiz ter ainda mais cuidado na exposição dos motivos que o levam a concluir em determinado sentido, cabendo ao julgador, em um primeiro momento, fazer a complementação da norma.²⁸³

No que diz respeito às medidas executivas, quando a execução se desenvolve pela simples aplicação das medidas tipificadas em lei, o processo segue o rumo que

²⁸² *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1324.

²⁸³ PUOLI, José Carlos Baptista. Motivação das decisões judiciais: uma análise crítica do § 1º do artigo 489 do CPC. In: SICA, Heitor Vitor Mendonça; YARSHELL, Flavio Luiz; BEDAQUE; Jose Roberto dos Santos. Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 444-446.

o legislador previu. Mas quando as medidas típicas cedem espaço às atípicas, mostra-se especialmente relevante que o magistrado fundamente as decisões que as fixarem, mostrando porque entendeu aquela medida adequada ao caso concreto, justificando a sua fixação.²⁸⁴

Aliás, quanto mais liberdade a lei dá ao juiz para customizar o processo e suas medidas, adequando-os às peculiaridades do caso concreto, mais relevante se torna a fundamentação dos seus pronunciamentos decisórios, para que demonstre que a opção não foi aleatória ou fruto do exercício arbitrário do seu poder. Tal raciocínio vale, por óbvio, à adoção das medidas executivas atípicas.²⁸⁵

Essa é também a opinião de José Rogério Cruz e Tucci, ao asseverar que quando o juiz se vê diante da incidência de conceitos indeterminados, de cláusulas gerais e princípios jurídicos, imprescindível realizar um hermenêutico axiológico mais detalhado, com o propósito “de fundamentar a escolha, dentre as opções possíveis, daquela mais adequada para a situação concreta”.²⁸⁶

A importância da fundamentação é bem apontada por Fernando da Fonseca Gajardoni, quando o autor discorre sobre a flexibilização do procedimento:

Derradeiramente, o último requisito para a implementação das variações rituais é a necessidade de fundamentação da decisão que altera o iter legal, condição essa que não diverge, por força de disposição constitucional (art. 93, IX, da CF), da sistemática adotada para toda e qualquer decisão judicial. Trata-se de imposição de ordem política e afeta muito mais ao controle dos desvios e excessos cometidos pelos órgãos jurisdicionais inferiores na condução do processo do que propriamente à previsibilidade ou à segurança do sistema. É na análise da fundamentação que se afere em concreto a imparcialidade do juiz, a correção e justiça dos próprios procedimentos e decisões nele proferidas.²⁸⁷

Pois bem, em tema tão sensível quanto esse, atinente à definição das medidas executivas atípicas a serem aplicadas na execução, a exigência de

²⁸⁴ Essa exigência de fundamentação também é apontada pelo Enunciado n. 12 do FPPC, acima reproduzido.

²⁸⁵ De mesma opinião é Daniel Amorim Assumpção Neves: “A decisão sobre o requerimento, independentemente de seu conteúdo, deve ser fundamentada de forma completa e exauriente, nos termos do art. 489, § 1.º, II, do novo CPC, cabendo ao juiz revelar porque entende que as medidas são adequadas e suficientes, atendendo no caso concreto os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O princípio da atipicidade dos meios executivos sempre exigiu uma fundamentação diferenciada por parte dos juízes, sendo nesse sentido a doutrina ainda na vigência do CPC/1973 ao tratar da aplicação do art. 461, § 5.º, do diploma processual revogado” (Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC, p. 29).

²⁸⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – Análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 190, p. 257-269, dez. 2010.

²⁸⁷ Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC, p. 175.

fundamentação ganha contornos ainda mais relevantes, como meio para o magistrado justificar a medida que aplica, a adequação dela e o respeito aos limites aplicáveis nessa escolha.²⁸⁸

Agindo dessa forma, o juiz contribuirá também para moldar a interpretação e o alcance do art. 139, IV, do CPC, uma vez que a falta de melhor especificação no texto legal transfere tais atividades à doutrina e à jurisprudência. Quanto mais aberta é a norma – e isso não se aplica apenas ao art. 139, IV – mais importante se mostra a fundamentação consistente e completa, para demonstrar como vem sendo preenchida.

Além do mais, através da fundamentação e da consequente exposição das razões de decidir, é possível mais adequadamente exercer o controle sobre a decisão e dela recorrer, procurando demonstrar o seu desacerto e pleitear a sua reforma ou anulação por órgão hierárquico superior. É necessário que os juízes estejam atentos para isso, cientes de que a fundamentação genérica ou inconsistente não atende à exigência Constitucional do art. 93, IX, e muito menos à dos arts. 11 e 489, § 1º, do CPC.

A relevância da decisão que aplica a medida atípica impõe redobrado empenho no atendimento desse ônus, não podendo a sobrecarga de trabalho servir de pretexto para justificar o desatendimento da regra.²⁸⁹

Apesar da previsão constitucional e legal, não é sempre que a imposição recebe plena obediência, omissão que deve levar ao reconhecimento da nulidade da decisão, conforme consequência expressamente definida pelo Texto Constitucional, que bem demonstra a elevada importância do atendimento do requisito.²⁹⁰

²⁸⁸ Nesse mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, em *Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC*, p. 324: “Deve o juiz, na fundamentação decisória, expor racionalmente os motivos da sua escolha, demonstrando, com atenção ao art. 489, §1º, CPC, de que modo a sua opção atende os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.”

²⁸⁹ Em trabalho em que analisa as decisões dos tribunais brasileiros sobre a aplicação de medidas executivas atípicas, Marcos Youji Minami, Natália Viana Nogueira e Orquídea Sampaio Moreira apontam para a deficiência de fundamentação frequentemente encontrada (Uma análise das decisões dos tribunais brasileiros acerca da atipicidade dos meios executivos à luz do art. 139, IV, do CPC/2015, p. 11-12): “É preciso evitar fundamentações concedendo ou negando medidas atípicas de efetivação mediante utilização de conceitos jurídicos indeterminados como “dignidade da pessoa humana”, “direito de ir e vir”, “princípio da efetividade”, “menor onerosidade”, “princípios da proporcionalidade” etc., sem maiores explicações, em desobediência ao Código de Processo Civil que, em seu art. 489, § 1º, inc. II, estabelece que esses termos só podem ser utilizados se explicado o motivo concreto de sua incidência no caso. Não se percebeu isso na maioria dos julgados.”

²⁹⁰ Comentando a regra, assim se manifesta Nelson Nery Jr.: “Caso não sejam obedecidas as normas da CF 93 IX e X, a falta de motivação das decisões jurisdicionais e administrativas do Poder

7.3.4 Proporcionalidade e razoabilidade

Na adoção das medidas executivas atípicas, a observância da proporcionalidade e da razoabilidade é dos cuidados mais relevantes que o magistrado deve ter. Trata-se de requisito que inclusive se encontra consagrado no CPC, quando este afirma, em seu art. 8º, que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deverá resguardar e promover a dignidade da pessoa humana e observar a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Se é verdade que as decisões judiciais muitas vezes são justificadas pela aplicação da proporcionalidade, não menos certo que ela acaba sendo empregada com diferentes significados, o que torna difícil entender o seu alcance e aplicabilidade, como bem expõe Humberto Bergmann Ávila.²⁹¹

Pode-se afirmar, de qualquer forma, que a observância da proporcionalidade impõe ao magistrado que, na determinação da medida executiva a aplicar, ele sopesse os valores envolvidos e conceda aquela que possa proporcionar a satisfação do direito, sem ferir outras garantias igualmente relevantes.

Embora seja grande a preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional e numerosas as iniciativas para implementá-la, o que óbvia e necessariamente alcança a atividade executiva, evidente é que o processo não pode

Judiciário acarreta a pena de nulidade a essas decisões, cominação que vem expressamente designada no texto constitucional. Interessante observar que normalmente a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade. (...) O mau vezo em que incorrem alguns juízes e tribunais de não fundamentarem suas decisões acarreta hoje nulidade por infringência à CF. Não é incomum os juízes indeferirem pretensões das partes argumentando com o jargão de que o fazem 'por falta de amparo legal'. Esse tipo de decisão é exemplo clássico de ausência de fundamentação da decisão judicial (jurisdicional ou administrativa), que a torna írrita e ineficaz" (*Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 333-334).

²⁹¹ Explica o autor que "a utilização do princípio da proporcionalidade nem sempre possui o mesmo significado, não apenas porque ele é tratado como sinônimo da exigência de razoabilidade, com a qual - como será demonstrado - não se identifica, mas porque ele ora significa a exigência de racionalidade na decisão judicial, ora a limitação à violação de um direito fundamental, ora a limitação da pena à circunstância agravante ou necessidade de observância das prescrições legais, ora proibição de excesso da lei relativamente ao seu fim e ora é sinônimo de equivalência entre custo do serviço e a relativa taxa. A sua aplicação, como será demonstrado, é muitas vezes correta. Mas mesmo nesses casos, a fundamentação do chamado princípio da proporcionalidade não apresenta razões intersubjetivamente controláveis, na medida em que não estabelece critérios de delimitação da relação meio-fim – absolutamente essencial à aplicação da proporcionalidade –, bem como deixa obscuro o seu fundamento de validade. Enfim, a fundamentação das decisões, em vez de ser clara e congruente, termina sendo ambígua" (*A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, p. 152-153).

ser pensado exclusivamente sob a perspectiva da efetividade, como se não existissem quaisquer outros valores a perseguir ou proteger, como já afirmamos anteriormente. Tampouco sob o ponto de vista único do autor ou exequente, como se fosse ele o único personagem do processo e só ele dotado de direitos e garantias.

E é justamente a necessidade de observância de diversos valores e princípios que faz com que as medidas executivas devam ser analisadas e definidas sob essa perspectiva da proporcionalidade e razoabilidade. Imperioso, pois, fazer uma ponderação entre os valores que estão em contraposição. Deve-se buscar, na medida do possível, que os princípios em colisão sejam realizados em grau máximo, sem ignorar que ao privilegiar um, outro pode ser afetado. Persegue-se uma solução que se mostre adequada e necessária, sem que desborde para o cometimento de excessos.

Trazendo novamente o raciocínio para o campo de aplicação das medidas executivas, avalia-se se a medida que se pretende impor é adequada para atingir o fim pretendido e se ela é de fato necessária, pois se deve privilegiar medida que, menos restritiva, atinja o mesmo fim. Inclusive diante da necessidade de observância do princípio da menor restrição possível ao executado e da concepção de que a execução não é instrumento de vingança. Ainda, necessário analisar se a medida que se pretende aplicar não é desproporcional à vista do objetivo que se busca atingir.

Discorrendo sobre o tema, explica Samuel Meira Brasil Junior que quando ocorre a colisão entre duas regras, o conflito deve ser resolvido no plano da validade, por força de uma cláusula de exceção ou por meio do que denomina “meta-regras”, em que a solução se dá pela aplicação de critérios cronológicos, hierárquicos ou de especificidade, provocando o afastamento definitivo de uma das regras em conflito.

Entretanto, quando a colisão ocorre entre dois princípios, a solução deve ser procurada no plano do valor, com a necessidade de se apurar o peso que cada princípio deve merecer no caso concreto. Define-se, dessa forma, qual princípio terá precedência sobre o outro.

Nesse sentido, a colisão entre princípios é resolvida pela jurisprudência e pela doutrina pelo critério da proporcionalidade ou da vedação do excesso. A proporcionalidade, esclarece, representa um controle “sobre a aplicação de uma regra ao concretizar um princípio ou na relação entre princípios colidentes.”²⁹² Ideal seria

²⁹² Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos, p. 96-97.

que todos os princípios pudessem ser sempre observados e concretizados, mas muitas vezes tal não se mostra possível.

Pensemos, por exemplo, na criação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica pelo CPC de 2015. Para que se observe a garantia do contraditório, foi criado um procedimento que exige, antes que o juiz decida se a desconconsideração deva ser decretada, a citação do sócio cujo patrimônio se pretende atingir, para que ele ofereça defesa ao pedido de desconconsideração e, se for o caso, produza provas.

Ora, esse procedimento disciplinado nos art. 133 e seguintes do CPC retarda a decretação da desconconsideração, pois na vigência do CPC revogado isso ocorria frequentemente sem que o requerido fosse previamente citado ou intimado. A novidade, pois, parece ir de encontro à busca da razoável duração do processo. Mas, por outro lado, visa preservar o contraditório, garantia constitucional insistentemente reiterada pelo CPC em vigor. Ou seja, privilegiou-se o princípio do contraditório em detrimento do princípio da razoável duração do processo, por se entender que aquele era de maior peso na situação em análise.²⁹³

Portanto, segundo o postulado da proporcionalidade, será escolhida a técnica que, diante da situação fática, consiga concretizar, com a maior intensidade possível, um dos princípios em colisão. O que pode acarretar a denegação da aplicação do outro.

A identificação do princípio que deve prevalecer em caso de colisão exige a análise do caso concreto. Não se pode pretender estabelecer abstratamente, quanto à adoção das medidas executivas, em que escala ou ordem de valores os princípios deverão ser observados ou privilegiados.²⁹⁴ Havendo colisão de princípios, o ideal seria que todos fossem realizados no máximo grau possível.

²⁹³ Oportunas as palavras de Bruno Silveira de Oliveira: “Quando ocorrer essa *colisão de princípios constitucionais*, correto será o uso da técnica processual capaz de concretizar os princípios com maior peso abstrato. Por “peso” de um princípio devemos entender sua importância, ou melhor, a importância do valor ou bem jurídico que ele tutela. Se ambos os valores em jogo tiverem o mesmo peso abstrato (isto é, se ambos tiverem, *em tese*, a mesma importância para nossa Constituição – e isso é o que normalmente ocorre com valores tutelados por princípios constitucionais, exceção feita ao valor supremo da *vida humana*), o uso adequado da técnica processual só poderá se resolver, no caso concreto, à luz da *máxima da proporcionalidade*” (Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual, p. 5-6).

²⁹⁴ Com razão, pois, Luiz Guilherme Marinoni, quando afirma que “como a concentração dos poderes de execução do juiz exige uma cláusula aberta ao caso concreto, trata-se de exigir uma relação entre o uso do poder e as peculiaridades da situação conflitiva. Esse controle somente pode ser feito mediante uma regra hermenêutica que suponha que há uma cláusula geral legal que deve ser concretizada pelo juiz em face das circunstâncias do caso concreto. Por isso, tal regra hermenêutica,

Relevantes as palavras de Humberto Ávila a respeito do problema apontado:

Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas. Por exemplo: a tensão que se estabelece entre a proteção da dignidade humana e da esfera íntima de uma pessoa (CF, art. 1º, III e art. 5º, X) e o direito de proteção judicial de outra pessoa (CF art. 5º, XXXV) não se resolve com a primazia imediata de um princípio sobre outro. No plano abstrato, não há uma ordem imóvel de primazia, já que é impossível saber se ela seria aplicável a situações ainda desconhecidas. A solução somente advém de uma ponderação no plano concreto, em função da qual se estabelece que, naquelas condições, um princípio sobreponha-se ao outro.²⁹⁵

Além do mais, a medida executiva somente será legítima se, além de não violar valores de maior relevância que aquele que se busca atender, seja adequada para alcançar os objetivos propostos. Afinal, de nada adianta o sacrifício imposto pela medida se o resultado que se pretende não pode ser alcançado através dela. Claro que, em muitas situações, a inadequação somente é sentida após o insucesso da medida, caso em que esta poderá ser substituída por outra. Mas, evidentemente, quando já se puder perceber, antes da aplicação da medida, que ela não será apta a promover o resultado pretendido, não há qualquer sentido em a adotar.

A razoabilidade, importante se diga, tem significação distinta da proporcionalidade, e deve ser igualmente considerada na definição e aplicação da medida executiva. De acordo com ela, necessário avaliar se determinada medida é passível de ser aplicada em face de determinado indivíduo ou se é exagerada, considerando o caso concreto e a sua situação pessoal. Busca-se o equilíbrio, ou seja, evitar excessos, levando em consideração as condições pessoais das partes envolvidas, que precisam ser consideradas na tomada de decisão.²⁹⁶

Nas palavras de Humberto Ávila, externadas ao explicar o real alcance da razoabilidade,

“esse dever consiste numa espécie de proibição de excesso no caso concreto. A medida não é considerada inconstitucional por causa da limitação

da mesma forma que a cláusula geral executiva, jamais poderá ser definida em abstrato e previamente, pois sempre dependerá da hipótese a ser julgada. Ora, se a regra hermenêutica serve para controlar a concretização de uma cláusula geral, é pouco mais que evidente que ela também somente adquire significado *quando toma em consideração as peculiaridades do caso concreto, ou seja, a concretização da cláusula geral executiva*” (Controle do poder executivo do juiz, p. 14).

²⁹⁵ A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 158-159. Acrescenta ainda o autor que (p. 171) “a proporcionalidade determina que um meio deva ser adequado, necessário - isto é, dentre todos os meios adequados aquele menos restritivo - e não deva ficar sem relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma”.

²⁹⁶ Sobre a razoabilidade, oportuna a explicação de Marcelo Magalhães Bonicio, para quem a razoabilidade “vista sob a ótica do processo, é mais uma garantia de que o juiz terá que adotar decisões razoáveis, ou seja, sem excessos ou omissões (equilibradas)” (*Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*, p. 36).

advinda da ponderação entre princípios, mas devido à concreta aplicação relativamente a determinado sujeito”.²⁹⁷

Quanto à proporcionalidade, é ela habitualmente entendida através de três postulados que a compõem, quais sejam a) adequação; b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito, que serão abaixo apreciados, pois de suma relevância para o estudo das medidas executivas atípicas.

7.3.4.1 Adequação

Também conhecido por pertinência ou aptidão, o requisito da adequação exige que o meio escolhido seja apto a atingir o fim pretendido. Se for inadequado, fica comprometida a relação meio-fim, mostrando-se inócua e, por consequência, descabida a restrição de direitos imposta ao requerido.²⁹⁸

Portanto, a medida será adequada apenas se puder promover o resultado pretendido, o que o juiz deverá avaliar no momento de defini-la. Pode acontecer de a inadequação não ser percebida no momento da sua definição, mas apenas após implementada. Nessa hipótese, será o caso de substituí-la.

²⁹⁷ A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 173-174: “Segundo, há casos em que é analisada a constitucionalidade da aplicação de uma medida, não com base em uma relação meio-fim, mas com fundamento na situação pessoal do sujeito envolvido. A pergunta a ser feita é: a concretização da medida abstratamente prevista implica a não-realização substancial do bem jurídico correlato para determinado sujeito? Trata-se de um exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual. Nesse aspecto, não se analisa apenas o bem jurídico protegido por um princípio constitucional e nem a medida em relação a um fim constitucionalmente previsto, mas a aplicação daquela medida para determinado indivíduo. Sua aplicação ultrapassa uma relação meio-fim, já considerada constitucional, para situar-se no plano da própria medida relativamente ao sujeito envolvido. Não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas a intensidade da medida relativamente a um bem jurídico de determinada pessoa. Este é um dos casos em que é preciso verificar se uma norma constitucional pode ter aplicação inconstitucional: é a hipótese da iniquidade da aplicação de uma norma geral a um caso individual, sem que ela precise ser proclamada formalmente inconstitucional. Esse dever consiste numa espécie de proibição de excesso no caso concreto. A medida não é considerada inconstitucional por causa da limitação advinda da ponderação entre princípios, mas devido à concreta aplicação relativamente a determinado sujeito. A doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, após longo período em que uniam indistintamente a primeira e a segunda hipótese aqui citada, atribuem, hoje, significado normativo autônomo para essa segunda modalidade, qualificando-a de princípio da razoabilidade (*‘Zumutbarkeitsgrundsatz’*).”

²⁹⁸ Sobre o tema manifestam-se Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: O critério da adequação impõe que o juiz considere abstratamente uma relação de meio/fim entre a medida executiva e o resultado a ser obtido, determinando a providência que se mostre mais propícia a gerar aquele resultado. A perspectiva judicial, nesse primeiro momento, deve ser a do credor: que medida tem aptidão para gerar o resultado mais efetivo? Trata-se, como se vê, de critério fortemente inspirado pelo *postulado da proporcionalidade* e pelo *princípio da eficiência*, na parte em que esse princípio determina a escolha de meios que tenham condições de promover algum resultado significativo e que permitam alcançar, com certo grau de probabilidade, o resultado almejado” (Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC”, p. 321).

Essa relação meio-fim da medida executiva atípica fixada precisa ser demonstrada na decisão que a fixar, como decorrência da exigência de motivação dessa decisão. Ou seja, o juiz deve justificar porque lhe pareceu que aquela medida é adequada àquela situação concreta.

Da mesma forma, quando é o exequente que requer a adoção de determinada medida executiva atípica, caberá a ele, no seu requerimento, demonstrar porque entende ser ela adequada às necessidades do caso, com o intuito de convencer o magistrado disso. Ao mesmo tempo, oportunizada a manifestação ao executado – o que nos parece necessário, em atendimento ao princípio do contraditório – terá ele a oportunidade de argumentar o contrário. E a inadequação, caso o juiz assim entenda, será motivo para deixar de impor essa medida requerida. Afinal, se ela não é um fim em si mesma, mas um caminho para atingir o objetivo do adimplemento, não haveria sentido em adotá-la se não puder promover a satisfação do direito. Caso contrário, serviria no máximo como instrumento de punição do devedor, o que não é o seu intuito.

7.3.4.2 Necessidade

Conforme o critério da necessidade, deve-se selecionar, entre os meios disponíveis e eficazes, aquele que seja o mais suave para realizar o fim pretendido. Assim, se há mais de um meio que possa conduzir à obtenção do resultado, a opção deve recair sobre o mais leve, desde que eficiente. Nesse quadro, aplicar desnecessariamente medida mais rigorosa denota excesso e representa violação à proporcionalidade.

Deve-se, assim, avaliar, na definição da medida a aplicar, se é realmente indispensável, para concretizar um princípio, denegar a observância de outro. Se o atendimento de um princípio não depende da denegação de outro, imperativo escolher outra medida que seja adequada para concretizar ambos. Ou seja, a violação de um princípio somente é admitida quando tal circunstância for imprescindível e condição para atender a outro de maior valor.

O critério da necessidade, pois, acaba funcionando como espécie de freio à adequação. Enquanto nesta a análise se volta à busca de medida que se mostre apta a proporcionar o fim pretendido, com a preocupação mais voltada para a situação do credor e a necessidade de ele receber aquilo a que faz jus, o critério da necessidade conduz à avaliação feita sob a perspectiva do devedor, para que se escolha, entre as

medidas adequadas, a que se mostre menos prejudicial ao executado. Afinal, a relação processual não pode ser enxergada apenas sob o interesse de um dos seus polos, como se apenas ele fosse titular de direitos e garantias, conforme já anteriormente ressaltamos.

No caso específico da aplicação das medidas executivas atípicas, o que aqui se afirma tem relação também com o princípio da menor onerosidade da execução. Entre várias medidas executivas atípicas aptas a proporcionar a satisfação do direito do exequente, deve-se optar por aquela que cause menores sacrifícios ao executado. Natural e até inevitável que o executado sofra prejuízos com a execução, mas tal deve ocorrer no limite do necessário para a obtenção da satisfação do direito executado, não além disso.²⁹⁹

Nesse sentido, do ponto de vista prático, é preciso evitar a cumulação indiscriminada de medidas atípicas, assim como se impõe dar preferência àquelas menos drásticas. O que não significa que o juiz não possa aplicar de imediato alguma medida mais dura, caso já tenha condições de perceber que outra mais branda não produzirá o cumprimento da obrigação. Mas é importante que a justificativa para aplicação da medida conste da fundamentação da decisão que a fixar.

7.3.4.3 Proporcionalidade em sentido estrito

De acordo com o postulado da proporcionalidade em sentido estrito, não se admite o sacrifício de um bem jurídico maior, para se satisfazer um fim de peso menor que aquele que foi sacrificado. Necessário, pois, fazer-se uma ponderação entre os bens em colisão, para não se sacrificar um mais valioso em favor de um menos valioso.

Havendo conflito entre princípios e não sendo possível que ambos sejam realizados de forma plena, necessário avaliar qual deles tem maior peso e deve prevalecer. Trata-se de análise que precisa ser feita diante da situação concreta, o que dificulta ou impede soluções prontas e predefinidas.

²⁹⁹ Bruno Silveira de Oliveira afirma que “a escolha de uma entre várias técnicas processuais, que cheguem ao mesmo resultado prático (isto é, que sejam igualmente *adequadas* à consecução desse resultado) deve se resolver por aquela que implique o menor gravame possível ao princípio ou à garantia constitucional cuja aplicação foi mitigada – nessa medida, se diz que a técnica eleita deve ser *adequada* e estritamente *necessária* à realização do fim colimado” (Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual, p. 9).

Por consequência, ao definir a medida executiva a ser aplicada, deverá se avaliar, com base no fim que se persegue, se ela não restringe em demasia os demais direitos envolvidos. E, por certo, as partes litigantes, em contraditório, terão oportunidade de se manifestar e argumentar em um sentido ou outro, atuando ativamente na formação da convicção do magistrado.

Esse postulado impede, por exemplo, que por força de uma dívida de pessoa jurídica com um terceiro, este obtenha, como medida para levar ao cumprimento da obrigação inadimplida, o fechamento da planta industrial da devedora. Isso porque se tal medida for efetivamente implementada, na defesa do crédito do credor, estar-se-á deferindo medida com consequências bem mais graves que o inadimplemento que se quis evitar. Afinal, podem advir daí a paralisação da empresa e até encerramento das suas atividades, perda de empregos e de arrecadação de tributos, e até eventual desabastecimento do mercado, dependendo da atividade econômica desenvolvida.

Tratar-se-ia, pois, de medida proferida em violação ao princípio da preservação da empresa e da proteção dos empregos, aplicada com o propósito de satisfazer o interesse de um único credor. Parece-nos, nessa hipótese, haver desrespeito justamente à proporcionalidade, em sentido estrito.

Pensamos que um exemplo real de inobservância dessa proporcionalidade consistiu em decisão proferida pelo juízo da 1ª. Vara dos Juizados Especiais da Fazenda Pública de Salvador/BA (Processo: 8018710-50.2019.8.05.0001). O magistrado, para fazer com que a Secretaria da Saúde do Estado da Bahia cumprisse a determinação de custear o tratamento de saúde da autora, estabeleceu prazo de 48 horas para a ré demonstrar o cumprimento da liminar deferida, sob pena de, com fundamento no art. 536 do CPC, cortar o fornecimento de energia elétrica e internet do prédio onde funciona a referida Secretaria de Estado.³⁰⁰

Ora, é bem verdade que a medida coercitiva é fixada na intenção de que não precise ser implementada, mas, por óbvio, o juiz não pode descartar a necessidade de isso ocorrer, se a obrigação não for cumprida no prazo estabelecido. E nos quer parecer que o magistrado, ao fixar a medida referida, desconsiderou que, se por um lado, era legítima a preocupação com a saúde do exequente, a medida poderia inviabilizar o próprio funcionamento do órgão em questão, trazendo consequências

³⁰⁰ Decisão disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2019/8/art20190806-09.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.

sérias para a saúde de um grande e indefinido número de pessoas assistidas por aquela Secretaria.

Sem dizer que esses terceiros assistidos por essa Secretaria seriam atingidos e prejudicados pela medida sem que tivessem praticado qualquer conduta que contribuísse com o inadimplemento, sendo certo que tampouco poderiam ter agido para evitá-la.

Motivos mais que suficientes para discordarmos da medida aplicada pelo magistrado, claramente em desacordo com o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito. Embora fosse o mesmo direito em risco, o direito à saúde, a medida punha em risco a saúde de grande número de pessoas, para preservação do direito, ainda que legítimo, de um só.

7.3.5 Princípio da menor onerosidade

De acordo com o princípio da máxima efetividade da execução, esta deve garantir ao exequente absolutamente tudo o que ele tenha direito de receber, mas com o menor sacrifício possível ao executado.

Afirma Araken de Assis que

uma execução é bem-sucedida, de fato, quando entrega rigorosamente ao exequente o bem da vida, objeto da prestação inadimplida, e seus consectários, ou obtém o direito reconhecido no título executivo (execução in natura). Este há de ser o objetivo fundamental de toda e qualquer reforma da função jurisdicional executiva, favorecendo a realização dos créditos e dos direitos em geral.³⁰¹

Assim, para que referido princípio seja realmente observado, o juiz deve empenhar os seus poderes no eficiente desenvolvimento da execução, aplicando medidas típicas e atípicas, que se mostrarem adequadas e eficientes para proporcionar a satisfação do direito do exequente.

Ocorre que incide também sobre a atividade executiva, como contraponto, o princípio da menor onerosidade ao executado, que há de pautar as providências a serem adotadas no processo executivo. De acordo com ele, a execução de fato deve se realizar com vistas a atingir a satisfação do direito do exequente, mas tal se deve obter com o menor sacrifício possível do executado. É esse raciocínio que faz nascer a previsão do art. 805 do CPC, segundo a qual “quando por vários meios o exequente

³⁰¹ *Manual da execução*, p. 146.

puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

Ora, é natural que o executado sofra prejuízos na execução, pois, se não se dispôs a cumprir voluntariamente a obrigação e o credor teve que buscar a via executiva para obter judicialmente a satisfação do seu direito, serão implementadas medidas sobre o patrimônio e a conduta do executado, para conduzirem ao adimplemento da obrigação.

Portanto – importante assinalar – não há que se confundir a menor onerosidade com um direito inexistente de inadimplemento de parte do executado. Tanto isso é verdade que, ao apontar o excesso de rigor de um ato determinado ou já realizado, o executado deverá indicar outros meios que se mostrem eficazes e, ao mesmo tempo, menos onerosos, sob pena de manutenção desses atos. É o que se vê do art. 805, parágrafo único, do CPC.

Bom exemplo da situação aqui narrada se encontra na previsão do art. 847 do CPC, que permite ao executado requerer a substituição de um bem penhorado, mas desde que comprove que tal providência lhe será menos gravosa e que, ao mesmo tempo, não trará prejuízos ao exequente ou à execução.

O princípio da menor onerosidade quer significar, pois, que entre os meios igualmente eficazes, deve-se optar por aquele que não cause danos injustificados ao executado. Isso deve pautar a conduta do juiz também quando da adoção das medidas executivas. Assim, as medidas fixadas devem, por um lado, ser adequadas e eficientes para provocar a satisfação do direito do exequente, mas, por outro, não podem sacrificar o executado além do necessário. Portanto, o sacrifício do executado está limitado estritamente ao que for preciso para produzir a satisfação do direito do exequente, e não mais que isso.³⁰²

³⁰² Sobre o tema, oportunas as palavras de André Vasconcelos Roque: “Por definição, como a execução se realiza mediante a prática de atos que visam a ingressar no patrimônio do executado, com vistas a obter o cumprimento forçado da obrigação, é de sua essência que proporcione algum sacrifício ao executado. No entanto, a satisfação do exequente não pode ser buscada a todo custo. Um dos limites impostos à atuação jurisdicional na execução – tanto naquela fundada em título executivo extrajudicial, quanto no cumprimento de sentença – diz respeito à exigência da menor onerosidade ao executado (não é, porém o único limite, como evidenciam as hipóteses de impenhorabilidade). De acordo com o dispositivo em análise, entre vários meios executivos (pouco importa se subrogatórios, os quais prescindem de qualquer colaboração do executado – como a expropriação ou a busca e apreensão -, ou coercitivos, que visam a constranger psicologicamente o executado para que colabore com o adimplemento da obrigação – como as astreintes ou a prisão civil), desde que sejam igualmente eficazes, deve o juiz determinar que se efetive o meio executivo menos oneroso ao executado, ou seja, que lhe proporcione menor sacrifício” (*Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*, p. 159).

É dentro de um quadro de tensão, entre o direito do exequente de ter o seu direito satisfeito de um lado, e de outro o direito do executado de não ser sacrificado além do necessário à obtenção dessa satisfação e de ter as suas garantias observadas, que a execução se desenvolve.³⁰³

Assim, o que se quer evitar é que o executado sofra prejuízos além daqueles necessários para que o exequente seja satisfeito no seu direito. Isso porque execução não é pena ou exercício de um inexistente direito de vingança, mas meio de satisfação de um direito reconhecido em título executivo. Por isso mesmo que descabe a adoção das medidas executivas atípicas quando o devedor não cumpre a obrigação por absoluta falta de condições de fazê-lo, como será mais adiante explicado.

Dessa forma, o princípio da menor onerosidade obviamente deve ser observado na adoção das medidas executivas atípicas, para que seja escolhida aquela que conduza à satisfação do direito do exequente, causando o menor sacrifício possível ao executado. Ou seja, entre duas ou mais medidas aplicáveis, todas aparentemente suficientes para conduzir à satisfação do referido direito, deve o magistrado optar por aquela que causará menores prejuízos ao executado.

Como resultado, se as medidas executivas típicas forem eficientes para o caso concreto, parte-se para a sua adoção, porque elas inclusive trazem a vantagem de atribuírem segurança e previsibilidade à atividade jurisdicional. Mas se as típicas não forem suficientes, e houver mais de uma atípica que possa proporcionar a satisfação do direito do exequente, deve-se optar pela mais suave.

Aliás, cabe ao executado usar o contraditório, que preferencialmente deve ser oportunizado antes da adoção da medida atípica, para tentar demonstrar ao juiz que a típica já seria suficiente, ou que haveria outra medida atípica menos prejudicial que aquela cogitada, mas igualmente eficiente e adequada.

Logo, caso entenda que a medida executiva que se pretende aplicar é excessivamente gravosa, compete ao executado, para evitar a sua aplicação, oferecer alternativa menos gravosa e que igualmente possa conduzir à satisfação do direito do exequente.

³⁰³ Essa percepção faz Daniel Rodrigues Colnago afirmar: “A prevalência dos interesses do exequente, sabe-se, não deve fazer esquecer os interesses atendíveis do executado, razão pela qual se costuma afirmar que o campo da execução envolve uma tensão entre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de um lado, e o direito fundamental à ampla defesa – e também à segurança jurídica –, de outro” (Poderes executórios do juiz na efetivação da tutela específica: limites e possibilidade, p. 10).

Manifestam-se nesse mesmo sentido Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Além disso, o órgão julgador terá de observar, sempre e necessariamente, o *princípio da menor onerosidade da execução*, previsto no art. 805 do CPC: havendo 2 opções igualmente eficazes para permitir alcançar o resultado pretendido (satisfação do crédito), deverá o órgão julgador valer-se daquele que menos onere a situação do executado. Esse princípio protege a ética processual, a lealdade, impedindo o comportamento abusivo de exequente que, sem qualquer vantagem, possa beneficiar-se de meio executivo mais danoso ao executado – e não deixa de ser uma concretização do segundo passo da proporcionalidade.³⁰⁴

Portanto, deve-se aplicar à definição da medida executiva o quanto disposto no art. 805 do CPC, no seu *caput* e em seu parágrafo único. Como consequência, entre vários meios possíveis, o juiz mandará que a execução se faça do modo menos gravoso ao executado (art. 805, *caput*); da mesma forma, quando alegar que a medida executiva é excessivamente gravosa e pode ser substituída por outra menos dura, parece-nos que o sucesso da argumentação dependerá de o executado demonstrar a existência de outros meios igualmente eficazes, que lhes causem menos danos.

7.3.6 Inadimplemento voluntário

O executado responde com os seus bens para o cumprimento das obrigações assumidas, à exceção daqueles bens que são protegidos pela lei e não podem ser alcançados por medidas de execução. Caso não haja o adimplemento voluntário da obrigação pelo devedor e sendo o credor detentor de um título executivo, aberto estará o caminho para que pleiteie essa satisfação pela via executiva.

É claro que o executado, ainda que o exequente apresente título que evidencie a alta probabilidade de existência do direito cuja satisfação pleiteia, não ficará sem defesa, como acima já exposto. Afinal, as garantias constitucionais do executado, dentre elas a do contraditório e da ampla defesa, não de ser observadas como condição inafastável para a concretização do devido processo legal. A busca por efetividade, de certo, não pode dispensar a realização de um processo justo.³⁰⁵

³⁰⁴ Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC, p. 320-321.

³⁰⁵ É a lição de João Batista Lopes: “A efetividade pode ser vista sob o aspecto do resultado do processo: é a visão pragmática da efetividade. Nem sempre, porém, o resultado do processo será suficiente para revesti-lo de efetividade. Pense-se no processo em que se faz justiça ao autor, reconhecendo o direito que ele realmente tem, mas com agressão ao princípio do contraditório. A efetividade da tutela jurisdicional não pode prescindir do processo justo, isto é, aquele que obedece às garantias estabelecidas na Constituição. Com efeito, o modelo constitucional de processo, isto é, o processo com garantias constitucionais, constitui exigência inafastável para se alcançar a tutela

Mas o exercício do direito de defesa não autoriza o executado, por certo, a praticar toda sorte de condutas destinadas a frustrar os objetivos da execução. Antes de mais nada, deve se comportar de acordo com a boa-fé, como exige o art. 5º do CPC. Nesse sentido, praticará ato atentatório à dignidade da justiça o executado que fraudar a execução; opor-se maliciosamente a ela; dificultar ou embaraçar a realização da penhora; resistir injustificadamente às ordens judiciais; deixar de indicar os bens sujeitos à penhora, seus respectivos valores e a prova da sua propriedade, quando intimado para tanto.

Incidindo em uma dessas condutas, sofrerá a necessária e adequada repressão, que, nos termos do art. 774, consistirá na aplicação de multa a ser fixada no elevado percentual de até 20% do valor atualizado do débito, em favor do exequente.

Mas não é só. Além da aplicação dessa multa referida ou de outras penalidades, a conduta adotada pelo executado poderá ser determinante na definição das medidas executivas a serem aplicadas no caso concreto.

Há que ficar bem claro, todavia, que as medidas executivas não podem assumir o papel de “medidas de vingança”. O executado que não quita sua obrigação diante da impossibilidade de fazê-lo não deve sofrer o rigor das medidas executivas atípicas. Aplicá-las sobre esse executado retiraria delas sua desejada força coercitiva, tornando-as meramente punitivas, o que não é a intenção do art. 139, IV, do CPC. Afinal, de que serviriam as medidas tendentes a convencer o executado a adimplir se ele não tem a menor condição de fazê-lo?

Completamente distinta é a situação quando ele simplesmente “opta” por não cumprir a obrigação, por entender que o inadimplemento lhe é mais vantajoso ou confortável. Quanto mais reprovável for a conduta do executado, no sentido de deliberadamente pretender frustrar a prestação da tutela jurisdicional, maior será a justificativa para o juiz aplicar-lhe as medidas executivas atípicas e maior o rigor do qual poderão se revestir.

Como já se afirmou, essa postura do executado não prejudicará apenas o exequente, mas atentará contra a própria atividade jurisdicional do Estado. Caso se trate de cumprimento de sentença, atentará não só contra a atividade executiva, mas

jurisdicional adequada e efetiva” (Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil, p. 5 e 6).

também contra aquela realizada no processo de conhecimento, cujo resultado pode ser lançado na vala da inutilidade se a execução da decisão for infrutífera.

É sempre importante insistir nesse ponto, especialmente para convencer aqueles que enxergam com maus olhos a adoção das medidas executivas atípicas: além de a permissão de serem adotadas não significar que o juiz terá liberdade absoluta e poderá fazê-lo de forma arbitrária e sem controle, elas não serão direcionadas àqueles que não tem condições de cumprir suas obrigações. Seu destino são os devedores que poderiam adimplir, se quisessem.

Portanto, partindo-se da ideia de que as medidas atípicas não têm por objetivo final penalizar o inadimplente e muito menos “vingar” o credor, mas sim proporcionar o cumprimento da obrigação, temos como conclusão natural que não há sentido em aplicá-la quando não se tem uma hipótese de inadimplemento voluntário, mas a inadimplência decorre da sua impossibilidade de cumprir a obrigação.

Não é razoável presumir que todo inadimplente se encontra nessa situação por desejo próprio ou por má-fé. Muitas vezes, a inadimplência não é desejada, mas fruto de variáveis que fugiram do controle do devedor ou com as quais não teve habilidade para lidar. Não pretendia que fosse assim, mas não consegue honrar a sua obrigação. Não será esse executado que sofrerá o peso das medidas atípicas.

Portanto, pensamos que o uso das medidas executivas atípicas quando o executado não reúne condições para adimplir desconsideraria os reais objetivos da medida, que seria inócua e, quando muito, serviria de instrumento de vingança ou forma de sanção. Fugindo, claramente, dos propósitos do art. 139, IV, do CPC.

O que aqui se afirma não é novidade e é reconhecido pela Constituição Federal, de forma expressa, na situação específica da prisão do devedor por dívida de alimentos. O art. 5º, inciso LXVII, deixa claro que é o inadimplemento “voluntário” e “inescusável” que viabiliza a prisão. *A contrario sensu*, se o inadimplemento decorrer da real e efetiva falta de condições de pagar – situação que o executado terá a oportunidade de demonstrar antes da aplicação da drástica medida - a prisão não deverá ser decretada. Tanto que o CPC, em seus arts. 528 e 911, estabelece que o executado será intimado ou citado para, no prazo de 3 dias, pagar, provar que pagou ou *justificar a impossibilidade* de fazê-lo.

Por consequência, se provar a impossibilidade de pagar, a decretação da prisão não é legítima, pois seria inócua e configuraria mera medida punitiva. Afinal, o que realmente se pretende não é propriamente a prisão do devedor, mas que a

ameaça dela possa servir como fator de coerção, levando o executado a pagar, ainda que tenha que empregar considerável esforço para fazê-lo.

Por essa mesma razão, inclusive, que o diploma processual passou a estabelecer expressamente, acompanhando entendimento já consagrado pelo STJ em sua Súmula 309,³⁰⁶ que o débito que autoriza a prisão é aquele correspondente às três prestações anteriores ao ajuizamento da execução, somadas às que se vencerem no curso dela.

Referida regra, que se aplica tanto ao cumprimento de sentença quanto à execução de título extrajudicial, tem uma razão muito clara: evitar que o acúmulo de prestações em aberto, com a conseqüente elevação do montante a pagar, inviabilize o pagamento. Justamente porque não se quer a prisão de quem deve, mas sim que o temor de ela ocorrer possa levar o executado a adimplir antes que ela se concretize. Inclusive porque a ocorrência da prisão pode dificultar o pagamento, diante do obstáculo que cria ao executado para que obtenha o numerário necessário para tanto. Por isso, até, cabe ao exequente decidir se quer realizar dessa forma a execução da verba alimentar.

A lógica acima apresentada incide na adoção das medidas atípicas, nas diversas espécies de execução. O que tais medidas visam é promover o adimplemento, e não punir o executado. Por esse motivo, não têm cabimento a sua incidência quando o inadimplemento é fruto da impossibilidade de adimplir,³⁰⁷ fazendo com que a definição e a aplicação da medida devam ser analisadas diante das características do caso concreto e da condição e postura do executado.

³⁰⁶ Súmula 309 – “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.”

³⁰⁷ A mesma posição é defendida por Daniel Amorim Assumpção Neves: “Conforme amplamente defendido, a medida executiva coercitiva só tem sentido se cumprir sua missão, ou seja, efetivamente pressionar o devedor a cumprir sua obrigação. Dessa forma, é natural que seja sempre temporária, porque de duas uma: ou a obrigação terá sido cumprida, o que demonstrará a eficácia da medida; ou após o decurso de tempo de sua aplicação sem o cumprimento da obrigação se notará sua ineficácia. De uma forma ou outra não existe aspiração nas medidas executivas coercitivas à eternidade, devendo ser aplicadas somente até a satisfação da obrigação ou até o juiz notar que elas não cumpriram sua função no caso concreto. (...). Tive a oportunidade de afirmar, de forma reiterada, que as medidas executivas coercitivas só podem ser aplicadas no caso concreto se houver uma expectativa de cumprimento voluntário da obrigação. Caso o juiz se convença de que o devedor não paga porque não tem como pagar, em razão de ausência de patrimônio que possa ser utilizado em tal pagamento, a medida executiva coercitiva não deve ser aplicada. Entendo, inclusive, ser essa a *ratio* do art. 5.º, LXVII, da CF, ao prever que somente o inadimplemento voluntário e inescusável permite a prisão civil, ou seja, só é cabível a prisão de quem não paga porque não quer e não de quem não paga porque não pode” (Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC, p. 11-12).

Caso se constate que o executado não tem patrimônio ou condições para solver sua obrigação, de nada servirá a aplicação das medidas atípicas, sendo hipótese de suspensão da execução, como prevê o art. 921, inciso III, do CPC.

O STJ já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, afirmando que de fato a aplicação das medidas atípicas deve ocorrer de forma subsidiária e se o executado tem condições de quitar a obrigação, sendo tais medidas incabíveis se o inadimplemento é fruto da impossibilidade de cumprimento da obrigação.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Especial n. 1.788.950/MT, a Ministra Relatora Nancy Andrighi, assim se manifestou, de forma acertada:

Frise-se, aqui, que a possibilidade do adimplemento – ou seja, a existência de indícios mínimos que sugiram que o executado possui bens aptos a satisfazer a dívida – é premissa que decorre como imperativo lógico, pois não haveria razão apta a justificar a imposição de medidas de pressão na hipótese de restar provada a inexistência de patrimônio hábil a cobrir o débito. Em suma, é possível ao juiz adotar meios executivos atípicos desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir a obrigação a ele imposta, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.³⁰⁸

Em sentido contrário, se o executado, estando efetivamente em situação de inadimplência e tendo condições de cumprir sua obrigação, opta por não o fazer, tentando a todo o custo adotar condutas que frustrem a execução, poderá inclusive ser enquadrado como litigante de má-fé.

Para essas posturas, a disciplina da execução inclusive já previa e prevê punição. É o que ocorre quando o executado pratica atos considerados atentatórios à dignidade da justiça, consistentes em fraudar a execução; opõe-se maliciosamente a ela, através de ardis e meios artificiosos; dificulta ou embaraça a realização de penhora de bens; resiste de maneira injustificada às ordens do juiz e, quando intimado, não informa bens sujeitos à penhora, com indicação do seu valor e prova da propriedade. Tais condutas serão puníveis com multa de até 20% do valor atualizado da importância em execução, em favor do exequente. Tudo conforme o art. 774 do CPC.

Mas além de eventual punição prevista em lei, tanto no acima citado art. 774 ou em outros dispositivos legais, é justamente a postura do executado, de escolher não cumprir a obrigação e criar obstáculos ao bom andamento da execução, impedindo a satisfação de um direito do exequente reconhecido em título executivo e

³⁰⁸ STJ, Recurso especial n. 1.788.950-MT, 3ª. Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 23.04.2019.

atentando contra a própria atividade jurisdicional do Estado, que legitimará a adoção das medidas executivas atípicas. No caso da execução de título judicial, atenta até mesmo contra a atividade realizada na fase de conhecimento, cujo resultado pode se mostrar inútil se não se lograr êxito na efetivação da decisão proferida.³⁰⁹

Como a adoção das medidas executivas atípicas está ligada à condição e à conduta do executado, é necessário que – sempre que possível – seja respeitado o contraditório prévio à aplicação da medida, conforme acima sustentado. Ouvidas as partes, o exequente terá a oportunidade, diante do padrão de vida ostentado pelo executado, de demonstrar que ele teria condições de adimplir, se quisesse, mas tenta se esquivar. Enquanto o executado poderá expor a impossibilidade de fazê-lo, o que tornaria inócua e, portanto, ilegítima a medida que se ameaça impor.

Por essa razão, pois, que Thiago Rodvalho defende que as medidas atípicas devem ser direcionadas ao “devedor ostentação”, aquele que leva vida de luxo incompatível com a falta de condições financeiras que sustenta em sede executiva. Pois, caso contrário, se há demonstração da real impossibilidade financeira do obrigado, a adoção de medida atípica representaria um constrangimento inútil e desnecessário.³¹⁰

7.3.6.1 O ônus probatório

Aliás, esse tema traz à luz outra relevante questão. Se a adoção das medidas atípicas depende de o executado não ter cumprido a obrigação apesar de ter a

³⁰⁹ Com razão, pois, Rafael de Oliveira Lima: “A atipicidade dos meios executivos existe, ao contrário, para a tutela de direitos de forma efetiva, adequada e tempestiva e só deve ser invocada, diante disso, quando os meios típicos não se mostrarem suficientes e quando, de fato, houver ao menos indícios de que o devedor poderá vir a pagar caso seja sujeito aos efeitos de atos executivos atípicos, sob pena de sujeitar o executado a onerosidade que em nada contribui à tutela jurisdicional, e, a bem da verdade, apenas fere o princípio do menor sacrifício possível e os direitos fundamentais do executado” (A atipicidade dos meios executivos no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, p. 279).

³¹⁰ “Agora, isso não é verdadeiro diante da conhecida figura do cenário brasileiro do ‘devedor ostentação’, i.e., aquele que deve, não nega – até porque não pode (há coisa julgada contra ele) e também porque não precisa (o sistema no mais das vezes ineficiente o protege) –, mas não paga, o que não o impede de levar uma vida de luxo, incompatível com sua situação de suposta falta de bens, dirigindo bons carros, não raramente importados, jantando em bons e caros restaurantes, viajando ao exterior etc., enquanto o credor pena com a falta de bens penhoráveis (por vezes ocultados em estruturas complexas como o Trust ou mesmo em nome de terceiros, os ‘laranjas’, nem sempre alcançados pelos meios executivos típicos, como multas, desconsideração da personalidade jurídica, fraude, v.g.), o que, infelizmente, ainda é comum em nosso país, em que ainda impera a denominada *cultura de transgressões*” (O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC, art. 139, inc. IV (atipicidade dos meios executivos). In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 723).

capacidade para fazê-lo, a quem compete essa prova? Ou seja, é necessário identificar se compete ao exequente, no requerimento da medida atípica, demonstrar que o executado, caso realmente quisesse, poderia adimplir a obrigação; ou se a não aplicação da medida ocorrerá apenas se o executado conseguir demonstrar a incapacidade de quitar a obrigação.

No caso da execução de alimentos sob pena de prisão, vimos acima que a prova da incapacidade de solver há que ser feita pelo próprio devedor. Como há expressa previsão legal, não deve haver maiores discussões a respeito desse ônus. Contudo, no caso da aplicação das medidas atípicas, não há regra expressa a respeito da distribuição desse ônus. Aliás, nem mesmo existe regra expressa estabelecendo que a aplicação da medida fica dependente da capacidade do executado adimplir, mas é o que resulta dos próprios objetivos da medida, como acima se demonstrou. Sendo assim, a distribuição desse ônus de provar exige análise um pouco mais cuidadosa da situação.

Pensamos que, na falta de regra específica, deve-se simplesmente aplicar as disposições do CPC que regulam a distribuição do ônus da prova. Ou seja, levando em conta o que estabelece o art. 373, inciso I, segundo ao qual compete ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, acreditamos que o exequente, ao requerer a aplicação da medida executiva atípica, deverá trazer elementos de prova capazes de demonstrar que, se pretendesse cumprir a obrigação, o executado teria condições de fazê-lo.

Ainda que não tenha condições de trazer prova cabal, ao menos indícios o exequente deverá demonstrar, para fundamentar o seu pedido de aplicação das medidas. Se necessário, requerendo diligências ao magistrado, tal como expedição de ofícios à Receita Federal, ao seu empregador ou tomadores de serviços, ou mesmo à administradora de cartão de crédito, entre outros. Sem desprezar a consulta às redes sociais, em que o executado pode eventualmente exibir padrão de vida bem superior àquele que informa nos autos.

Contudo, pode ocorrer de a produção de tal prova ser excessivamente difícil ao exequente. Por essa razão, a) além de não se recomendar excesso de rigor do juiz na análise da prova trazida pelo exequente – até porque, com a observância do contraditório, o executado terá a oportunidade de provar o contrário – b) pode se tornar conveniente, a depender da situação concreta, a distribuição dinâmica do ônus da prova, por expressa autorização do art. 373, § 1º, para que o juiz atribua o ônus de

provar àquele que tiver melhores condições de fazê-lo. Especialmente se o requerente já conseguir, como acima apontado, trazer ao menos indícios de que o executado desfruta de situação financeira confortável, que lhe permitiria honrar os seus compromissos.³¹¹

Finalmente, uma vez plenamente viável a realização de negócio jurídico processual sobre provas e medidas executivas atípicas, conforme já demonstrado, e sendo ainda expressamente reconhecida às partes a possibilidade de distribuírem o ônus da prova de forma consensual (art. 373, § 3º.), não se pode descartar essa distribuição por ato das partes, o que é viável até mesmo antes do processo, através de uma cláusula contratual, por exemplo.

7.3.7 Ineficiência das medidas típicas

O diploma processual estabelece regras para o desenvolvimento da execução, inclusive prevendo as medidas que devam ser adotadas, em cada momento, conforme a postura adotada pelas partes. Isso se dá especialmente no que diz respeito à execução ou ao cumprimento de obrigação de prestação pecuniária, em que se encontra previsão pormenorizada a respeito do procedimento e das medidas aplicáveis.

Por exemplo, estabelece o CPC que não efetuado o pagamento no prazo estabelecido em lei, o executado sofrerá penhora de seus bens, o que vale tanto para a execução de título extrajudicial como para o cumprimento de sentença. Não concedido efeito suspensivo às defesas, os atos executivos podem prosseguir, inclusive com adjudicação ou alienação dos bens penhorados, e assim por diante.

³¹¹ Sobre a distribuição do ônus dessa prova, pertinente citar a opinião de Guilherme Sarri Carreira e Vinicius Caldas da Gama e Abreu: “Não há dúvidas de que neste caso o ônus da prova compete ao credor, que deverá comprovar a condição de ostentação do devedor, o que pode ser feito, por exemplo, através das páginas pessoais (facebook, instagram, etc.). Não se ignora que nestes casos a prova pode ser, muitas vezes, complicada de se produzir, mas não nos parece adequado determinar a sua inversão ao menos sem indícios de que o devedor ostenta a referida qualidade, pois do contrário o ônus sempre recairia no devedor, tendo por fundamento o simples esgotamento de bens passíveis de penhora, o que, como dito, não se amolda aos ditames de aplicação do art. 139, IV, do NCPC. Dessa forma, após o esgotamento dos meios típicos de tentativa de localização de bens em nome do devedor e a demonstração de que se trata de um ‘devedor ostentação’, parecem-nos perfeitamente viável a utilização de medidas atípicas previstas no art. 139, IV, do NCPC, pois neste caso a medida não terá caráter punitivo, justamente porque a inexistência de bens é relativa. Todavia, ainda que se trate de um ‘devedor cafajeste’, conforme expressão cunhada por Marcelo Abelha Rodrigues, tais medidas deverão respeitar os direitos fundamentais previstos na Constituição e ser fixada com base na adequação e na necessidade da medida” (Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas, p. 251).

Quando a execução se desenvolve dentro da forma prévia e legalmente estabelecida, conforme anteriormente afirmado, há nítidos ganhos para a segurança e a previsibilidade. Mas esse caminho mais estreito pode reduzir a eficiência, vez que as medidas previstas em lei eventualmente não serão adequadas ou suficientes para lidar com aquela situação concreta, porque não elaboradas sob medida e em vista das necessidades do caso específico.

Nesse quadro de inadequação ou insuficiência, abre-se espaço para adoção das medidas atípicas, em substituição às típicas, por fundamento no art. 139, IV, do CPC. Se é correto afirmar que a adoção das primeiras pode representar perda de previsibilidade e segurança, em contrapartida, seu uso tem potencial para trazer forte ganho em termos de eficiência.

Por consequência, especialmente no caso da execução ou do cumprimento de obrigação de prestação pecuniária, que já tem o procedimento e as medidas detalhadamente definidos, conveniente dar preferência ao desenvolvimento da execução através da aplicação dessas medidas tipificadas, deixando as atípicas para os casos em que as primeiras se mostrarem ineficientes.

Pensamos, contudo, que esse mesmo raciocínio não se aplica à execução ou ao cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, em razão do fato de o *caput* do art. 536, e respectivo § 1º, já liberar de imediato a adoção das medidas atípicas, por não demonstrar preferência pelas medidas exemplificativamente ali relacionadas.

Também razoável entender, no caso da execução ou do cumprimento de obrigação de prestação pecuniária, que partir desde o início para a adoção das medidas atípicas, sem se aplicar ou ao menos considerar as típicas, tornaria injustificada a manutenção da disciplina pormenorizada que o código oferece para essa execução, seu procedimento e seus atos, tornando tudo isso verdadeira letra morta. Esse raciocínio faz André Vasconcelos Roque afirmar que o exequente não pode pedir uma medida executiva atípica, na execução por quantia certa, antes mesmo de buscar bens do executado passíveis de penhora, que se constitui no meio principal de execução disciplinado do CPC para essa espécie de obrigação.³¹²

Mostrando-se ineficientes as medidas típicas, ou por já terem sido tentadas sem sucesso ou porque a ineficiência foi percebida de antemão, aí sim há que se

³¹² Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV, do CPC/2015, p. 737.

partir para a adoção das atípicas, buscando aquelas que se mostrarem mais eficientes e adequadas.

Pode-se argumentar que o CPC não diz que as medidas atípicas devam ser adotadas após constatada a ineficiência das típicas, o que não deixa de ser verdade. Mas apesar de não o afirmar, parece-nos que esse deve ser o entendimento correto, face à detalhada disciplina que a execução de prestação pecuniária recebe e ao fato de que, se o resultado puder ser obtido com a adoção das medidas típicas, lançar mão das atípicas prejudicaria injustificadamente a segurança jurídica e a previsibilidade – embora isso possa ser mitigado através da observância do contraditório prévio – além de poder ir de encontro ao princípio da menor onerosidade.

Foi o próprio CPC de 2015, ao ampliar a possibilidade de aplicação das medidas atípicas, estendendo-as à execução de prestação pecuniária, que optou por manter a previsão de realização dessa execução através de procedimento e medidas previstas em lei. Justamente não abriu mão de tipificá-las porque pretendeu a adoção das medidas atípicas apenas em caráter subsidiário. Nossa opinião, porém, não coincide com aquela defendida por Araken de Assis.³¹³

Embora seja correta a informação do citado autor, de que o dispositivo legal não estabeleceu esse requisito, conforme já comentamos, a observância da subsidiariedade é recomendada pelas razões acima apresentadas. O que nos faz concordar, em grande parte, com Thiago Rodovalho, quando este afirma que

aqui reside a primeira premissa, os meios atípicos não são a *prima ratio*, e, sim, a *ultima ratio*, é dizer, esgotados e frustrados os meios executivos típicos e ordinários, pode-se, em tese, valer-se do sistema atípico. Deste modo, tratando-se de execução por quantia certa, as medidas naturais e típicas continuam a ser o desapossamento do devedor, é dizer, principia com a penhora e demais meios executivos naturais, conforme o caso (desconsideração da personalidade jurídica, v.g.), e não com a imposição de medidas indutivas e coercitivas. Frustradas essas medidas naturais, poder-se-ia, em tese, passar à aplicação das medidas atípicas.³¹⁴

Nossa única discordância quanto ao sustentado pelo autor logo acima citado reside na afirmação de que o sistema atípico seria aplicado quando “esgotados e

³¹³ O autor, ao criticar o abuso frequentemente praticado na fixação de medidas atípicas e oferecer alguns exemplos disso, defende não ver base para se sustentar a subsidiariedade das medidas atípicas: “O único temperamento sugerido à livre criação do órgão judicial é o da **subsidiariedade**: medidas ‘atípicas’ só teriam lugar no caso de **frustração** do meio executório típico (v.g., a falta de localização dos bens penhoráveis, todavia sabidamente existentes). Ora, nada há no art. 139, IV, que indique caráter subsidiário. Cuida-se, pois, de limitação tão manifestamente arbitrária quanto as medidas arroladas” (Cabimento e adequação dos meios executórios atípicos, p. 130).

³¹⁴ O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC, art. 139, inc. IV, (atipicidade dos meios executivos), p. 722.

frustrados” os meios executivos típicos e ordinários. Entendemos que se deva mesmo dar prioridade às medidas típicas, mas acreditamos que em certas situações já se poderá antever o insucesso delas, ainda antes de serem tentadas. Se for esse o quadro e isso já puder ser percebido e demonstrado pelo exequente, entendemos que se possa aceitar a adoção das atípicas mesmo sem que antes se tente a concretização das medidas tipificadas, especialmente quando o retardamento da adoção de uma medida atípica possa comprometer a sua eficiência.

Para clarear aquilo que aqui afirmamos, pensemos na execução para pagamento de quantia certa, em que, logo com a inicial, o exequente já consiga demonstrar que não será possível realizar a penhora de bens do executado. Para tal demonstração, o exequente traz provas que demonstrem que o executado, apesar de ter padrão de vida elevado, não tem patrimônio em seu nome facilmente localizável, o que levou à impossibilidade de penhora em outras execuções. Assim, nessa nova execução, não haverá necessidade de se empregar os mesmos esforços e tempo na localização de bens penhoráveis do executado, admitindo-se assim que se adote medidas de natureza atípica de imediato.

Aliás, como a adoção de medidas atípicas deve ser, sempre que possível, precedida de prévio contraditório, o executado terá oportunidade de defender o descabimento dela, sustentando a preferência de adoção da medida típica de penhora. Nesse momento, para que as suas ponderações sejam acolhidas, deverá indicar bens que possam ser penhorados. Se não o fizer, parece-nos que a omissão pode servir de fundamento para a adoção da medida não tipificada.

A preferência a ser dada às medidas típicas na execução de obrigação pecuniária é também defendida por Daniel Amorim Assumpção Neves. Afirma o autor que

é razoável que, havendo um procedimento típico previsto em lei, no caso da execução comum de pagar quantia certa, amparado fundamentalmente em penhora e expropriação de bens, seja sua adoção o primeiro caminho a ser adotado no caso concreto.

Arremata afirmando que não fariam sentido a previsão de um procedimento típico se fosse dado ao juiz desde o início, adotar o procedimento que entendesse mais eficaz, ainda que não tipificado.³¹⁵

³¹⁵ Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC, p. 14. Logo adiante conclui o autor: “A adoção das medidas executivas atípicas, portanto, só deve ser admitida no caso concreto quando ficar demonstrado que não foi eficaz a adoção do procedimento típico, ou seja, o binômio penhora-expropriação não foi capaz de satisfazer

Pensam da mesma forma Guilherme Sarri Carreira e Vinicius Caldas da Gama e Abreu,³¹⁶ Fredier Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira,³¹⁷ alertando Eduardo Talamini para a necessidade de compatibilização das medidas típicas com as atípicas.³¹⁸

7.3.8 Impossibilidade de adoção de medidas que comprometam o exercício da profissão pelo executado

A importância do trabalho é reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu artigo 23, garantindo o direito ao trabalho, estabelece que (1) “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.³¹⁹

o direito de crédito do exequente. O típico prefere o atípico, mas quando o típico se mostra ineficaz, incapaz de cumprir seu encargo legal, deve se admitir a adoção do atípico.”

³¹⁶ “Note-se que o código de processo civil de 2015 cuidou de maneira detalhada de todo o procedimento para a satisfação das obrigações de pagar quantia certa, seja ele decorrente de um título judicial ou extra judicial, prevendo, pois, um procedimento típico, padrão, que vai desde a citação/intimação para pagamento, seguindo-se com o início do procedimento expropriatório até satisfação do credor. Logo, o que se verifica é que tanto o código antigo quanto o atual partem da ideia de que a execução de obrigação de pagar quantia certa deve seguir o rito previsto em lei, ou seja, deve utilizar, a princípio, os meios típicos para satisfação da dívida, consistente, pois, na expropriação de bens. Tanto é verdade que o código antigo sequer previa a possibilidade de utilização de medidas inominadas, de modo que não é porque o código novo trouxe esta inovação que se irá ignorar a tipicidade dos meios executivos previstos para as obrigações de pagar quantia certa” (Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas, p. 247).

³¹⁷ “O inciso IV do art. 139 do CPC não poderia ser compreendido como um dispositivo que simplesmente tornaria opcional todo esse extenso regramento da execução por quantia certa. Essa interpretação retiraria o princípio do sistema do CPC e, por isso, violaria o postulado hermenêutico da integridade, previsto no art. 926, CPC. Não bastasse isso, essa *interpretação* é perigosa: a execução por quantia se desenvolveria simplesmente de acordo com o que pensa o órgão julgador, e não de acordo com o que o legislador fez questão de, exaustivamente, pré-determinar” (Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC, p. 315).

³¹⁸ “Por um lado, é necessário compatibilizá-lo com a disciplina específica de cada uma das diferentes modalidades de execução. Se o mesmo Código que veicula o art. 139, IV, ocupou-se em estabelecer regramentos próprios e detalhados, tipificando as medidas executivas aplicáveis a cada espécie de execução (ou prevendo expressamente, nessas disciplinas específicas, as hipóteses em que se poderia utilizar medida atípica), não é possível simplesmente supor que o art. 139, IV, instituiu um modelo único, flexível, que equipara todas as situações que exigem tutela executiva permitindo indiscriminadamente o emprego de medidas atípicas. Isso significaria dizer que todo o regramento específico de cada modalidade executiva seria inútil, letra morta. Ou então, e quando muito, a disciplina específica de cada procedimento executivo seria uma mera “sugestão” de itinerário para o juiz – que usaria o *prêt-à-porter* quando não inspirado para criar um figurino executivo *taylor-made*. Essa alternativa também não parece razoável. Portanto, há de se encontrar termos de conjugação dos dois conjuntos de injunções normativas (poder geral de medidas atípicas *versus* disciplina específica, com predominante tipificação dos meios executivos)” (Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução, p. 2).

³¹⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, p. 12-13. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

A nossa Constituição Federal também dá enorme importância ao tema, tanto que ao expor os princípios fundamentais que dão suporte ao Estado brasileiro, logo em seu art. 1º, ali inclui os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.³²⁰

Corroborando essa garantia, o CPC, ao relacionar os bens do devedor que não são passíveis de penhora, inclui entre eles “os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado”. É o que se lê do art. 833, inciso V.

Tal disposição mostra a preocupação do CPC, sensível à garantia ao trabalho, de impedir que se crie obstáculo ao exercício da profissão pelo executado. Impedir ou inviabilizar o exercício da profissão, além de não ser medida conveniente, por tirar do devedor sua fonte de renda e dificultar ainda mais o adimplemento, ignoraria a garantia estabelecida na Declaração referida e na Constituição Federal, além de ferir a dignidade do devedor, pela impossibilidade de exercer a profissão e por perder os meios para prover a sua subsistência e da sua família.

Acreditamos que essa mesma lógica deve nortear a adoção das medidas executivas atípicas. Não há que se admitir, pois, que se aplique medida que impeça ou inviabilize o exercício da profissão pelo executado, pelas razões já acima expostas.

Por consequência, ainda que seja aceita a medida de retenção da CNH como medida executiva atípica, não será ela admissível no caso concreto se o devedor precisar dela para exercer sua profissão. Imaginemos o caso de ser o devedor motorista de táxi ou de caminhão. Ou que resida em local sem transporte público, o que o obriga a se utilizar de carro particular para chegar ao local de trabalho. Nessas hipóteses, a medida mencionada não há que ser aceita, por ferir a sua dignidade humana e o seu direito ao trabalho.

Esse raciocínio também se aplica à medida de retenção de passaporte. Mesmo para quem entenda que essa providência é possível – o que não é o nosso caso – se o devedor precisar do passaporte para o seu trabalho, a medida não poderá ser adotada. É o caso, por exemplo, de um guia de turismo, que acompanha ou recepciona turistas no exterior; ou um devedor que trabalhe com exportação e importação e precise visitar seus parceiros ou fornecedores fora do país.

³²⁰ Constituição Federal, “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)”

Portanto, embora o art. 139, IV, do CPC nada diga a respeito, não pode o juiz, no exercício do seu poder geral de coerção, impor medida que afete significativamente o exercício da profissão pelo executado. Valem as mesmas justificativa que impedem a penhora de ferramentas utilizadas para o trabalho.

7.4 Possibilidade de controle da decisão

Conforme já anteriormente mencionado, a ampliação dos poderes do juiz, que os deve utilizar, acima de tudo, dentro dos limites instituídos pela Constituição Federal,³²¹ não vem despida de mecanismos de controle. Tampouco o exercício deles fica alheio e livre da influência das partes.

Justamente para viabilizar o controle sobre os poderes exercidos, compete sempre ao magistrado fundamentar as decisões que profere, permitindo que se analise e avalie o acerto delas, fornecendo elementos para eventual interposição de recursos, com vistas à anulação ou à modificação do pronunciamento. O acesso aos motivos que fizeram o juiz decidir em determinado sentido é condição para que se possa apresentar corretamente o pedido de reforma ou anulação da medida

No caso da aplicação das medidas executivas atípicas, necessário que a decisão que a fixa demonstre as razões que fizeram o juiz acreditar que aquela era a opção mais adequada ao caso concreto, apta a resolver a crise de inadimplemento e atribuir efetividade à execução e, ao mesmo tempo, sem violar outras garantias e princípios iguais ou mais relevantes.

A impugnação dessa decisão interlocutória que fixou a medida executiva atípica será feita através da interposição do competente recurso de agravo de instrumento, claramente cabível em face de decisões proferidas em sede de

³²¹ Afirma Ricardo de Barros Leonel, ao discorrer sobre a constitucionalização do direito processual, que “ela tem como significado imediato, em primeiro lugar, que o legislador infraconstitucional, ao editar leis que regulam essa seara do direito, deverá observar aquele conteúdo mínimo em torno do qual se delinea o já referido ‘modelo constitucional’. Significa, em segundo lugar, que os juízes, na direção dos processos em tramitação perante o Poder Judiciário, devem interpretar e aplicar as leis processuais tomando como pano de fundo o quadro constitucionalmente delineado relativamente ao tema. Por outro lado, na aplicação dos institutos e na interpretação e incidência das normas de direito processual cumprirá ao Poder Judiciário velar para que seja observado aquele programa constitucional mínimo, pois só através dele se legitima a intervenção estatal através do aludido método estatal de solução de conflitos. Na falha do Poder Judiciário em cumprir essa função, abre-se às partes e interessados a utilização de meios de impugnação das decisões judiciais a fim de restabelecer a observância daqueles parâmetros constitucionais eventualmente descumpridos em casos concretos” (Considerações introdutórias sobre o direito processual, p. 199).

cumprimento de sentença ou de execução de título extrajudicial, por expressa previsão do art. 1.015, parágrafo único, qualquer seja a interlocutória proferida.

Mas além de poder impugnar a medida executiva após esta já ter sido fixada, a atuação das partes quanto à definição da medida pode ocorrer antes mesmo de ela ser fixada. Essa influência se dará, em primeiro lugar, através do contraditório. Como já afirmado, tomando o cuidado de proporcioná-lo, o juiz dará às partes a oportunidade de lhe trazerem elementos e sugestões importantes na sua tomada de decisão, o que pode inclusive evitar equívocos e reduzir a interposição de agravos de instrumento.

Em segundo lugar, como igualmente abordado na presente tese, não somente o magistrado teve seus poderes ampliados dentro do processo civil, através do nosso atual diploma. Este trouxe também a ampliação dos poderes das partes litigantes, que poderão hoje tomar decisões que anteriormente somente cabiam ao magistrado, podendo em determinados casos fazerem com que suas vontades prevaleçam sobre as do juiz.

Nesse contexto se inserem os negócios jurídicos processuais, previstos de forma típica em artigos distribuídos ao longo do CPC, e na sua forma atípica no art. 190. É viável que o negócio, realizado antes ou durante o processo, verse sobre as medidas executivas atípicas, definindo requisitos para a sua adoção, ou ajustando quais poderão ser aplicadas e vedando a adoção de outras. O que não deixa de representar controle ou direcionamento sobre a atuação judicial.

7.5 Fixação das medidas executivas atípicas de ofício

Discussão sempre atual consiste em analisar se estaria o juiz autorizado a aplicar medidas executivas atípicas sem que haja requerimento do exequente para tanto, ou se a adoção delas fica dependente de pedido expresso do credor, até por conta da sua eventual responsabilização por injustos prejuízos que possam vir a causar ao executado.

Por oportuno, bom que se diga que entender pela possibilidade de aplicação de ofício de tais medidas não fere o princípio da inércia da jurisdição, uma vez que tanto a execução de título extrajudicial quanto o cumprimento de sentença continuam dependendo, para que se iniciem, de requerimento formulado pelo exequente. Este, pois, precisa tirar o Poder Judiciário do seu natural estado de inércia para que se inaugure a via executiva.

Após retirado do estado inercial, condição essencial para que se dê a prestação da tutela executiva, cabe ao magistrado garantir que o feito caminhe, sendo sua missão zelar pela efetividade da tutela jurisdicional. Por consequência, pensamos, por uma série de razões, que as medidas executivas atípicas poderão sim ser definidas e aplicadas de ofício pelo juiz, como procuraremos aqui justificar.

Primeiramente, é o que a própria redação do art. 139, inciso IV, do CPC, sugere. Redigida de forma impositiva e atribuindo essa missão ao juiz, prega competir a ele “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

A abordagem não é tão clara como aquela que consta do *caput* do art. 536, que deixa absolutamente cristalino que no cumprimento de sentença de obrigação de fazer ou não fazer, igualmente aplicável à entrega de coisa, o juiz poderá, “de ofício ou a requerimento”, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

Mas o mesmo tratamento, acreditamos, deva ser dado às medidas atípicas fundadas na autorização do art. 139, IV, e, portanto, também aplicáveis à obrigação de prestação pecuniária. Afinal, como já tivemos oportunidade de afirmar anteriormente, não há justificativa para que essa modalidade de execução receba tratamento diferente, menos compromissado com a efetividade, como se no caso da obrigação de pagar ela fosse menos relevante.

Claro que o debate sobre a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas de ofício não pode ficar restrito à análise literal do dispositivo legal em enfoque. E, na verdade, pensamos que outros argumentos mais relevantes levam à mesma conclusão.

Como já tivermos oportunidade de afirmar, o sucesso da atividade executiva é condição para que se satisfaça, de forma plena, a garantia de acesso à justiça, posto que quando a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, garante o acesso ao Poder Judiciário, está inserido nessa garantia o direito de o jurisdicionado receber tutela efetiva, que seja apta a solucionar o problema que o levou a buscar a tutela jurisdicional. Muitas vezes, o resultado favorável na demanda de conhecimento, com a prolação da sentença que reconheça o direito do autor, pouca repercussão terá no mundo dos fatos, para fora do processo. O que busca o jurisdicionado, acima de tudo, é que o direito reconhecido produza resultados práticos, com a efetiva satisfação do direito reconhecido. Sem isso, de pouco lhe servirá a decisão. Tal raciocínio vale, com

alguns ajustes, para a execução de título extrajudicial, em que somente se poderá cogitar de efetividade se o direito do exequente, reconhecido no título, for satisfeito.

Portanto, a prestação da tutela jurisdicional plena é dever que o Poder Judiciário tem para com os seus jurisdicionados, por força de previsão constitucional citada, e isso passa pela necessidade de a execução ou o cumprimento de sentença levarem à efetiva realização do direito reconhecido no título executivo, seja ele extrajudicial ou judicial. Como consequência, para que o Judiciário cumpra plenamente ou seu mister, cabe ao juiz, ainda que de ofício, adotar medidas executivas que possam conduzir à satisfação do direito do exequente.

Tal quadro ganha ainda mais importância quando se pensa no cumprimento de sentença, em que o título executivo formado é resultado de todo o trabalho desenvolvido na fase de conhecimento. Se o direito reconhecido não for efetivado, diante da ineficiência da execução, o prejuízo do insucesso não incidirá apenas sobre o exequente, mas também sobre o Judiciário, que realizou um longo e custoso trabalho, mas que ao final se mostrou inútil. E o custo disso, evidentemente, recai sobre a sociedade. Além do mais, o insucesso da execução atinge o próprio prestígio do Poder Judiciário diante da sociedade, ao expor sua incapacidade de prestar tutela jurisdicional completa. Embora muitas vezes tal conclusão possa se mostrar injusta, porque nem sempre o insucesso da execução pode ser creditado ao Judiciário.

Mas outro argumento pode ser invocado para justificar a fixação de medidas executivas de ofício. Como já anteriormente enfatizamos, há uma preocupação grande e generalizada com a morosidade da prestação da tutela jurisdicional, o que justificou a introdução, pela Emenda Constitucional 45 de 2004, do inciso LXXVIII, ao artigo 5º, da Constituição Federal, garantindo a todos um processo que dure um prazo razoável. Aliás, foi essa preocupação que serviu de mote para diversas alterações na disciplina do processo, não apenas trazidas pelo atual estatuto processual, mas anteriores a ele inclusive, quando da realização das denominadas minirreformas implementadas sobre o CPC de 1973.

No atual CPC, em suas normas fundamentais, fez-se questão de deixar claro que a preocupação com a razoável duração do processo também alcança a atividade executiva, como se lê do art. 4º do referido diploma. Natural que seja assim, diante da relevância dessa atividade para satisfação do direito reconhecido, e porque, no caso do cumprimento de sentença, de nada adiantaria que o processo de conhecimento

tivesse duração razoável e depois se eternizassem no tempo as medidas para promover a efetivação da decisão proferida.

Tais considerações têm relação direta com o tema ora em análise. Não pode o juiz, de forma passiva, esperar que o exequente resolva requerer a adoção de alguma medida atípica na execução, que possa conduzir à satisfação do direito objeto da demanda. Uma vez retirado do estado de inércia, com o requerimento do início da atividade de execução ou cumprimento, deve agir para que ela se realize com eficiência e em tempo razoável, em atendimento às determinações constitucionais.

Isso não significa, de outro lado, que as partes não possam requerer ou influenciar a imposição das medidas executivas atípicas. Ambas, como já abordado, poderão ajustar negócios processuais com o intuito de definir quais medidas podem ser validamente aplicadas, e quais ficam vedadas. Afinal, como se afirmou anteriormente, os poderes do juiz devem ser compatibilizados com os poderes das partes.

Além do mais, em contraditório proporcionado pelo juiz, terão a chance de se manifestarem sobre as medidas que se pretende aplicar, influenciando a decisão judicial. Importante, nesse ponto, lembrar que o art. 10 exige o respeito ao contraditório mesmo quanto às matérias que o juiz deva decidir de ofício. Contraditório esse, por certo, que poderá ser postergado caso se perceba o risco de frustração dos objetivos da medida.

A conclusão a que chegamos, de que as medidas executivas atípicas autorizadas pelo art. 139, IV, do CPC possam ser aplicadas de ofício pelo juiz, pelas razões acima expostas, foi a mesma a que chegou o Fórum Permanente de Processualistas Civis, manifestada através do seu Enunciado 396, segundo o qual “As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º.” Ou seja, desde que o juiz, nessa atuação de ofício, aja com respeito à dignidade humana e observando “a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

8 ANÁLISE SOBRE ALGUMAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Pretendemos aqui discorrer sobre algumas medidas executivas atípicas que vêm sendo aplicadas pelos magistrados, procurando avaliar o cabimento delas, segundo os parâmetros acima fixados. Convém acrescentar que algumas das medidas abaixo tratadas são típicas para certas modalidades de execução, mas atípicas para outras, e por essa razão serão analisadas.

É o caso, por exemplo, da incidência das astreintes, medida típica para a execução de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, por força da expressa previsão dos arts. 536, § 1º, e 538, § 3º do CPC. Todavia, caso utilizadas na execução de prestação pecuniária – ainda que de eficiência discutível – assumem a natureza de medida atípica, para essa modalidade executiva.

Semelhante é o raciocínio para a pena de prisão. Trata-se de medida executiva típica para a ação de alimentos, por autorização constitucional e por previsão do art. 528, § 3º, do CPC. Entretanto, caso se admita a sua adoção em outra modalidade de execução – o que, aliás, não entendemos possível – terá a natureza de medida atípica.

É conveniente observar que o cabimento e a adequação da medida devem ser analisados diante das características e das peculiaridades do caso concreto, para que se obtenha resultados mais seguros. Por isso, podemos traçar aqui alguns parâmetros ou apresentar algumas linhas mestras, mas que não dispensarão, por óbvio, a apreciação do tema sob a perspectiva de cada caso concreto. Ou seja, a avaliação sobre a medida cabível e adequada será mais completa e segura quando guiada pela análise da situação real.³²²

Deixaremos para tratar em último lugar (item 8.2.5. adiante) da medida atípica coercitiva de intervenção na pessoa jurídica devedora, que pensamos tratar-se de providência possível, e com alto potencial de coerção, mas que não vem sendo bem explorada no foro. Merece ela, por essa razão, especial atenção.

³²² A mesma avaliação é feita pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, no memorial apresentado na ADI 5.941: “Mas, a doutrina é praticamente unânime ao sustentar que a utilização desse poder geral deve levar em consideração a proporcionalidade, razoabilidade e eficiência. Tal ponderação, como é natural, só poderá ser feita pelo próprio magistrado, à luz das circunstâncias do caso concreto” (Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Consulta realizada em: 22 out. 2020).

8.1 Medidas descabidas

Procuraremos aqui apontar algumas medidas executivas atípicas que vêm sendo aplicadas com certa frequência pelos julgadores, mas que, a nosso ver, não têm cabimento.

Em cada uma das medidas elencadas, apresentaremos as justificativas para o seu descabimento, decorrentes da violação de relevantes garantias constitucionais ou por estarem em desacordo com o princípio da proporcionalidade, embora a análise mais segura desse princípio e do seu preenchimento deva ser feita diante das peculiaridades do caso.

Vamos às medidas e às razões que fazem com que não devam ser adotadas.

8.1.1 A prisão como medida atípica

Embora não desconheçamos a discussão e a aceitação, por alguns, da medida de prisão em outras modalidades de execução que não a de alimentos, manifestamos aqui a nossa discordância com tal entendimento permissivo.

Nossa posição se funda na circunstância de a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXVII, abrir exceção para utilização de medida tão drástica apenas para a execução de alimentos, e assim o faz tendo em conta a alta relevância do direito tutelado, qual seja a própria subsistência do credor, o que justifica a previsão de medidas que garantam elevado grau de efetividade a essa modalidade executiva.

Não há que se afirmar que nas outras modalidades de execução a decretação da prisão seria autorizada por decorrer do descumprimento da ordem judicial, e não em razão da dívida em si. A nosso ver, tal raciocínio busca apenas disfarçar a realidade e abrir uma nova exceção, sem apoio na Constituição Federal. Ora, se o descumprimento do devedor se deu quanto à ordem de pagamento ou quanto às determinações judiciais que tinham a pretensão de, ao final, proporcionarem a satisfação de obrigação de pagar, fazer, não fazer ou entregar, qualquer raciocínio não conduzirá a outra conclusão senão a de que, ao final das contas, eventual prisão decretada não deixará de ser por inadimplemento de dívida. Além do que, cremos que a Constituição Federal quer vedar a prisão por obrigação civil, esse é o real sentido do Texto.³²³

³²³ Nossa ponderação parece ir na linha da opinião manifestada pelo Ministro Relator Cezar Peluso, ao proferir seu voto no Recurso Extraordinário 466.343-1, em que se debatia a prisão do depositário

Essa visão restritiva parece-nos mais de acordo com as posições que os nossos Tribunais Superiores vêm adotado. Basta lembrarmos da prisão do depositário infiel, considerada ilegal por não estar recepcionada pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário.³²⁴ Mesmo no caso da dívida de alimentos, o Superior Tribunal de Justiça restringiu a prisão apenas aqueles decorrentes do Direito de Família.³²⁵

Não fosse a vedação constitucional, que pretende impedir a prisão civil em outras hipóteses que não a do devedor de alimentos, dificilmente a adoção de medida de tamanha gravidade atenderia ao princípio da proporcionalidade, outra razão a obstar a sua utilização.

Pensa da mesma forma Araken de Assis, que se manifesta nos seguintes termos:

Em vão se buscou revigorar a prisão do executado pelo descumprimento de ordens judiciais, argumentando que a Constituição só exclui a prisão por “dívidas”. A tese prevalectante repele a prisão em tal hipótese, mas há quem a defenda, sob certas condições, amparando se no art. 139, IV, e na ponderação dos direitos fundamentais contrastantes (liberdade individual *versus* efetividade da execução). Claro está que a regra constitucional proibiu qualquer prisão que não seja a retributiva a prática de ilícito penal. E, além disso, a prisão do executado não passaria pelo princípio da proporcionalidade como proibição do excesso sob o viés da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, à semelhança da análoga sanção do devedor fiduciante.³²⁶

infiel. Afirmou o Ministro: “Nem vai tão longe a época em que se preconizava interpretação dita literal da Constituição, quando a resposta à questão suscitada tendesse a cercear o exercício de direitos fundamentais ou a embaraçar garantias da liberdade individual, ideia de cuja defesa, no Brasil, ninguém levou a palma a RUI BARBOSA, para quem o Direito se subentende sempre a favor da liberdade, a qual não suporta artifício de condições restritivas por inferência. (...) É que a exceção constitucional se adscreeve a duas hipóteses de contornos nítidos, cuja dilatação implicaria a mais severa restrição à liberdade física dos cidadãos, com a agravante de transpor os limites do recurso analógico, que são a afinidade dos fatos e a identidade de razão jurídica, nenhuma das quais se acha presente na hipótese. E, na dúvida entre a tutela da liberdade e de interesses econômicos privados, que podem ser satisfeitos doutros tantos modos, sem o adjutório de tão escandaloso privilégio que, num como retrocesso às épocas anteriores à *Lex Poetelia Papiria de nexis*, faz da pessoa humana mero *corpus vilis*, não há alternativa possível para o intérprete, constrito sempre a reverenciar o primado constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), que doutro modo estaria aqui gravemente ofendido.” (Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 10 dez. 2020.

³²⁴ Reconhecendo que a prisão civil não é bem recebida pela jurisprudência, Fernando da Fonseca Gajardoni explica: “Embora a utilidade da prisão civil pela infidelidade do depósito (obrigação de entrega) – que conta até com previsão constitucional expressa – não é admitida por inúmeros autores e julgadores frente ao que consta do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Este, inclusive, é o entendimento do STF constante da Súmula vinculante nº 25 (É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito)” (*Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*: comentários ao CPC de 2015, p. 835).

³²⁵ STJ, HC 92.100/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 01.02.2008.

³²⁶ Cabimento e adequação dos meios executórios atípicos, p. 122.

Não se trata de posição unânime, todavia. Parcela minoritária da doutrina defende que a previsão constitucional, que veda a prisão por dívida, deve ser interpretada de forma restritiva e, por essa razão, não impediria a prisão por descumprimento de ordem judicial.³²⁷ A restrição constitucional para utilização da prisão, como medida coercitiva, alcançaria, para essa corrente, apenas as demandas de cobrança de dívidas pecuniárias.³²⁸

Ada Pellegrini Grinover, ao discorrer sobre o tema da resistência injustificada às ordens judiciais, declara que seria inconcebível que o Judiciário não tivesse meios de tornar eficazes as suas decisões, que não têm nenhuma utilidade sem cumprimento e efetividade. Disserta então a autora sobre o *contemp of court*, explicando que entre as sanções que ele autoriza inclui-se a prisão daquele que desrespeita a ordem judicial. Por fim, sugere a jurista que os ordenamentos do Brasil e de outros países da América Latina também promovam a inclusão da prisão nos seus sistemas, como consequência do descumprimento da ordem judicial.³²⁹

8.1.2 Suspensão do Passaporte do executado

Algumas decisões judiciais vêm determinando, a título de medida executiva atípica, a suspensão ou a apreensão do Passaporte do executado, como forma de lhe causar constrangimentos, desconfortos e limitações de viagens ao exterior.

³²⁷ Essa é a opinião de Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandre de Oliveira: “Dessa forma, nada obstante o legislador tenha, aprioristicamente, privilegiado a liberdade individual, entendemos que é possível afastá-la quando, no caso concreto, ela se mostrar em rota de colisão com outro direito fundamental. A possibilidade de ponderação de interesses é expressa no caso do devedor de alimentos, mas também deve ser admitida, como decorrência da própria aplicação da teoria dos direitos fundamentais, em outras hipóteses não expressamente previstas. Daí a nossa conclusão de que, excepcionalmente, é possível a utilização da prisão civil como medida coercitiva atípica” (Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC, p. 335).

³²⁸ A situação é bem exposta por Elton Venturi: “Diante da extrema excepcionalidade da *prisão civil por dívida*, reduzida às hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel (conforme prevê o art. 5º, LXVII, da CF brasileira), a utilização de tal meio coercitivo com a finalidade de viabilizar o cumprimento de decisões judiciais que digam respeito a temas diversos daqueles expressamente consignados tem sido rejeitada, sobretudo jurisprudencialmente. Mesmo diante da orientação sustentada por Pontes de Miranda, segundo a qual a proibição constitucional da decretação da prisão civil dirigir-se-ia apenas ao inadimplemento de *dívidas pecuniárias*, não dizendo respeito, assim, a casos outros nos quais a prisão não tivesse por finalidade imprimir coerção para *cobrar valores*, há uma *corrente doutrinária restritiva* que nega o cabimento da privação da liberdade pela jurisdição civil para qualquer outra hipótese fora daquelas constitucionalmente previstas” (*Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais*: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar, p. 10).

³²⁹ Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*, p. 3 e ss.

Pretendem com essa providência convencê-lo de que lhe é mais vantajoso cumprir a obrigação que inadimpliu, a sofrer o peso da medida.

Para justificar o cabimento da providência, alguns argumentam que aquele que não tem condições de satisfazer suas obrigações, muito menos teria capacidade de arcar com os custos de uma viagem ao exterior. Embora não se trate de fundamento com embasamento jurídico, e ainda que possa refletir um raciocínio lógico e razoável em boa parte das vezes, não nos parece seja suficiente para justificar a medida.³³⁰ Por diversos motivos, como logo abaixo exporemos.

Primeiramente, é natural que aquele que sai de viagem ao exterior, suporte os custos dela decorrentes. Mas pode eventualmente não ser assim: nada impede que o convite seja feito e o custo assumido por um terceiro, como por genitores, descendentes, cônjuge ou companheiro, não responsáveis pela dívida. A viagem, pois, não causaria qualquer repercussão quanto à capacidade de o devedor quitar as suas obrigações.

Em segundo lugar, porque a retenção do referido documento vai obstar o devedor de empreender viagem para países que exigem a sua apresentação, ao passo que não impedirá sua entrada em países da América do Sul que o dispensam, e tampouco viagens pelo Brasil, nem sempre menos custosas que as internacionais.

Em terceiro lugar, necessário reconhecer que o nosso sistema segue protegendo a penhora do salário, da pensão, da aposentadoria, ou soldo ou os honorários percebidos pelo devedor, pelo menos até determinado valor. Pode-se criticar a opção, ou até mesmo o patamar elevado a partir do qual a penhora pode ser admitida, mas é certo que não há regra que autorize o credor ou o Estado-juiz a decidir de que forma o salário ou a aposentadoria, ou a parcela impenhorável dela, serão empregados. Se com despesas básicas e prioritárias ou com atividades de lazer, inclusive viagens.

³³⁰ Thiago Rodvalho, em posição diferente daquela que aqui apresentamos, vê com bons olhos a possibilidade de apreensão de passaporte do devedor, a evidenciar que o tema não está livre de controvérsias. Declara: “À primeira vista, a possibilidade de apreensão do passaporte também nos parece possível, pois também se trata de um direito de ir e vir de amplitude especial. Assim o é, pois, salvo situações especiais (refugiados, p. ex.), há a necessidade de demonstrar condições financeiras, de estadia e retorno para ser admitido no país de destino. Ou seja, pressupõe uma condição financeira que o devedor justamente diz não possuir. Sem embargo dessa consideração, esse ainda é um ponto que merece uma reflexão mais acurada, sendo essa apenas uma primeira impressão” (O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência no NCPC, art. 139, inc. IV (atipicidade dos meios executivos), p. 729).

Assim, ainda que eventuais viagens internacionais empreendidas pelo devedor inadimplente possam causar desconforto ou até um sentimento de revolta no credor, uma vez que a conduta esperada do devedor seria priorizar o pagamento dos seus débitos, não há embasamento legal para impedir que elas ocorram.

Não é essa, todavia, a posição de Olavo de Oliveira Dias, que defende a apreensão do passaporte a título de medida executiva atípica:

Como aqueles que têm renda suficiente para realizar esse tipo de viagem com certeza também têm renda suficiente para pagar o que deve aos seus credores, então a apreensão de passaportes seria uma medida que, numa situação de normalidade, nunca seria utilizada. Sua aplicação, portanto, estaria limitada a situações anormais, representadas pela conduta daqueles devedores recalcitrantes, que não satisfazem uma prestação apenas para poder obter maior vantagem financeira decorrente da demora na tramitação do feito, e, para aqueles que descumpre uma determinação judicial em afronta a dignidade da atividade jurisdicional.³³¹

Pois bem, rejeitado o argumento mais acima referido, restaria uma justificativa mais direta para a retenção de passaporte, qual seja a intenção de impor medida coercitiva que, diante dos constrangimentos e da limitação de direitos que provocaria, teria a aptidão de coagir o devedor a adimplir a obrigação. É justamente essa, aliás, a função das medidas coercitivas.

Por oportuno, necessário enfatizar que – independentemente de qualquer outra consideração – caso as viagens ao exterior sejam realizadas pelo devedor no exercício da sua atividade profissional, isso, por si só, já seria razão suficiente para inviabilizar a adoção da medida em questão, como já se sustentou.

Nesse sentido, não seria legítimo, pois, através da medida de retenção de Passaporte, impedir que um guia profissional viajasse ao exterior com um grupo de turistas; ou que um profissional do ramo de importações ou exportações fosse impedido de visitar seus parceiros estrangeiros, por exemplo.

Não fossem todas as justificativas já apresentadas para inviabilizar a suspensão do Passaporte como medida de coerção, certo é que a sua adoção encontra um obstáculo muito mais sério. A nosso ver, viola a garantia constitucional inserida no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal, que garante ser “livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Não há que sensibilizar o fato de o referido inciso, em seu início, estabelecer a livre locomoção “apenas” em todo o território nacional, o que a retenção do

³³¹ *O poder geral de coerção*, p. 284 e 285.

passaporte do devedor não impediria. Primeiramente, porque o alcance da previsão legal deve respeitar, em sua extensão, os limites da soberania nacional. Por óbvio, a Constituição brasileira não poderia garantir livre locomoção de pessoas no território de outro país.

Ademais, se vê do referido dispositivo constitucional que ele também garante a todos o direito de entrar, permanecer e sair do território brasileiro. E esse movimento de saída e entrada entre o Brasil e outros países, salvo algumas exceções, exige, no mínimo, a apresentação de passaporte válido pelo viajante. Sem dizer da apresentação de visto de entrada e permanência, mesmo para turistas, exigência de diversos países.

Importante acrescentar, em apoio ao que aqui se defende, que esse direito de trânsito entre o Brasil e os países estrangeiros não está “apenas” consagrado na Constituição Federal. Consta a mesma garantia em diversas convenções e tratados internacionais, como se vê da Declaração Universal de Direitos Humanos;³³² da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,³³³ do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos,³³⁴ entre outros.

Pode-se argumentar que a apreensão de passaporte já é admitida como medida acautelatória em processo penal, mas não se pode pretender comparar as situações, bem diferentes em razão dos “valores” envolvidos, dos objetivos da apreensão e diante da circunstância de o processo penal poder conduzir validamente à privação da liberdade do réu. Sem dizer que nesse processo seria possível a decretação de prisão temporária ou preventiva deste último, medidas claramente mais restritivas do que a retenção do documento em questão.

³³² “Artigo 13º. 1. Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado. 2. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país”.

³³³ “Artigo 22. Direito de circulação e de residência. 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem o direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais. 2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio. 3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas. (...).”

³³⁴ “Artigo 12. 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência. 2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país. 3. Os direitos anteriormente mencionados não poderão ser objeto de restrições, salvo quando estas estejam previstas na lei e sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas, bem como os direitos e liberdades de terceiros, que sejam compatíveis com os restantes direitos reconhecidos no presente Pacto. 4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país”.

Nesse sentido, não vemos como admitir que essa garantia consagrada na Constituição Federal do Brasil, em convenções e tratados internacionais possa ser suprimida para fins de se constranger o devedor a cumprir a sua obrigação. O que nos faz concluir não ser legítima a adoção de medida executiva atípica com esse conteúdo, sob pena de se violação da previsão constitucional.³³⁵

Esse foi a posição do STJ, no julgamento do HC n 97.876 SP, da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, justamente por entender que a suspensão do passaporte do devedor “viola os princípios constitucionais da liberdade de locomoção e da legalidade”, o que deve conduzir à inadmissão da medida.³³⁶ Entretanto, em outra decisão mais recente, o STJ não apenas aceitou a suspensão da CNH como igualmente entendeu possível a apreensão de passaporte, diante da notícia de que a devedora intencionava fixar residência fora do país.³³⁷ Essa segunda decisão espelha

³³⁵ Coincide com a nossa opinião aquela manifesta por Guilherme Sarri Carreira e Vinicius Caldas da Gama e Abreu: “Ainda que o exemplo dado seja de ocorrência corriqueira, a apreensão do passaporte do devedor esbarra no direito à liberdade do indivíduo e na redação expressa dos vários tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário, que requerem que qualquer restrição ao direito de sair ou deixar o país deva estar prevista em lei. Não há legislação específica que regule ou preveja a restrição à entrada e saída do país ou mesmo a perda total ou parcial da liberdade como coerção ao cumprimento de obrigação de pagar quantia, de modo que esta medida não seria possível pela autorização genérica do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, salvo, como já foi dito anteriormente, no caso do devedor de alimentos executado pelo rito da prisão civil, valendo-se aqui da observação feita no item acima, pois a apreensão do passaporte em substituição a prisão seria uma medida menos gravosa e, portanto, viável.” (Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas, p. 262-263).

³³⁶ STJ, Recurso em *Habeas Corpus* n. 97.876 SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 09.08.2018: “Destarte, o fato de o legislador, quando da redação do art. 139, IV, dispor que o juiz poderá determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, não pode significar franquia à determinação de medidas capazes de alcançar a liberdade pessoal do devedor, de forma desarrazoada, considerado o sistema jurídico em sua totalidade. Assim, entendo que a decisão judicial que, no âmbito de ação de cobrança de duplicata, determina a suspensão do passaporte do devedor e, diretamente, impede o deslocamento do atingido, viola os princípios constitucionais da liberdade de locomoção e da legalidade, independentemente da extensão desse impedimento.”

³³⁷ STJ, *Habeas Corpus* n. 597.069/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 25.09.2020. Lê-se da ementa (trecho): “1. Controvérsia em torno da legalidade da decisão que determinou a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e a apreensão do passaporte da paciente no curso do processo de execução por título extrajudicial decorrente de contrato de locação comercial celebrado entre pessoas físicas. 2. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. (REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em 23/04/2019, *DJe* 26/04/2019) 3. Possível extrair da pretensão de residência fora do país uma forma de blindagem do patrimônio do devedor, não deixando, pelo verificado no curso da execução, bens suficientes no Brasil para saldar as obrigações contraídas, pretendendo-se incrementá-lo fora do país, o que dificultaria, sobremaneira, o seu alcance pelo Estado-jurisdição brasileiro. 4. Razoabilidade das medidas coercitivas adotadas, limitadas temporalmente pela Corte de origem até a indicação de bens à penhora ou a realização do ato construtivo, não se configurando, pois, ilegalidade a ser reparada na via do *habeas corpus*. 5. *Habeas corpus* denegado.”

entendimento que não coincide com a nossa opinião, diante dos argumentos que acima já apresentamos.

Pensamos apenas que uma hipótese de exceção possa ser admitida. Nos referimos à possibilidade de substituição de uma medida mais grave e limitadora do direito de ir e vir pela retenção de passaporte, que limitaria tais garantias apenas para fora do território nacional. Nesse caso, em que o executado estaria sendo beneficiado com a medida menos rigorosa, razoável aceitar a apreensão do passaporte.

Exemplo oportuno do que aqui se afirma pode ser encontrado no procedimento de execução de alimentos, em que, por expressa previsão legal e autorização constitucional, o inadimplemento pode conduzir à prisão do devedor. Nesse caso, parece que a substituição dessa medida de prisão em regime fechado, que tolhe o direito de ir e vir por completo, pela retenção temporária do passaporte, medida menos dura e que apenas limita o trânsito para o exterior, pode ser excepcionalmente admitida.

8.1.3 Suspensão de CPF ou CNPJ

Não entendemos admissível, pelas amplas e graves consequências que podem ocasionar, a suspensão do Cadastro da Pessoa Física – CPF ou do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ do devedor.³³⁸

O CPF é indispensável para a pessoa física realizar uma série de atividades e é a forma pela qual é identificada perante a Secretaria da Receita Federal e outros órgãos. É documento imprescindível para ela apresentar sua declaração anual de Imposto de Renda, para abrir conta bancária, obter cartão de crédito, para se candidatar a cargo público, inscrever-se em universidades, tirar carteira de trabalho, solicitar Passaporte e para praticar diversos atos da vida.

³³⁸ A título de exemplo, reproduzimos a decisão interlocutória proferida pelo juízo da 8ª Vara Cível de Porto Velho, em 28.09.2016, nos autos do processo n. 0025710-16.2012.8.22.0001: “1. Defiro a juntada do substabelecimento no prazo de 5 dias. 2. Expeça-se certidão de crédito para fins de protesto. 3. Como o Código de Processo Civil, em seu artigo 139, estabeleceu o poder de tutela específica ao magistrado, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive na busca da satisfação de prestação pecuniária, defiro a suspensão do CPF do executado, uma vez que se não efetua o pagamento de seus débitos, já tendo sido realizado inúmeras e diversas diligências para tentar penhorar bens do executado, inclusive intimando-se-o para indicar bens, também não pode o executado usufruir de cadastro para realizar negociação, compras, vendas, créditos e tributos. Oficie-se à Receita Federal.” (Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/appg/pages/DetalhesProcesso.xhtml?faces-redirect=true>. Acesso em: 31 dez. 2020).

O CNPJ, por seu turno, é a forma pela qual a pessoa jurídica é reconhecida perante a Secretaria da Receita Federal e perante outros órgãos. Serve como forma de identificação dessa pessoa, inclusive em contratos, é necessário para ela comprovar sua existência regular, exigido para abrir conta-corrente, para participar de licitações e fazer negócios.

Como consequência, a suspensão do devedor no referido Cadastro causa prejuízos de grande monta, impedindo que realize uma série de negócios normais da sua vida ou o seu regular funcionamento (no caso da pessoa jurídica) e que cumpra suas obrigações perante o Fisco. Pode-se afirmar que tal medida, por todas as suas repercussões, corresponderia a várias outras aplicadas ao mesmo tempo. Equivaleria a impedir, por uma única medida, que o devedor abrisse conta bancária, firmasse contratos, contraísse empréstimos, participasse de concursos ou licitações, mantivesse-se em dia com as suas obrigações perante a Receita Federal, obtivesse documentos, entre outras consequências.

Em contrapartida, tampouco se pode deixar de reconhecer o interesse público na manutenção do CPF ou do CNPJ, pois tais cadastros são utilizados na fiscalização do contribuinte e das suas atividades, outro argumento para defender o descabimento das medidas.

Por tudo isso, desproporcional, a nosso ver, a medida de suspensão do CPF ou do CNPJ do devedor, que ficará impedido de realizar suas atividades rotineiras.³³⁹ Além do mais, quando utilizada em face da pessoa física, pensamos possa inclusive ser vista como atentatória à dignidade humana, por todas as restrições que produz. Se aplicada à pessoa jurídica, pelas dificuldades que causa, atenta contra o princípio da preservação da empresa.

8.1.4 Cancelamento ou suspensão de uso cartão de crédito

³³⁹ Concordam conosco Guilherme Santi Carreira e Vinicius Caldas da Gama e Abreu: “Também ofende o texto constitucional a suspensão do CPF ou do CNPJ, este último para as pessoas jurídicas. Não há dúvidas de que tais documentos são fundamentais para que o cidadão ou para que a pessoa jurídica possa desempenhar suas atividades rotineiras. Ora, a suspensão do CPF viola frontalmente o texto constitucional, já o cidadão se verá impossibilitado de exercer atividades básicas, como abrir uma conta bancária, obter empréstimos, prestar concurso público, etc. O mesmo acontece com a suspensão do CNPJ de uma pessoa jurídica, pois tal medida consiste, basicamente, em uma decretação de “morte” do referido ente, pois sem o CNPJ ele não consegue desempenhar nenhuma atividade econômica, sequer emissão de documento fiscal” (Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas, p. 263).

Tem-se visto também, em alguns casos, a decretação de medida executiva consistente em determinar o cancelamento do cartão de crédito do executado ou em determinar que o administrador suspenda o crédito ou as operações com o cartão. Qualquer uma delas leva à impossibilidade de o devedor continuar se utilizando desse meio de pagamento.

Não vemos com bons olhos a adoção das referidas medidas, o que justificamos através de uma série de razões. Primeiramente, porque o cartão de crédito é meio bastante comum de pagamento de despesas por quem quer que seja, independentemente da classe econômica ou poderio financeiro do pagador. Há muito tempo não se trata mais de instrumento reservado apenas às classes mais abastadas. Presta-se, inclusive, para aqueles que enfrentam situação econômica menos confortável ganharem algum tempo para pagamento das suas despesas, ajudando-os na administração dos seus recursos financeiros.

Vendo a situação sobre esse ângulo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão que negou o bloqueio dos cartões do devedor, afirmou que tal medida “poderá obstar o suprimento de suas necessidades mais básicas”, entre várias outras razões apresentadas para fundamentar o indeferimento da medida.³⁴⁰ E se obstar o suprimento dessas necessidades, a medida será atentatória à dignidade humana.

Em segundo lugar, sabemos que o nosso Código de Processo Civil protege da penhora, ao menos até determinado valor, o salário, a pensão, a aposentadoria ou os honorários do devedor, conforme art. 833, inciso IV, do CPC. Se o devedor usa seu salário, por exemplo, para pagar suas despesas à vista, ou se faz compras com o seu cartão de crédito e posteriormente paga a respectiva fatura com os ganhos do seu trabalho, organizando assim suas despesas mensais, não vemos justificativa para o judiciário inviabilizar esse meio de compra e pagamento.

Terceiro, ainda que se invoque o caráter coercitivo da medida, o cancelamento ou a suspensão de uso do cartão de crédito afetaria e prejudicaria indevidamente terceiro, qual seja o administrador do cartão de crédito, que teria o contrato que mantém com o seu cliente afetado ou suspenso por ato judicial, sem que

³⁴⁰ Agravo de instrumento n. 0714747-15.2018.8.07.0000 DF 0714747-15.2018.8.07.0000, *DJe* 25.02.19.

fosse ele parte da demanda e sem que a situação se encaixasse em qualquer daquelas previstas no contrato que pudesse justificar a rescisão.³⁴¹

Em quarto lugar, necessário reconhecer que a medida pode causar limitações ou até inviabilizar um sem-número de atividades, até corriqueiras, da vida do devedor, levantando dúvidas sobre a sua proporcionalidade. Para compras *on-line*, por exemplo, a opção de pagamento por cartão de crédito é a mais usual. Para algumas contratações, imprescindível a indicação do cartão de crédito, como se dá para a reserva ou ocupação de um quarto de hotel ou de um automóvel para aluguel. Há que se pontuar que reservas dessa natureza podem decorrer de uma atividade de lazer, mas também podem estar relacionadas à atividade profissional do devedor, outro empecilho à utilização dessa medida.

Finalmente, nos parece exagerado, ou até ingênuo, afirmar, como fez o Tribunal de Justiça de São Paulo ao admitir a medida, que ela promoveria desincentivo ao consumo e favoreceria a preservação do patrimônio do devedor, para que ele o direcionasse à quitação das suas obrigações.³⁴² Ainda que o cancelamento do cartão

³⁴¹ Essa mesma opinião é compartilhada por Guilherme Sarri Carreira e Vinícius Caldas da Gama e Abreu: “Também se noticiou como uma medida inominada o cancelamento do cartão de crédito. Neste caso, o principal entrave consiste no fato de que a decisão judicial interfere em uma relação jurídica contratual sem qualquer participação de um dos contratantes, no caso a instituição financeira, de modo a violar princípios básicos do processo civil, como o contraditório e a ampla defesa. Logo, não nos parece possível impor o cancelamento de um contrato de crédito, por intermédio de uma decisão judicial, sem que um dos contratantes tenha participado da relação processual, justamente porque esta decisão acaba lhe atingindo diretamente. Veja que a situação aqui é diferente do terceiro que tenha que suportar uma ordem judicial, como por exemplo, um administrador de cadastro de proteção ao crédito que recebe uma ordem judicial para a retirada do nome de um devedor da sua base de dados. Ora, este terceiro deve cumprir a referida ordem, nos precisos termos do art. 77, IV, do CPC. Todavia, neste caso não se discute o direito do terceiro, como no caso do cancelamento do cartão de crédito, que acaba pondo fim a uma relação jurídica de direito privado de um terceiro estranho ao processo.” (Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas, p. 264).

³⁴² No julgamento do Agravo nº 2050212-30.2019.8.26.0000, constou do voto do Relator Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, *DJe* 15.05.2019: “No tocante ao bloqueio dos cartões de crédito dos executados, o pedido do agravante também deve ser acolhido, já que a medida apresenta efetividade assemelhada à suspensão do passaporte, evitando a assunção de despesas não essenciais em detrimento do crédito do exequente. Além de ser evidente a possibilidade de subsistência em sociedade sem a utilização de cartão de crédito, tanto que inúmeras pessoas vivem normalmente dessa forma, sem que tal situação cause prejuízos ou transtornos para a aquisição de todos os bens e serviços essenciais, deve ser salientado que a disponibilização, pelo mercado de consumo, do famigerado parcelamento da compra de bens em inúmeras vezes (muito comum a possibilidade de compra de bens com cartão de crédito em 10 ou 12 vezes ‘sem juros’), pode estimular o devedor ao consumo (a disponibilidade de parcelamento da compra é indiscutível tática de mercado para aumento das vendas), novamente deixando de lado o débito existente para com o credor. E ainda que se possa alegar a possibilidade de parcelamento por outros meios, não se pode negar a facilidade inerente ao uso do cartão de crédito, que evita, por exemplo, abertura de crediário, sendo a compra realizada diretamente pelo consumidor, inclusive pela internet. Verifica-se, pois, que a medida pode alterar a situação patrimonial do devedor, que, com o desestimulado

possa realmente causar desconforto, existem outras variadas formas de pagamento que poderão ser utilizadas – o que a própria decisão reconhece – sem dizer da possibilidade de utilização de cartão de crédito de terceiro, tudo a tornar tal medida, além do mais, pouco efetiva.

Nossa posição, contudo, longe está de ser unânime na doutrina. Thiago Rodovalho entende cabível a aplicação da medida executiva atípica consistente no cancelamento do cartão de crédito do devedor, ponderando que se a instituição financeira, em razão do inadimplemento das faturas pelo cliente, pode cancelar o cartão, agindo na proteção do seu patrimônio, seria contraditório que o Poder Judiciário não pudesse fazê-lo, para que o devedor inadimplente saldasse a sua obrigação frente ao exequente.³⁴³

Pensamos, todavia, que as situações trazidas pelo citado autor são distintas, a impedir a comparação oferecida. No caso do cancelamento do cartão de crédito pela sua administradora, uma das contratantes está aplicando a consequência contratualmente prevista para o inadimplemento. Na adoção da medida pelo magistrado, com fundamento no art. 139, IV, do CPC, estaria ele invadindo contrato que envolve terceiro, que não tem qualquer relação com a demanda ou com a obrigação em execução, para aplicar a providência.

Como já tivemos oportunidade de afirmar, o cabimento de uma medida executiva atípica precisa ser pensado diante das condições do caso concreto. Assim, embora não entendamos cabível a providência aqui apontada, excepcionalmente poder-se-ia pensar na possibilidade de se oficial a administradora do cartão de crédito para obtenção de informações sobre as faturas, valores e locais de gastos, bem como sobre os pagamentos realizados, para com isso tentar obter informações que viabilizassem eventual localização de valores ou bens penhoráveis de titularidade do devedor. Ou até para se confirmar, pelos gastos mensais, que o devedor tem elevado padrão de vida e condições de quitar suas obrigações, o que justificaria a adoção de outras medidas executivas atípicas.

8.1.5 Corte de água e energia elétrica

imposto, poderá ter preservado o seu patrimônio, além de ser lembrado da prévia necessidade de cumprimento de suas obrigações.”

³⁴³ O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC, art. 139, inc. IV (atipicidade dos meios executivos), p. 728.

Outra medida coercitiva atípica que entendemos não deva ser, em princípio, admitida, consiste no corte do fornecimento de água ou de energia elétrica ao imóvel ocupado pelo executado, quer se trate de devedor pessoa física, quer de pessoa jurídica.

No caso de executado pessoa física, acreditamos que a medida, se incidir sobre o seu domicílio, compromete a própria ocupação da residência familiar, que inclusive é protegida da penhora por força de Lei 8.009/90. Se a intenção desta lei é preservar a moradia familiar, admitir a interrupção do fornecimento de água e luz impactaria negativamente sobre o próprio direito legalmente protegido, pois dificultaria a permanência do devedor e da sua família no referido imóvel.

Ademais, outro impedimento há para a adoção da medida. Condenar o devedor a residir, com a sua família, em imóvel privado de tais serviços, atingiria a própria dignidade do núcleo familiar, protegida pelo art. 1º da Constituição Federal e pelo art. 8º do CPC. Além de promover a incidência de pesada medida sobre terceiros, coocupantes do imóvel, que não são devedores.

Aliás, para efeito de descabimento de medida de corte do fornecimento de energia e luz, pouco importa se o devedor reside sozinho no imóvel ou se divide a residência com outros membros da família. Afinal, a proteção à dignidade humana e o direito à moradia obviamente também devem ser observados em relação ao solteiro, divorciado ou viúvo.³⁴⁴

Quando se trata de executada pessoa jurídica, o corte do fornecimento de água e luz pode inviabilizar o próprio funcionamento da devedora, o que traria consequências sérias para a continuidade da sua atividade, afetando empregos, recolhimento de tributos e atingindo todos aqueles que dependem do serviço prestado por aquele executado. Iria contra, pois, o princípio da preservação da empresa.

A aplicação de medida com esse conteúdo pode produzir o indesejável resultado de se privilegiar o interesse individual do exequente em detrimento de outros interesses coletivos possivelmente mais relevantes. Ou seja, estar-se-ia ministrando remédio mais nocivo que a própria doença, em desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

³⁴⁴ Embora não trate de medida executiva, mas da proteção do bem de família, convém mencionar Súmula do STJ que versa sobre o direito de moradia de quem reside sozinho: “Súmula 364 STJ – O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.” Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia/Sumulas>. Consulta em: 24 dez. 2020.

Tomemos como exemplo do que aqui afirmamos a já anteriormente referida decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Bahia, Processo eletrônico nº 8018710-50.2019.8.05.0001, através da qual determinou – diante da resistência do réu em cumprir uma decisão judicial, que impunha a entrega de determinado medicamento à autora – que comprovasse o cumprimento da obrigação no prazo de 48 horas, sob pena de corte do abastecimento de energia elétrica e do funcionamento da internet no imóvel em que está sediada a Secretaria Estadual de Saúde da Bahia.³⁴⁵

Ainda que a decisão tenha sido proferida após reiterado descumprimento de ordem judicial pelo réu, e mesmo que o bem a preservar fosse da mais alta relevância, por se tratar da própria saúde da credora, não vemos como concordar com a medida aplicada.

O corte no fornecimento de energia elétrica e internet comprometeria, durante o período de suspensão do fornecimento, o próprio funcionamento da Secretaria de Saúde, com o risco de sérios danos aos profissionais da saúde e a toda coletividade dependente do sistema de saúde pública daquele Estado.

Seria uma medida, pois, que imposta com o propósito de garantir a satisfação do justo direito de um, poderia provocar impactos negativos em milhares ou até milhões de cidadãos daquele Estado. Trata-se de medida, pois, claramente desproporcional, e, por consequência, inadmissível.

Pouco ajuda dizer que o corte de energia ou água é facultado ao fornecedor de tais insumos, em caso de não pagamento da conta mensal. São situações bem diferentes, que não podem ser comparadas. No caso de não pagamento das contas mensais de água ou luz, está-se a tratar de uma relação contratual entre o fornecedor e consumidor, em que o eventual corte de fornecimento é previsto contratualmente

³⁴⁵ Decisão proferida em 02.08.2019, tendo como Réu o Estado da Bahia: “Vistos etc. Tendo em vista a resistência da ré em cumprir a determinação judicial mesmo após intimada em diversas oportunidades, conforme certificado nos autos, determino seja novamente intimada para comprovar o cumprimento da decisão em 48 horas. Decorrido o prazo sem atendimento, valendo o Julgador do quanto inserto no art. 536, CPC vigente, aplicável supletivamente em sede dos juizados especiais, será determinado o corte no abastecimento de energia elétrica, internet que abastecem a Unidade Imobiliária onde funciona a SESAB. Ciência pessoal ao Senhor Secretário de Saúde. Ato paralelo apresenta a autora orçamento de custo para a realização do procedimento deferido nos autos, dado a possibilidade de sequestro da verba pública para satisfação da obrigação.” (Decisão disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2019/8/art20190806-09.pdf>. Acesso em 15 dez. 2020).

como consequência do inadimplemento.³⁴⁶ O que não guarda qualquer relação com eventual medida executiva atípica, aplicada com base no poder geral de coerção, concedido pelo art. 139, IV, do CPC, ou mesmo pelo art. 536 do CPC. Não é possível pretender comparar uma penalidade contratual com a exteriorização desse poder de coerção.

Pelas razões acima expostas, entendemos, pois, não ter cabimento o corte no fornecimento de água e energia elétrica como medida executiva atípica, ante a sua desproporcionalidade, por poder impedir a própria continuidade de funcionamento da devedora e, no caso de executado pessoa física, ter potencial para atentar contra a dignidade humana e o direito à moradia.

8.2 Medidas admissíveis

Quando se pensa em medidas executivas atípicas, difícil elencar todas aquelas que se apresentam passíveis de utilização. Os limites estão na imaginação ou na criatividade dos operadores do direito, de um lado, e na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, de outro. Diante da impossibilidade de esgotá-las, optamos então por tratar abaixo de algumas medidas atípicas que nos parecem possam ser adotadas, como já vem ocorrendo.

Necessário sempre enfatizar que as medidas atípicas a seguir analisadas, algumas de elevado rigor, destinam-se a provocar a satisfação do direito reconhecido no título por aquele exequente que, tendo condições de quitar sua obrigação, optou pela inadimplência. Não se destinam, pois, a punir aquele que não tem condições de quitar sua obrigação. Não é essa a função das medidas executivas.

A título de sugestão ou contribuição, trataremos, por último, da medida de intervenção na pessoa jurídica devedora, que pensamos ser uma providência que

³⁴⁶ Lê-se do “Contrato padrão para abastecimento de água para grandes usuários” da SABESP, Cláusula 8.1.3: “A SABESP poderá suspender o fornecimento de água, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas neste contrato, no caso do não pagamento até a data do vencimento das contas”. Modelo de contrato disponível em: http://www.arsesp.sp.gov.br/Documentosgerais/MINUTA1-CONTRATO_PADRAO-ABASTECIMENTO-DE-AGUA-SABESP.pdf. Consulta realizada em: 09 ago. 2020. Igualmente, o Contrato de adesão de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP), autoriza na Cláusula 6ª o corte de fornecimento em caso de “6.1.5. Falta de pagamento das faturas de água e esgoto”. Documento disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/2217470.PDF>. Consulta realizada em: 09 ago. 2020.

pode apresentar elevado grau de eficiência, mas que não vem sendo utilizada e mesmo enfrentada em boa parte dos trabalhos sobre o tema.

8.2.1 Suspensão da Carteira Nacional de Habilitação

Medida coercitiva que vem sendo aplicada com certa frequência consiste na apreensão da Carteira Nacional de Habilitação do executado inadimplente. Tal medida impede o devedor de dirigir veículo automotor em todo território nacional e até mesmo no exterior, considerando que países estrangeiros normalmente aceitam como válida a carteira expedida em outro país.

Antes de mais nada, entendemos mereça ser afastada a ideia de que tal medida teria como justificativa o fato de que aquele que não consegue honrar suas obrigações tampouco poderia manter um automóvel privado, com os custos de manutenção, tributos, seguros e combustível. Aliás, caso o executado seja proprietário de veículo, que não seja utilizado no exercício da sua profissão, abre-se a possibilidade de ser penhorado.

Sem dizer que apreensão da Carteira de Habilitação do devedor impede, inclusive, o uso gratuito de veículo de terceiro, razão pela qual a justificativa para apreensão do documento em questão não pode residir no custo que a propriedade de um automóvel representa.

De outra parte, imprescindível realçar que somente há que se admitir a medida de restrição ao direito de conduzir veículo automotor se tal atividade não for necessária para o exercício da profissão do devedor, condição essa que deve ser considerada para as diversas modalidades de medida atípicas, que não podem obstar o exercício da atividade profissional do devedor, conforme anteriormente abordado.

Por consequência, sendo o devedor, pois, motorista de táxi, de caminhão ou de aplicativo, por exemplo, não há que se cogitar da aplicação da medida. O mesmo valeria, por óbvio, ao motorista particular ou mesmo àquele que desempenha função que nada tem a ver com o ato de dirigir, mas que precisa do veículo particular para se deslocar diariamente ao seu local de trabalho, diante da inexistência de transporte público disponível para o trajeto.

Dito isso, pensamos que – não obstante a inconsistência da justificativa primeiro apontada, e excluídas as hipóteses em que o ato de dirigir é necessário para o exercício da profissão – a apreensão da carteira de habilitação é medida possível,

se atendidas as condições expostas no capítulo anterior e a situação fática justificar providência de tamanho rigor.

Trata-se, pois, de providência que não encontra fundamento no custo de manutenção de um veículo, mas que apresenta cunho nitidamente coercitivo, com o propósito de causar incômodo ao devedor e convencê-lo de que lhe é mais vantajoso honrar a obrigação, caso isso seja possível. Até porque, se não o for, sequer é legítima a imposição dessa ou de outras medidas atípicas.

A razão que apresentamos em item anterior para defender o descabimento da retenção do passaporte do devedor, consistente na ocorrência de violação à garantia constitucional de ir e vir, não cabe aqui para a suspensão da carteira de habilitação. Chegamos a essa conclusão por entendermos que tal ato não impede o direito de ir, vir, entrar ou sair no território nacional, não apresentando o mesmo óbice constitucional que impedem a retenção do Passaporte.

Dizemos isso por acreditarmos que a apreensão da CNH pode até causar desconforto, por impedir a locomoção solitária em automóvel particular, mas não impede que o devedor se desloque através da utilização de transporte coletivo, como passageiro em veículo de terceiro, táxi ou veículo de aplicativo, se a sua condição assim permitir.

Aliás, como acima se ponderou, se o local de residência do devedor não for servido por transporte público, fazendo com que a retenção da CNH constitua medida que o condene ao isolamento, aí pensamos ser a providência por demais limitadora de direitos, violando o direito de ir e vir do executado, impedindo a sua adoção. Nessa hipótese referida, de pouco ajudaria ponderar que Constituição Federal reconhece o direito de todos ao transporte público, se este não for realmente oferecido naquela área.

Excluídas essas situações de exceção, acreditamos ser possível admitir a medida, quando a situação concreta justificar providência de tamanho peso. Pensam

da mesma forma Thiago Rodovalho³⁴⁷ e Olavo de Oliveira Neto,³⁴⁸ entre outros, chegando a defender este último que tal medida já era possível inclusive antes da vigência do CPC de 2015.

Oportuno acrescentar que a nossa opinião aqui manifestada não conta com a adesão pacífica da doutrina, como se vê da manifestação de Guilherme Sarri Carreira e Vinicius Caldas da Gama de Abreu, que enxergam nessa medida indevida criação de hipótese de suspensão da referida licença não prevista em lei, implicando restrição a direito constitucionalmente garantido do devedor.³⁴⁹

Como já afirmamos, discordamos dessa opinião logo acima apresentada. Isso não significa que a apreensão da CNH seja medida a ser aplicada sem maiores justificativas ou cuidados, independentemente das características do caso concreto. Claro que não. Como já se afirmou, trata-se de medida dotada de elevado poder coercitivo, diante das consequências que pode produzir sobre a vida do devedor. Mas se a situação justificar, o que somente é possível analisar diante das peculiaridades do caso concreto, não há razão para a excluir como medida passível de adoção, com fundamento em um inexistente “direito de ir e vir de carro próprio”.

Não é diferente a posição majoritária no STJ a respeito do tema. No acórdão proferido no julgamento do já aqui citado Recurso em *Habeas Corpus* n. 97.876/SP,

³⁴⁷ “Dirigir veículos automotores é direito do cidadão, mas não se confunde com os direitos fundamental e social de *ir-e-vir* e ao *transporte*. Tanto assim o é, que a Administração Pública pode pôr condições ao seu exercício, bem como pode *administrativamente* suspender esse direito. (o que ocorre, p. ex., quando se excede a pontuação máxima permitida na CNH, o que não ocorre só quando o indivíduo cometa infrações menores, mas cuja repetição se dê acima do permitido no período de um ano). Demais disso, milhares ou mesmo milhões de cidadãos, por questões financeiras ou por mera opção pessoal, não dirigem. Pode, ainda, haver outras restrições ao exercício do direito de dirigir, tais como as impostas pelo rodízio de veículos, por pedágios em rodovias. Discute-se (e algumas cidades do mundo já o têm) a possibilidade de pedágios urbanos, justamente como forma de desestimular o uso de carros. Há restrições de outra ordem, como áreas livres de carros, como, p.ex., a região do calçadão do Centro da cidade de São Paulo, já há discussão na Europa da criação de cidades livres de carro. No próximo dia 22 de setembro, celebrar-se-á o dia mundial sem carro” (O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC, art. 139, inc. IV (atipicidade dos meios executivos), p. 727).

³⁴⁸ *O poder de coerção*, p. 301 e ss.

³⁴⁹ “Ainda que haja indícios da existência de bens penhoráveis e que o devedor esteja lhes ocultando, ou seja, ainda que se trata do chamado ‘devedor ostentação’, a suspensão da CNH possui clara feição punitiva, uma vez que restringe ao indivíduo o exercício de direitos constitucionalmente garantidos não discutidos na relação processual. Ademais, há aí uma verdadeira criação judicial de hipótese de suspensão de licença, cuja definitividade é de sua essência, adicionando-se uma hipótese genérica às específicas existentes no Código de Trânsito e no Código Penal, campo exclusivo de reserva legal. Portanto, ainda que se trate do ‘devedor ostentação’, a utilização desta medida coercitiva não se apresenta viável, pelos fundamentos acima expostos. E repisa-se: se nem no caso do ‘devedor ostentação’ a medida é cabível, de modo algum há de se pensar em sua utilização para os casos em que o devedor precisa da CNH para desempenhar sua atividade profissional, como o taxista e o motorista profissional” (Dos poderes do juiz na execução por quantia certa da utilização das medidas inominadas, p. 259).

da Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o STJ justamente entendeu pelo descabimento do *habeas corpus* em face da determinação de retenção da CNH em razão de tal providência não violar direito de ir e vir do executado.³⁵⁰ Igualmente, no julgamento do HC 597.069/SC, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela admissão da suspensão da CNH.³⁵¹

8.2.2 Suspensão de brevê e arrais

O raciocínio desenvolvido para a CNH, pode, em grande parte, servir para justificar eventual suspensão dos documentos necessários para pilotar avião ou barco. E pode ser medida eficaz para certas situações, tornando-se aliada da efetividade da execução.

Para se habilitar a pilotar avião, o interessado precisa obter o Certificado de Habilitação Técnica, também conhecido popularmente por “brevê”. Isso ocorre após o preenchimento de diversos requisitos e da realização de curso de pilotagem, teórico e prático, com exigência de uma quantidade mínima de horas de voo, como se vê do Regulamento Brasileiro Da Aviação Civil, RBAC nº 61, da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.³⁵² Já a pilotagem de barcos depende da obtenção pelo interessado da Carteira de Habilitação de Amador (CHA), mais popularmente conhecida por “arrais”, a ser obtida junto à Capitania dos Portos da região do interessado.

Pensemos então na hipótese em que o executado comparece com certa frequência ao aeroclube ou à marina, e sai a pilotar avião, barco, lancha ou iate. Caso tais bens estivessem registrados em seu nome, seria fácil realizar a penhora sobre eles, com futura adjudicação ou alienação que pudesse gerar recursos para satisfazer a dívida executada. Mas se estão registrados em nome de um amigo ou parente, seus

³⁵⁰ Lê-se do voto do Ministro Relator: “Noutro ponto, no que respeita à determinação judicial de suspensão da carteira de habilitação nacional, anoto que a jurisprudência do STJ já se posicionou no sentido de que a referida medida não ocasiona ofensa ao direito de ir e vir do paciente, portanto, nesse ponto, o *writ* não poderia mesmo ser conhecido. Isso porque, inquestionavelmente, com a decretação da medida, segue o detentor da habilitação com capacidade de ir e vir, para todo e qualquer lugar, desde que não o faça como condutor do veículo. De fato, entender essa questão de forma diferente significaria dizer que todos aqueles que não detêm a habilitação para dirigir estariam constrangidos em sua locomoção. Com efeito, e ao contrário do passaporte, ninguém pode se considerar privado de ir a qualquer lugar por não ser habilitado à condução de veículo ou, ainda que o seja, esteja impedido de se valer dessa habilidade.”

³⁵¹ STJ, HC 597.069/SC, Terceira Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 25.9.2020.

³⁵² Disponível em: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-61/@/@display-file/arquivo_norma/RBAC61.pdf. Acesso em: 31 dez. 2020.

supostos proprietários, em princípio não poderão ser alcançados por ato de constrição.

Ora, se admitimos a suspensão da CNH como medida coercitiva, com mais facilidade há que se aceitar a dos documentos de habilitação para conduzir veículos aquáticos ou aéreos, atividade frequentemente utilizada com propósito exclusivamente recreativo.

Assim, reputamos plenamente possível, como forma de coerção e a título de providência que guarda semelhança com a retenção da CNH, suspender tais documentos do executado, com o propósito de “convencê-lo” a cumprir a obrigação. Isso quando aparentemente apresentar condições que permitiriam adimplir, mas escolhe não o fazer. Fazemos essa ressalva para indicar, mais uma vez, que se a inadimplência é fruto da impossibilidade de cumprimento da obrigação, tal medida, bem como outras atípicas, não deve ser aplicada.

Claro que se for possível demonstrar que o avião ou o barco é na realidade de propriedade do executado, que para obstaculizar a penhora o registrou ou transferiu a terceiro, o exequente poderá requerer que os atos de constrição recaiam sobre esse bem, demonstrando, se for o caso, eventual ocorrência de fraude contra credores ou fraude à execução.

Mas se não for esse o caso, a suspensão do brevê ou da arrais do executado pode se mostrar medida coercitiva eficiente para eventualmente o fazer crer que lhe é menos prejudicial adimplir a obrigação que suportar o peso ou o desconforto da medida, notadamente quando necessita desses documentos para realizar atividade que lhe seja altamente prazerosa.

De outro lado, de se considerar que, com frequência, a pilotagem de avião ou barco particular é mais uma atividade de lazer que um meio de transporte, ou ao menos não um meio de locomoção que não possa ser substituído por outro. Todavia, em hipótese excepcional em que o executado está estabelecido em local sem acesso aos meios de transporte e a utilização do barco ou do avião é imprescindível para os seus deslocamentos, pensamos que aí a suspensão do brevê ou da arrais seria medida excessivamente gravosa e até inconstitucional, por lhe tolher o direito de ir e vir, protegido pelo art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal.

Não há que se permitir, também e por óbvio, a suspensão desses documentos quando necessários para o exercício da profissão pelo executado. Sendo o devedor piloto profissional de avião ou barco, ou um pescador, tal medida impediria o exercício

da sua atividade profissional, cruzando limite que, a nosso ver, não pode ser ultrapassado, conforme anteriormente já exposto.

8.2.3 Proibição de contratar com o Poder Público

Tem-se discutido também a possibilidade de se impor, como medida executiva atípica, a proibição de o executado contratar com o Poder Público e, com isso, coagi-lo a cumprir a obrigação.

Embora alguns autores vejam com maus olhos a adoção dessa medida, entendemos que não se deva descartá-la. Aliás, sendo o Judiciário um dos Poderes do Estado, é até natural que o descumpridor das suas ordens ou decisões seja impedido de contratar com o próprio Estado, ainda que com outro Poder. Interessante observar que tal proibição de contratar é pena expressamente prevista para aquele que incorre na prática de ato de improbidade administrativa, como se lê do art. 12 da Lei 8.429/92.

Acreditamos que, ainda que não prevista como medida executiva tipificada, a sua aplicação pode se dar com base do poder geral de coerção do juiz. Desde que seja usada com cautela, medindo-se bem as consequências da sua incidência e avaliando o alcance das eventuais restrições que causará ao executado.

Essa análise é imprescindível, pois caso a devedora seja uma empresa que predominantemente se dedica a prestar serviços ao Poder Público – como uma empreiteira de obras públicas, por exemplo – e que depende dessa atividade para sobreviver, impedir a contratação poderia levá-la à ruína, o que não é o que se deseja e nem ao próprio exequente interesse.

Caso a medida inviabilize a própria existência do executado, o direito individual e privado do exequente, de receber o que lhe é devido – ainda que absolutamente legítimo, diga-se – seria privilegiado em detrimento do próprio interesse público de o devedor continuar funcionando. Sem falar dos danos que poderá causar a muitas pessoas, diante do fechamento de dezenas, centenas ou até milhares de vagas de emprego e na queda de arrecadação de tributos, o que, dependendo do tamanho da empresa e do local em que funcione, pode trazer consequências graves para a coletividade. São repercussões nada desprezíveis, especialmente em momento de crise econômica e de alto nível de desemprego no país.

Claro que ao fixar uma medida coercitiva tal como essa ora em discussão, não pretende o magistrado que ela seja efetivamente aplicada. A intenção é que o temor da sua incidência faça com que a obrigação seja cumprida antes de ser efetivamente adotada. Mas, por óbvio, ao definir a medida, o magistrado não pode desconsiderar o risco de o inadimplemento persistir e, por consequência, a providência ter que ser realmente adotada. Reiterando sempre que descabe a aplicação dessa medida atípica, ou de outras, quando o inadimplemento da obrigação é fruto da impossibilidade de o devedor satisfazê-la.

Portanto, se a proibição de contratar com o Poder Público, adotada para provocar o cumprimento da obrigação, puder provocar consequências negativas de tamanha gravidade, não nos parece se inserir nos limites definidos pelo princípio da proporcionalidade. Muito menos observa o princípio da manutenção da empresa, não havendo nessa hipótese, pois, que ser aplicada.

A observação logo acima oferecida, importante assinalar, não tem o propósito de mostrar que tal medida executiva atípica é, por sua natureza e alcance, naturalmente incabível. Não é disso que se trata. Pensamos apenas que deva ser adotada com cautela, mediante avaliação atenta da situação concreta, para que sirva como providência adequada para conduzir ao adimplemento da obrigação pelo devedor, mas sem que provoque a sua ruína, com consequências mais drásticas que o próprio inadimplemento em si.

Em termos mais simples, deve valer a regra geral de que o remédio não pode produzir efeitos mais graves do que a doença. Trata-se de avaliação que não pode ser feita exclusivamente sob a perspectiva do credor, mas deve considerar as repercussões para todos os que possam ser eventualmente prejudicados com a adoção da medida.

Manifestando-se sobre o tema, Olavo de Oliveira Neto defende a aplicação da medida:

Essa penalidade amplamente conhecida no caso de improbidade administrativa também pode ser amplamente aplicada pelo juízo da execução, com fulcro no art. 139, IV, do CPC, desde que se lhe imprima a natureza de medida coercitiva atípica. Assim, a medida somente poderá ser decretada pelo magistrado, não se confunde com a obrigação principal e cessa automaticamente em face da satisfação da prestação ou do cumprimento da ordem, uma vez que não se trata de uma pena.

Ainda, semelhante a essa medida referida, discute-se também a possibilidade de impedir a pessoa física executada, a título de medida coercitiva, de prestar concurso público.

Não somos favoráveis à adoção dessa limitação, pelo fato de o concurso público abrir as portas para um emprego estável e que pode se mostrar uma opção profissional atraente, especialmente em momentos de crise econômica. Isso sem falar da vocação que muitos possuem para prestar serviço público.

É de conhecimento geral o esforço e o investimento que muitos fazem para conseguir sucesso nos concursos. À medida que o prestígio do cargo e a remuneração aumentam, crescem na mesma proporção o esforço e o investimento necessários para a aprovação. Ora, impedir alguém, que busca um cargo público concursado, de prestar o respectivo concurso, equivale a fechar-lhe as portas para o exercício de determinada profissão, o que agride o direito fundamental ao trabalho do executado e a própria dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, não é demais rememorar que a Constituição Federal brasileira, logo em seu art. 1º, coloca como fundamentos do Estado Democrático de Direito, entre outros, “III – a dignidade da pessoa humana” e “IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. O art. 5º, inciso XIII, diz que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, e, logo adiante, o art. 6º, ao enumerar os direitos sociais, inclui o trabalho entre eles.

Mostrando a importância que dá ao tema, a Constituição volta a afirmar, em seu art. 170, que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar existência digna a todos, observados os princípios que elenca, entre eles a “VIII – busca do pleno emprego”. Se já não bastasse, o art. 193 ainda complementa que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Tendo em conta toda essa proteção, pensamos não estar de acordo com a Constituição aplicar medida coercitiva que impeçam o executado de prestar concurso para preenchimento de cargo público, tirando-lhe essa oportunidade de trabalho.

8.2.4 Multa coercitiva atípica

O nosso CPC já prevê, na execução ou no cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, a fixação de multa por dia de atraso no

adimplemento da obrigação. Trata-se de medida executiva típica para essas modalidades de execução, como se lê dos arts. 536, § 1º, 537 e 538, § 3º, do CPC.

Nada impede, entretanto, que a multa seja utilizada como medida coercitiva em outras modalidades de execução, como na execução ou no cumprimento de obrigação de prestação pecuniária ou mesmo na execução de alimentos. Como tal medida não está prevista para essas execuções, nesse caso seria considerada atípica.³⁵³ Aliás, já havíamos apontado que algumas medidas podem ser típicas para uma execução e atípicas para outra, como sucede nesse caso em análise.

Pode-se questionar a eficiência da multa para essas outras espécies de execução. No caso da verba alimentar, há medida típica dotada de muito maior grau de coercibilidade e desde o início autorizada, consistente na ameaça de prisão. Se há medida executiva típica aparentemente mais eficaz, em princípio não há razão para utilização da medida atípica da multa, embora seja até possível fazê-lo.

No caso da execução de obrigação de prestação pecuniária, tampouco se pode descartar a utilização da multa como meio de coerção ao pagamento, mas a sua utilidade tende a ser bastante limitada. Se a grande dificuldade para seguimento e sucesso da execução por quantia certa é a localização de bens do executado passíveis de penhora, caso não se localize esses bens, nem o principal e tampouco a multa serão satisfeitos. Em outras palavras, a incidência da multa pode representar apenas a majoração da dívida, mas prosseguirá o inadimplemento.

Contudo, não se pode descartar a hipótese de o executado estar pretendendo, por exemplo, ganhar tempo para cumprir a obrigação, e, para isso, retardando o andamento do feito. Se for essa a situação, a perspectiva de ver o valor do débito incrementado por multa diária pode convencer o devedor que lhe é mais conveniente quitar a obrigação, antes que a medida coercitiva incida ou se avolume.

Acreditamos que não há impedimento para que o juiz fixe multa diária para o cumprimento de sentença de obrigação de prestação pecuniária, ainda que já exista previsão da multa de 10% no art. 523, § 1º, do CPC. Desde que a multa atípica não

³⁵³ Pensa da mesma forma Olavo de Oliveira Neto: “Além de todas essas multas típicas por força de lei, algumas com maior e outras com menor grau de regulamentação, existem ainda as multas que não estão previstas expressamente no Código de Processo Civil, mas que podem ser aplicadas com fulcro no Poder Geral de Coerção atribuído ao juiz e que devem receber a denominação de multas atípicas, em cujo âmbito os aspectos principais, referentes à fixação do prazo e à fixação do valor, não demandam discussões diversas daquelas que se verificam na seara das multas típicas que não são fixas. Seguem-se os mesmos parâmetros para ambas as modalidades” (*O poder geral de coerção*, p. 291).

se mostre excessiva e seja aplicada respeitando-se as condições necessárias para exercício do poder geral de coerção. No caso da execução de título extrajudicial, em que não se prevê expressamente qualquer multa por conta do não pagamento, com mais razão nada há que impeça a sua fixação, que se daria por autorização do art. 139, IV, do CPC.

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, ao tratar da possibilidade de fixação de multa atípica no cumprimento e na execução de obrigação por quantia certa, apresentam visão mais restritiva que a nossa. Entendem descabida a multa para impor ao executado o pagamento do valor devido, mas aceitam a sua adoção com o propósito de impor o cumprimento de deveres processuais pelo executado. São essas as palavras dos autores:

Entendemos, pois, não ser possível a imposição de multa, como medida atípica calcada no art. 139, IV, do CPC, na execução pecuniária, para impor ao executado o pagamento da quantia pretendida. É possível, no entanto, valer-se da multa, como medida atípica, em execução pecuniária, como forma de impor o cumprimento de *deveres processuais do executado* - e não o dever de pagar a quantia - ou de terceiro. Assim, pode o juiz, por exemplo, determinar que o executado indique bens à penhora, ou informe onde eles estão, ou exiba a prova da sua propriedade ou a certidão negativa de ônus (art. 774, V, CPC), sob pena de multa; também pode o juiz determinar que terceiro inclua na folha salarial a ordem de pagamento.³⁵⁴

Segundo pensamos, pois, a multa pode não ser eficiente na execução ou no cumprimento de obrigação de prestação pecuniária, mas não há por que, de antemão, descartar a viabilidade da sua incidência, conforme alguns defendem. Cabe ao magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, avaliar a sua adequação, e, se eventualmente se mostrar promissora, aplicá-la, respeitando as condições e os requisitos apresentados no Capítulo anterior.

8.2.5 Intervenção na pessoa jurídica devedora

Medida pouco utilizada e que pode se mostrar bastante efetiva para promover o cumprimento das obrigações e das ordens judiciais é a decretação da intervenção na pessoa jurídica inadimplente, com nomeação de um interventor que cuidará para que ocorra o adimplemento da obrigação ou cumprimento da ordem judicial.

Entendemos que o art. 139, IV, bem como os art. 536, § 1º, autorizam seja adotada a medida referida, trazendo para o bojo da execução providência inspirada

³⁵⁴ Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos art. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC, p. 331.

pela Lei Federal 12.529, de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

No art. 102 dessa lei, fica estabelecido que, para a execução judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, “o juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor”. O parágrafo único do mesmo diploma esclarece caber ao magistrado, por decisão fundamentada, indicar, de forma clara e precisa, as providências a serem por ele tomadas, esclarecendo a lei que as despesas decorrentes da intervenção correrão por conta do executado.

A intervenção deverá se restringir aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial, com duração máxima de 180 dias, podendo ser revogada antes desse prazo, se a obrigação for integralmente cumprida. Compete ao interventor praticar ou ordenar que se pratique os atos necessários ao cumprimento da decisão, além de lhe caber denunciar irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e apresentar ao juiz, mensalmente, relatório das suas atividades. Tudo previsto nos arts. 102 e seguintes.

Pois bem. Embora referido diploma legal dirija-se a regular uma situação bem definida, qual seja a execução específica das decisões do CADE, pensamos que pode inspirar a adoção da mesma providência em outras modalidades de execução, quando a devedora for pessoa jurídica. Por isso a ela aqui nos referimos.

Conforme acima já opinamos, pensamos que os arts. 139, IV, e 536, § 1º, autorizam plenamente que essa medida de intervenção, com nomeação de um interventor para direcionar o cumprimento da obrigação ou da ordem judicial pela devedora, pode muito bem ser utilizada nas obrigações pecuniárias, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa.

Trata-se de caminho pouco explorado pelos operadores do direito e que nos parece promissor, com elevado potencial de promover efetividade à execução, quando a inadimplência for de pessoa jurídica. Afinal, além da própria atuação do interventor, para proporcionar a satisfação do direito em execução, a ameaça de decretação da intervenção tem um forte e inegável efeito coercitivo, podendo promover o cumprimento da obrigação pela empresa.

Como já tivemos oportunidade de demonstrar, a aplicação de medidas executivas atípicas deve ser precedida de contraditório. Assim, além de se evitar decisões surpresa, garante-se que as partes possam influenciar a decisão do juiz

sobre a providência a ser adotada. Ora, tendo a pessoa jurídica devedora conhecimento da intenção de decretação da intervenção, fácil imaginar o grande potencial coercitivo da ameaça. Afinal, esse profissional terá acesso às informações, documentos ou livros, que a devedora provavelmente não gostaria de apresentar. Nesse contexto, é bem possível que sequer seja necessária a nomeação desse interventor, mas que o adimplemento decorra do simples receio de que isso ocorra, para impedir que efetivamente se concretize.

De outra parte, pensamos ser conveniente que as disposições da Lei 12.529/11 possam ser usadas como inspiração ou parâmetros, mas claro que o juiz poderá estabelecer regras diferentes, por não se tratar de situação regulada por aquele diploma.

Sabemos que a decretação da intervenção e a nomeação de interventor são medidas de elevado rigor, mas se a situação assim o exigir, se estiverem de acordo com os postulados da proporcionalidade e razoabilidade e se preenchidas as demais condições expostas, em especial a circunstância de o devedor exibir situação que lhe permitiria, se quisesse, cumprir a obrigação, pensamos tratar-se de medidas plenamente cabíveis.³⁵⁵

³⁵⁵ Esse mesmo entendimento é defendido por Sergio Cruz Arenhart, quando trata das medidas de apoio do art. 461, do CPC de 1973: “A medida concebida pelo art. 69 e ss., da Lei nº 8.884/94 (a intervenção judicial), embora prevista em legislação especificamente desenhada para o combate contra o abuso do poder econômico, pode ser utilizada para outras situações que não aquelas expressamente arroladas nos arts. 20 e 21 da lei mencionada. Mesmo para situações que não guardem nenhuma relação com a dominação econômica, pode a intervenção judicial ser empregada para efetivar a ordem judicial, estando certamente assimilada à cláusula aberta do art. 461, § 5º, do CPC. (...). Vê-se, então, que a figura da intervenção judicial em empresas, com menor ou maior grau, é francamente conhecida e praticada pelo direito nacional. Não é possível, assim, assustar-se com o emprego da medida como técnica de sub-rogação atípica, capaz de ser aplicada para qualquer situação em que se exija a tutela específica de certa prestação. A figura, portanto, é admitida e compatível com o quadro constitucional brasileiro. Por isso, merece ser alocada como medida atípica, veiculável por via do art. 461, § 5º, do CPC.” (A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica, p. 266-267).

9 PROPOSTA DE *LEGE FERENDA*

Afirmam Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, referindo-se aos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, todos do CPC, que dão suporte à atipicidade dos meios executivos, ser “tarefa da doutrina e dos tribunais fornecer critérios dogmáticos seguros para a aplicação desses dispositivos – que constituem, como veremos adiante, cláusulas gerais executivas”.³⁵⁶

Não temos dúvida que doutrina e jurisprudência podem dar importante contribuição para auxiliar na correta aplicação das medidas executivas atípicas, sendo certo que elas já vêm se debruçando sobre o tema com o propósito de cumprir essa missão. Todavia, entendemos que o legislador não se desincumbiu satisfatoriamente da sua tarefa ao introduzir o art. 139, IV, no CPC, pois a adoção das medidas executivas atípicas carecia de disciplina legal mais consistente e completa.

Fosse a nossa legislação um pouco mais precisa e fixasse parâmetros ou condições para escolha e adoção das medidas atípicas, esse cuidado reduziria a insegurança e as controvérsias que pairam sobre a sua aplicação, ao mesmo tempo que facilitaria a tarefa atribuída à doutrina e à jurisprudência.³⁵⁷

A propósito, é justamente a falta de detalhamento que leva alguns autores a entenderem pela inconstitucionalidade da parte final do artigo 139, inciso IV, do CPC, como defende José Carlos Baptista Puoli:

No caso do inciso IV do artigo 139 do CPC não houve qualquer detalhamento na indicação da conduta não desejada, nem tampouco uma mínima especificação da sanção e, nem ainda, qualquer referência às hipóteses de isenção da “pena”. Salvo melhor juízo, estas deficiências impedem que se possa ter por constitucional a parte final do inciso IV, do artigo 139 do CPC, ora em análise.³⁵⁸

³⁵⁶ Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC, p. 310.

³⁵⁷ A redação dada ao art. 139, IV, mereceu contundente crítica de Araken de Assis: “Ocorre que termos elásticos da redação do art. 139, IV, sugeriu coisa completamente diferente. A fértil imaginação das pessoas investidas na função judicante, exasperadas por execuções que não progridem, amontoadas nos cartórios de espaço exíguo, e embaladas pela cultura do autoritarismo, disseminada na literatura processual, concebeu as maiores arbitrariedades, visando compelir o executado a cumprir a obrigação ou o direito exequendo: (a) o recolhimento da carteira nacional de habilitação, tornando ilícita a condução de veículos automotores; (b) o recolhimento do passaporte, impedindo o executado de viajar para o exterior; (c) a proibição de o executado participar em licitações ou de contratar empregados; (d) o cancelamento de cartão de crédito; e assim por diante. Falta pouco para tomar o passo decisivo: prender o executado, sob o fundamento que descumprimento de ordem judicial não é ‘prisão por dívidas’.” (Cabimento e adequação dos meios executivos atípicos, p. 129-130).

³⁵⁸ Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015, p. 371.

De outra parte, não ignoramos as dificuldades que envolvem a atividade legislativa, apontadas pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que podem gerar dispositivos legais carentes de maior detalhamento, como acreditamos ter se dado no caso em análise:

Assinale-se, por outro lado, que as exigências da vida moderna não só impõem ao legislador um dever de agir, mas também lhe cobram uma resposta rápida e eficaz aos problemas que se colocam (dever de agir com a possível presteza e eficácia). É exatamente a formulação apressada (e, não raras vezes, irrefletida) de atos normativos que acaba ocasionando as suas maiores deficiências: a incompletude, a incompatibilidade com a sistemática vigente, incongruência, inconstitucionalidade, etc.

Nunca é demasiado enfatizar a delicadeza da tarefa confiada ao legislador. A generalidade, a abstração e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam não só a grandeza, mas também a problemática que marcam a atividade legislativa.³⁵⁹

Justamente porque a lei não é pensada e elaborada para tratar de determinado caso específico, mas para servir como regra geral a ser aplicada em uma infinidade de situações que venham a surgir, não pode descer a minúcias. Fica a cargo do magistrado interpretá-la e aplicá-la, adaptando a rigidez da regra às peculiaridades do caso concreto.³⁶⁰ Mas deve o legislador, contudo, estar atento para evitar incompletudes – como diz o Ministro –, atenção essa que nos parece não ter havido na generalização das medidas atípicas através do inciso IV do art. 139 do CPC.

Ainda que esse dispositivo legal se enquadre no que se costuma denominar “cláusula geral”, que naturalmente não desce a pormenores e se vale de conceitos vagos e indeterminados, que necessariamente precisam ser preenchidos pela doutrina e pela jurisprudência, acreditamos que um pouco mais de precisão garantiria maior segurança na aplicação das medidas atípicas, com um mínimo de uniformização e previsibilidade, sem que isso causasse ferida profunda na opção de abrir espaço para a atipicidade das mesmas.

³⁵⁹ Questões fundamentais de técnica legislativa, p. 2.

³⁶⁰ Nesse sentido, oportuna a lição de R. Limongi França (Da jurisprudência como Direito Positivo, aula inaugural ministrada no Curso de preparação à Magistratura e ao Ministério Público, em 1º de abril de 1970, no Salão Nobre da OAB-SP, p. 219): “Norma de ordem geral, a lei propriamente dita não visa a casos particulares; antes, há de constituir sempre uma regra ordenada ao Bem Comum. Por isso mesmo, ela não pode atender a minúcias, nem responder imediatamente às múltiplas gradações possíveis da relação jurídica que vem disciplinar. Um brocardo, apesar de sedição, e algo acaciano, exprime não obstante bem esse seu caráter: *dura lex, sed lex*. Entretanto, a finalidade intrínseca da norma jurídica não é ser dura, mas justa; não é alcançar rija e contundentemente a disciplina férrea, senão o bom e a equidade: o direito, dizia o jurista CELSO, aplaudido por ULPIANO, “*est ars boni et aequi*”. Ora, não podendo a lei deixar de ser impessoal, e exigindo a própria índole do Direito que as condições peculiares de cada caso não sejam ignoradas, claro se torna que é ao magistrado que incumbe, na aplicação da lei ao caso concreto, sem desvirtuar-lhe as feições, arredondar as suas arestas, e, sem torcer-lhe a direção, adaptar a rigidez de seu mandamento às anfratuosidades naturais de cada espécie.”

Em outras palavras, não se perderia o poder criativo da atividade jurisdicional, que se quis prestigiar, e tampouco se impediria que as medidas executivas fossem flexibilizadas ou adequadas às peculiaridades da causa e das partes em litígio. O aprimoramento da disciplina legal permitiria a fixação de parâmetros mais seguros para o exercício do poder executório pelo magistrado, mas sem invadir a área de atuação do Judiciário.³⁶¹

9.1 Inclusão no diploma processual de parâmetros mínimos para aplicação do artigo 139, IV, do CPC

Conforme anteriormente exposto, a Constituição Federal, ao garantir acesso de todos ao Poder Judiciário, pretende que, como consequência, as partes recebam, em tempo razoável, uma tutela efetiva, que seja apta a solucionar os conflitos e preservar os direitos.

Com vistas a atender a essa exigência constitucional, não basta que o reconhecimento dos direitos, através do processo de conhecimento, seja realizado de forma eficiente. É igualmente imprescindível que a efetivação dos direitos, pela via executiva, se desenvolva a contento, inclusive sob pena de tornar inútil toda a atividade jurisdicional realizada previamente ao cumprimento de sentença, orientada à formação do título executivo judicial.

Para que a prestação da tutela seja eficiente, é curial que o magistrado exerça correta e adequadamente os seus poderes. No caso específico do processo de execução, deve manejar adequadamente seu poder de aplicar as medidas executivas que o diploma processual prevê ou autoriza, sejam elas típicas, sejam atípicas.

A adoção das medidas executivas típicas, porque objeto de disciplina legal mais detalhada, enseja menos dúvidas. Enquanto na aplicação das medidas atípicas, cujos parâmetros são menos claros, a liberdade e o poder criativo exercido pelo magistrado são maiores, e, por consequência, o ambiente para incertezas e controvérsias é igualmente mais amplo.

³⁶¹ Sobre essa atuação esperada do Judiciário, em especial dos Tribunais Superiores, opina Luiz Guilherme Marinoni: “A fórmula geral das decisões interpretativas justificadas depende de valoração. Diante da evolução da teoria do direito e do impacto do constitucionalismo, admite-se que o Judiciário tem a função de colaborar com o Legislativo para a frutificação do direito. O Judiciário não só tem a tarefa de concretizar as cláusulas gerais e de controlar a legitimidade da lei perante a Constituição, mas a de atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades emergentes da evolução da sociedade.” (A função das Cortes Supremas e o Novo CPC, p. 1).

Embora já existisse no nosso sistema a previsão da adoção de medidas executivas atípicas na execução, o CPC de 2015 trouxe inovação ao tema quando autorizou que elas fossem aplicadas inclusive “nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, o que fez através do art. 139, IV, que institui uma verdadeira cláusula geral de efetivação.

Compreensível, portanto – quer pela novidade consistente na possibilidade de adoção de medidas atípicas na execução de obrigação de pagar, quer pela dificuldade de se estabelecer os parâmetros para definição dessas medidas a serem impostas – , que a aplicação do art. 139, IV, do CPC, especialmente da sua parte final, venha gerando grandes debates e discussões, inclusive questionamentos a respeito da sua constitucionalidade, como já anteriormente expusemos.

Reiteramos a nossa posição de não entendermos inconstitucional o dispositivo legal em si. Mas é imprescindível que ele seja aplicado com integral observância das disposições constitucionais pertinentes, tal como se espera da interpretação e aplicação de qualquer lei.³⁶² Inclusive porque o processo, mesmo o de execução, não pode ser pensado exclusivamente sob o ângulo da efetividade, como se esse fosse o único valor a preservar. Tampouco o exequente é o único a ter garantias merecedoras de respeito.

É natural que uma execução pautada em medidas executivas típicas se revista de maior previsibilidade e segurança jurídica, já que os seus passos estão previstos na lei e são de conhecimento dos sujeitos do processo. Mas como tal opção pode ser insuficiente para proporcionar a pretendida efetividade, autoriza-se a adoção de medidas atípicas pelo magistrado, moldadas às necessidades do caso concreto.

Tal movimento, que acaba atribuindo mais poderes ao juiz para definir as medidas aplicáveis ao caso concreto, pode importar em redução da segurança e da

³⁶² A propósito, oportunas as palavras de Ricardo Marcelo Fonseca: “Pois bem: no final do século XX e início do século XXI, esta fase é que vai mostrando seus limites e dando lugar a outra forma de expressão jurídico-política, o “Estado Constitucional”. Aqui a lei perde a sua centralidade. Deixa ela de ser a fonte indiscutível da juridicidade, na medida em que seus mecanismos de produção são identificados e relacionados a critérios supraleais que devem orientar a sua produção e interpretação contidos em outro documento que passa a ocupar a centralidade histórica: a Constituição. Enquanto documento que, em teoria, é resultado do conjunto das forças sociais e que, sobretudo a partir do segundo pós-guerra, enquanto instrumento jurídico que coloca um conjunto de objetivos e tarefas a serem implementadas na sociedade, na administração pública e no sistema jurídico em geral, a Constituição passa a ser o vértice valorativo do sistema, carregado de uma carga axiológica que não pode ser ignorada pelo legislador infraconstitucional. Com isso, a Constituição passa a ser o lugar da avaliação da pertinência axiológica, procedimental e material da lei.” (A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica, p. 31).

previsibilidade para o processo. Contudo, pensamos que esse efeito colateral pode ser mitigado se a disciplina legal do tema for mais apurada e, por consequência, se alguns parâmetros forem seguidos.

Conforme já afirmamos, sabemos que a aplicação do art. 139, IV, do CPC, vem sendo fortemente debatida pela doutrina e pela jurisprudência, mas cremos que o legislador não deveria ter disciplinado tema de tamanha relevância da forma superficial, como fez. É verdade que a disciplina mais completa não colocaria fim às polêmicas que gravitam em torno da matéria, mas poderia, ao menos, reduzi-las.

Por esse motivo, entendemos conveniente realizar pontual reforma legislativa, para atingir o propósito de estabelecer parâmetros ou requisitos de observância obrigatória para a correta e constitucional aplicação das medidas executivas atípicas, autorizadas pelo art. 139, IV, do CPC.³⁶³

Opinião tal qual a lançada por José Rogério Cruz e Tucci, que vai logo abaixo reproduzida – com a qual concordamos e está em plena sintonia com o que até aqui escrevemos –, inspira a proposta de alteração legal sugerida por nós:

Norteando-se, portanto, pela legalidade estrita, apenas depois de terem sido esgotados todos os meios executivos possíveis e de dar oportunidade à manifestação do executado, é que o juiz, com inarredável fundamentação, poderá então deferir aquelas providências atípicas, especialmente no campo das relações de direito de família. E tudo, no exame do caso concreto, sem olvidar a proporcionalidade entre o meio processual de coerção imposto e o valor jurídico que se busca proteger!³⁶⁴

Conveniente incorporar na disciplina legal do tema o que afirma o autor supracitado. Mas, por outro lado, temos consciência que estabelecer uma disciplina legal detalhada para as medidas atípicas não é opção viável, pois poderia comprometer a atipicidade que se quis prestigiar, estabelecendo amarras apertadas ao magistrado e tornando inútil a iniciativa do legislador.

Necessário, portanto, encontrar o delicado ponto de equilíbrio, para que não se tenha uma disciplina insuficiente – que nos parece ser a situação atual – mas tampouco recair em uma regulamentação exagerada, que possa gerar o indesejado “engessamento” do juiz na aplicação das medidas.

³⁶³ José Carlos Baptista Puoli chega a afirmar “ser inaplicável sistemática de sancionamento atípico em sede de execução de obrigações pecuniárias o que deve persistir, até que se tenha preceito legal, preconizando, ao menos com razoável detalhamento, a conduta não desejada, as sanções aplicáveis e as hipóteses de isenção da pena” (Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do inciso IV do artigo 139 do CPC de 2015, p. 376).

³⁶⁴ *Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>. Acesso em 10 set. 2020.

Também tomamos como inspiração, para elaboração da proposta apresentada, o conteúdo da decisão proferida pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 1.788.950, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, no qual se estabeleceu alguns limites ao exercício do poder geral de coerção, que reputamos acertados.

No referido acórdão, ficou decidido que a adoção das medidas executivas atípicas a) fica condicionada à existência de indícios de que o devedor possua patrimônio que lhe permita adimplir a obrigação consagrada no título executivo; b) tais medida atípicas devem ser adotadas de modo subsidiário, caso as típicas não se mostrem eficientes; c) a decisão que define e aplica a medida atípica deve ter fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta; d) necessário observar o postulado da proporcionalidade; e e) que seja observado o contraditório.

Tomando por base, também, essas diretrizes fixadas no acórdão, assumimos na presente tese o desafio de sugerir a reforma legislativa adiante apresentada. E assim o fazemos por acreditarmos que, não obstante alguns problemas e excessos que hoje presenciamos quanto à aplicação das medidas executivas atípicas, a autorização do art. 139, IV, de CPC, se bem utilizada e não servir de esteio para arbitrariedades e inconstitucionalidades, pode cumprir um importante papel, atuando, não para extirpar, mas ao menos para reduzir a chamada “crise da execução”.

Para oferecer a proposta de alteração legislativa, destinada a incluir no texto legal requisitos mínimos para o juiz exercer seus poderes executórios e fixar medidas executivas atípicas, procuraremos apresentar frases curtas, diretas e de fácil compreensão. Nesse trabalho, valemo-nos das orientações oferecidas pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, constantes do documento “Técnica Legislativa – Orientação para a padronização de trabalhos”.

Consideramos, pois, a orientação segundo a qual “a tarefa de elaboração legislativa (proposições, justificações e pareceres) requer linguagem e técnica próprias, que garantam aos documentos produzidos as características esperadas da lei: a generalidade, a abstração e o efeito vinculante.”³⁶⁵

Finalmente, com o propósito aqui manifestado, poderíamos pensar na alteração do próprio art. 139, IV, do CPC, incluindo nele os parâmetros para aplicação das medidas. Todavia, como o objetivo desse dispositivo legal é relacionar, de forma não exauriente, os poderes do juiz no processo, parece-nos mais adequado disciplinar

³⁶⁵ Técnica Legislativa – Orientação para a padronização de trabalhos, p. 4. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70469>. Acesso em: 10 ago. 2020.

a adoção de tais medidas executivas atípicas na Parte Especial, Livro II, do Código, justamente aquele dedicado ao processo de execução, como logo adiante faremos.

9.2 Inclusão de novo parágrafo ao art. 139 do CPC.

Para regular melhor o tema no Livro da execução, entendemos conveniente acrescentar um novo parágrafo ao art. 139 do CPC, a fim de (a) fazer referência ao art. 773, cuja nova redação é logo adiante proposta, e (b) esclarecer que as medidas atípicas podem ser aplicadas tanto no cumprimento de sentença quanto na execução de título extrajudicial, para que não paire qualquer dúvida a esse respeito.³⁶⁶

Afinal, como já tivemos oportunidade de comentar, embora o artigo 139, IV, do CPC, refira-se às medidas para o “cumprimento de ordem judicial”, isso não quer e não pode significar que ficariam elas restritas ao procedimento de cumprimento de sentença. Primeiramente, porque não há razão para a execução de título extrajudicial não merecer a mesma atenção quanto à sua efetividade; em segundo lugar, porque quando o executado descumprir mandado para satisfazer a obrigação ou determinação para apresentar bens penhoráveis, por exemplo, não deixa de ocorrer descumprimento de ordem judicial, o que por si só já justificaria a incidência do dispositivo legal.

Dessa forma, propomos a inclusão de um parágrafo primeiro, ao art. 139 do CPC, passando o atual conteúdo do parágrafo único para o parágrafo segundo, da forma a seguir exposta:

Art. 139.....

Parágrafo primeiro: A adoção das medidas a que se refere o inciso IV, no cumprimento de sentença ou na execução de título extrajudicial, observará o disposto no art. 773.

Parágrafo segundo: A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular. (NR)

Assim, apresentaremos no art. 773 os parâmetros para guiar a aplicação de tais medidas, como se vê a seguir.

³⁶⁶ Conforme anteriormente exposto, sustenta Araken de Assis, em seu Cabimento e adequação dos meios executórios “típicos”, p. 129, que as medidas do art. 139, IV, do CPC, somente seriam aplicáveis ao cumprimento de sentença, posição com a qual não concordamos.

9.3 Proposta de introdução de novo artigo no Livro II, Título I, da Parte Especial do CPC

Como acima afirmamos, entendemos que o artigo 139 do CPC não é a sede adequada para estabelecer requisitos ou parâmetros para adoção das medidas executivas atípicas, por se tratar de dispositivo legal que tem por objetivo relacionar, não exaurientemente, poderes atribuídos ao juiz no processo.

Assim, tratando-se de medidas a serem aplicadas em sede de execução, parece-nos mais adequado tratar do assunto no Livro destinado a regulá-la. Mas, por nos parecer despropositado, em um Código ainda tão novo, valermo-nos da utilização de letras para introdução de novo artigo – o que se via em profusão no CPC revogado, nos seus últimos anos de vigência – pensamos que uma boa solução seria transformar o atual art. 773 em um inciso (IV) do art. 772.

Por consequência, o art. 773 poderia ser dedicado integralmente a regular a adoção das medidas executivas atípicas autorizadas pelo referido art. 139, IV, sem que fosse necessário realizar mudanças na numeração de outros artigos do diploma.

Como decorrência desse ajuste, o art. 772 ganharia um inciso IV, para incorporar o atual conteúdo do art. 773, e passaria a ter o seguinte teor:

Art. 772.....

IV – determinar, de ofício ou a requerimento, as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados, sendo certo que se o juiz receber dados sigilosos para os fins da execução, adotará as medidas necessárias para assegurar a confidencialidade. (NR)

Dessa forma, tendo em conta tudo quanto anteriormente afirmado, em especial as ponderações apresentadas no Capítulo 7.3, retro, sugerimos, para dar mais segurança e previsibilidade à adoção das medidas executivas atípicas, que o artigo 773 receba a seguinte redação:

Art. 773. Na fixação de medida executiva autorizada pelo art. 139, IV, serão respeitadas, cumulativamente, as condições a seguir estabelecidas:

I – a decisão que a fixar deve ser devidamente fundamentada e optar pela medida que, sendo apta a cumprir o seu objetivo, cause o menor prejuízo ao executado;

II – a adoção da medida será precedida de contraditório, que será diferido caso possa comprometer a sua aplicação ou os seus objetivos;

III – as medidas não tipificadas serão aplicadas subsidiariamente, quando as tipificadas se mostrarem inadequadas ou ineficazes;

IV - serão observadas a proporcionalidade e a razoabilidade;

V - as medidas atípicas não serão adotadas se o inadimplemento decorrer da incapacidade de o executado cumprir a obrigação. (NR)

Como já se afirmou, a adoção da disciplina aqui proposta não resolverá todos os problemas que gravitam em torno da adoção das referidas medidas, mas

acreditamos que poderá dar mais segurança e estabelecer algum padrão na aplicação delas.

9.4 Consolidação das alterações propostas

Consolidando as sugestões de alteração do CPC, acima oferecidas, propomos que os artigos referidos passem a ter a redação a seguir proposta, conforme minuta que ora se apresenta:

Minuta

PROJETO DE LEI No (número), DE (ano)

Inclui o parágrafo primeiro, ao art. 139; inclui o inciso IV, ao art. 772, e altera o art. 773, da Lei n. 13.105/2015.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os parágrafos primeiro e segundo, do art. 139, da Lei n. 13.105/2015, passam a vigor com a seguinte redação:

“Art. 139.....

.....

Parágrafo primeiro: A adoção das medidas previstas no inciso IV, no cumprimento de sentença ou na execução de título extrajudicial, observará o disposto no art. 773.

Parágrafo segundo: A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.” (NR)

Art. 2º O art. 772, da Lei n. 13.105/2015, passa a vigor com a seguinte redação:

“Art. 772.....

.....

IV – determinar, de ofício ou a requerimento, as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados, sendo certo que se o juiz receber dados sigilosos para os fins da execução, adotará as medidas necessárias para assegurar a confidencialidade.” (NR)

Art. 3º O art. 773, da Lei n. 13.105/2015, passa a vigor com a seguinte redação:

“Art. 773. Na fixação de medida executiva autorizada pelo art. 139, IV, serão observadas, cumulativamente, as condições a seguir estabelecidas:

I – a decisão que a fixar deve ser devidamente fundamentada e optar pela medida que, sendo apta a cumprir o seu objetivo, cause o menor prejuízo ao executado;

II – a adoção da medida será precedida de contraditório, que será diferido caso possa comprometer a sua aplicação ou os seus objetivos;

III – as medidas não tipificadas serão aplicadas subsidiariamente, quando as tipificadas se mostrarem inadequadas ou ineficazes;

IV – serão observadas a proporcionalidade e a razoabilidade;

V – as medidas não tipificadas não serão adotadas se o inadimplemento decorrer da incapacidade de o executado cumprir a obrigação.” (NR)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 30 (trinta) dias após a data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A alteração legislativa se faz conveniente para proporcionar mais segurança e previsibilidade à adoção das medidas executivas atípicas.

A ampliação da possibilidade de aplicação dessas medidas, passando a alcançar inclusive a execução das obrigações pecuniárias, é reflexo da pretensão de dotar a execução de maior grau de efetividade.

Nota-se, todavia, nesses primeiros anos de vigência da Lei Federal 13.105/2015, incertezas quanto às condições para adoção de tais medidas, mostrando-se relevante definir requisitos a serem observados, proporcionando alguma previsibilidade e segurança aos litigantes. Por consequência, mostra-se

conveniente inserir um novo artigo à Lei 13.105/2015, para que tais parâmetros constem do texto legal.

A opção por não regular o exercício dos poderes executórios para aplicação de medidas atípicas no próprio art. 139 do CPC, deveu-se ao fato de ter este dispositivo legal o objetivo de relacionar, de forma não exauriente, os poderes do juiz no processo. Tratando-se do exercício de poderes na execução, mais adequado promover a disciplina do tema no Livro II da Parte Especial.

Com a intenção de viabilizar essa inclusão, sem provocar diversas alterações na numeração dos artigos da Lei Federal 13.105/2015, o art. 773 é transformado no inciso IV, do art. 772, ficando o art. 773 dedicado à inclusão dos parâmetros propostos.

Para efeito de sistematização e adaptação, é proposto também acréscimo à redação do art. 139, da Lei Federal n. 13.105/2015.

Local ,

Autor ,

10 CONCLUSÕES

Ao longo da presente tese, dedicamo-nos ao estudo do exercício de poderes pelo juiz na execução e à análise das medidas executivas aplicáveis, especialmente daquelas ditas atípicas, de adoção autorizada, entre outros, pelo art. 139, IV, do CPC.

Procuramos desenvolver o tema sob a perspectiva do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e dos seus desdobramentos. Afinal, é ínsito ao referido princípio que não se quer apenas garantir o acesso do jurisdicionado ao Poder Judiciário, mas também que a tutela prestada se revista de efetividade, solucionando o conflito levado à apreciação judicial. E, muitas vezes, de pouco serve o reconhecimento do direito se este, uma vez reconhecido, não for acompanhado da sua efetivação, o que se dá através da via executiva.

A preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional vem gerando, nas últimas décadas, diversas alterações na disciplina do processo civil, ainda que, ao menos em parte, o problema seja de natureza estrutural, que não se resolve com a modificação das leis do processo.

Entre as reformas realizadas na expectativa de se obter um processo civil mais eficiente, merece destaque a tendência de ampliação dos poderes do juiz, o que não é novidade trazida pelo atual diploma, mas movimento que se arrasta pelas últimas décadas. Necessário acrescentar, a propósito, que o incremento de poderes vem, naturalmente, acrescido de mais responsabilidades, exigindo do juiz postura mais comprometida com a efetividade da tutela jurisdicional.

Conforme procuramos expor, acreditamos que a ampliação dos poderes do juiz é saudável para o bom andamento e o sucesso da execução. Afinal, se na execução vai se agir sobre a vontade do executado ou invadir o seu patrimônio, com vistas a promover a satisfação forçada do direito do exequente, importante que o juiz tenha força para atuar com eficiência nessa atividade.

O insucesso da execução se deve, muitas vezes, à conduta adotada pelo executado. Se não há o desejo deste de cumprir espontaneamente a sua obrigação - se não fosse esse o quadro nem existiria a execução - e ele age com o propósito de frustrar os objetivos da execução, o juiz precisa impor a sua força sobre a vontade ou o patrimônio do devedor. Contribuirá menos para alterar a situação de inadimplemento um juiz que não seja dotado de poderes suficientes para combater esse quadro.

Entendemos, por outro lado, que as condições de trabalho oferecidas ao julgador não são, muitas vezes, compatíveis com o eficiente desempenho desses poderes incrementados. Isso, por certo, prejudica a obtenção dos resultados esperados.

Falando em termos mais diretos: se o magistrado é responsável por um grande número de processos, boa parte das vezes acima do que seria razoável, e se o seu trabalho é avaliado principalmente pela quantidade de feitos que encerra, tal como faz o Conselho Nacional de Justiça, não é incentivado a se envolver com o destino da demanda – falando aqui sob a perspectiva da qualidade da tutela jurisdicional prestada, sem qualquer perda de imparcialidade – e exercer os poderes que lhe são atribuídos pelo legislador. Muitas vezes, o exercício desses poderes o empurraria para o caminho mais longo, que pode lhe convir evitar.

Isso se aplica ao exercício dos poderes executórios, mas é também observado em outros campos de atuação do magistrado. Pensemos na instrução probatória, em que o art. 370 do CPC, autoriza que o juiz determine a produção de provas de ofício, caso entenda necessária para formar a sua convicção. Muitas vezes, a necessidade de “produzir” – verbo aqui usado no sentido de proferir sentenças e encerrar feitos – serve como convite para que deixe de exercer tal poder e escolha o caminho mais célere, o de julgar antecipadamente os pedidos ante o não requerimento de provas ou o de resolver a causa através da aplicação da regra de distribuição do ônus probatório. Ao invés de tentar se aproximar da verdade e assim julgar, decide em desfavor daquele que não se desincumbiu do ônus de provar.

Claro que essa não é a regra absoluta, mas o controle realizado com base na quantidade de processos “baixados”, menos preocupado em medir a qualidade dos resultados obtidos, é convite para o caminho mais cômodo, no qual o juiz deixa de exercer os poderes que o diploma lhe atribui. O exercício correto desses poderes exige tempo e um grau de envolvimento com a solução da causa que a sobrecarga de trabalho, a falta de estrutura adequada e a pressão por resultados quantitativos muitas vezes não lhe permite.

Sucedem que julgar muito, mas julgar mal, em nada contribui com a boa prestação da tutela jurisdicional. Da mesma forma, encerrar um grande volume de execuções, mas sem a satisfação do direito reconhecido no título executivo, nada traz de produtivo, mas tão somente gerará a frustração de quem tinha o direito e a expectativa que não foram satisfeitos.

Como vimos, uma das apostas do CPC de 2015, para dotar a execução de maior efetividade, foi ampliar os poderes executórios do juiz e assim permitir que fixe medidas executivas não tipificadas, mesmo na execução de obrigação de prestação pecuniária. Imperioso, assim, debater o alcance dos poderes concedidos pelo art. 139, IV, do CPC para que seja bem utilizado e possa trazer resultados positivos.

É sabido que a frustração dos atos de penhora é, no mais das vezes, o que impede o andamento e frustra os objetivos da execução de prestação pecuniária. Para atacar esse obstáculo ao desenvolvimento da execução, necessário não apenas ampliar os poderes executórios do juiz, mas, igualmente, facilitar o acesso à informação sobre eventual patrimônio do devedor.

Nesse aspecto, imprescindível oferecer ao juiz instrumentos adequados para enfrentar essa dificuldade, com acesso amplo a bancos de dados de bens, de preferência bancos de dados de abrangência nacional, a serem acessados com agilidade e sem burocracia pelos serventuários da justiça.

Também procuramos demonstrar ao longo da tese que a falta de efetividade da execução civil não é prejudicial apenas ao exequente. Além de ser fonte de desprestígio para o Poder Judiciário e afetar a sua capacidade de prestar tutela de forma plena, pode trazer reflexos negativos para a própria economia do país, gerando escassez de crédito, desincentivo ao investimento nacional ou estrangeiro, aumento de custo das atividades econômicas, entre outros efeitos nocivos. O que realça a importância de se combater a “crise da execução”.

De outro lado, demonstramos que o juiz não é o único sujeito do processo que recebe mais poderes no nosso atual diploma. Sem que represente movimento incompatível, as partes também são alçadas à condição de maior protagonismo, podendo ter participação mais ampla na definição das regras e dos rumos do processo.

Ora, quando o Código incentiva a autocomposição, como se lê do art. 3º., e cria momento adequado para que ela seja tentada logo no nascimento do processo (art. 334), está reconhecendo nas partes sujeitos que têm condições de resolver os seus próprios conflitos; quando o diploma expõe a sua grande preocupação com o respeito pleno ao contraditório (arts. 9º e 10, entre outros), quer garantir que as partes possam influenciar a construção da decisão judicial; quando exige que as decisões sejam fundamentadas, em reforço ao que já consta da Constituição Federal, quer permitir que exerçam controle sobre tais decisões e avaliem se as contribuições que

trouxeram aos autos foram consideradas pelo magistrado no momento de decidir; quando autoriza que as partes realizem diversos negócios jurídicos processuais típicos ou atípicos (art. 63, 190, 373, § 3º, 471, do CPC, entre muitos outros), está permitindo que negociem as “regras do jogo”.

Como se afirmou ao longo da tese, não há contradição em se ampliar poderes do juiz e das partes ao mesmo tempo, ainda que, em alguns momentos, o exercício de poderes por um possa limitar o exercício por outro. Basta compatibilizar o exercício de poderes pelos sujeitos do processo. A título exemplificativo, é o que ocorre na hipótese de as partes escolherem de comum acordo o perito judicial, retirando essa faculdade do juiz.

Com essa ampliação de poderes, as partes passam a ter condições mais amplas para regular as medidas a serem adotadas, para moldá-las às necessidades do caso concreto. Tais poderes, por óbvio, podem ser exercidos em favor do bom desenvolvimento da execução.

Há aqui – acreditamos ter demonstrado – um importante ponto de contato entre o tema da aplicação das medidas executivas atípicas e a ampliação dos poderes das partes, permitindo que os arts. 139, IV, e 190, do CPC, trabalhem juntos. Referimo-nos à possibilidade de as partes, com seus poderes ampliados, prestarem contribuição de alta relevância na adoção de tais medidas, tema esse que nos parece ainda pouco explorado pela doutrina.

As partes litigantes, além de influenciarem a adoção das medidas executivas atípicas, pois deverão ser ouvidas previamente à sua adoção – quando isso não der margem à frustração dos seus objetivos – poderão realizar negócios jurídicos processuais a respeito do tema, definindo, permitindo, regulando ou vedando medidas executivas, o que seria de grande valia para o desenvolvimento das atividades executivas.

É evidente que se as partes negociarem sobre as medidas executivas atípicas aplicáveis àquele caso concreto, medidas essas que, em certo sentido, serão tipificadas pelas partes, haverá drástica redução das controvérsias e dos recursos interpostos em face das decisões judiciais que as fixarem. Teremos, nesse aspecto, real e proveitosa colaboração entre os sujeitos do processo, tal como o nosso diploma quer tanto incentivar.

Também demonstramos na nossa tese que a atuação das partes, ou do exequente, tem potencial de se mostrar de alta importância para a aplicação das

medidas executivas de natureza indutiva, através de negócios jurídicos processuais bilaterais ou unilaterais, como pormenorizadamente exposto no item 6.3 retro. Tema que ainda não despertou o interesse da doutrina e que mereceu a nossa análise cuidadosa, por entendermos de grande relevância.

Ora, sabemos que, em diversas passagens, o CPC prevê a incidência de sanções premiais àquele que cumpre voluntariamente a conduta esperada. É assim que se dá, a título exemplificativo, na ação monitória ou na execução, conforme arts. 701, § 1º, e 827, § 1º, respectivamente. Ocorre que, na maior parte das vezes, tais sanções são concedidas à custa do credor ou dos seus patronos, motivo pelo qual não cabe ao juiz criar sanções premiais que não aquelas previstas em lei, oferecendo vantagens em detrimento do direito de outrem.

Todavia, no caso específico da execução, caso uma sanção premial não prevista em lei seja autorizada ou até requerida pelo exequente, parece-nos plenamente possível que o juiz lhe de aplicação. Se o próprio exequente abre mão de parte do seu direito para incentivar o cumprimento da obrigação, não há razão para o juiz fechar os olhos para a oportunidade de solução da execução. Aplicaria, no caso, uma medida indutiva atípica, mas com autorização do exequente.

Nesse sentido, abre-se aqui um caminho interessante para melhorar o índice de efetividade da execução, tal como procuramos apontar em nossa tese. Sem dizer que tanto o exequente, ao requerer ou autorizar, quanto o juiz ao fixar a medida indutiva, estão agindo em pleno espírito de colaboração. Aliás, embora o art. 6º., do CPC, seja concebido sob a perspectiva do processo de conhecimento – inclusive se referindo a “decisão de mérito justa e efetiva” – não há motivo para não se transportar a ideia de cooperação para o processo de execução, com algumas adaptações.

Também nos preocupamos em estabelecer, de forma cuidadosa, os critérios a serem observados pelo magistrado na adoção das medidas executivas atípicas. Se é verdade que a preocupação com a efetividade da tutela é legítima, especialmente com a tutela executiva, não menos certo que o processo não pode ser pensado apenas sob essa perspectiva. Uma série de valores devem ser postos na balança, como já afirmamos. Com esse espírito, analisamos criticamente diversas medidas executivas que vêm sendo aplicadas pelo Judiciário.

Defendemos também em nossa tese a conveniência de se realizar alteração no CPC, com o propósito de fazer constar no texto legal requisitos ou parâmetros para adoção das medidas executivas atípicas.

Sabemos que a doutrina e a jurisprudência devem preencher o conteúdo da norma, interpretando-a e estabelecendo critérios para a sua incidência. Mas acreditamos, não obstante, que o legislador foi excessivamente econômico ao redigir o art. 139, IV, do CPC, e teria evitado parte das polêmicas se tivesse regulado melhor o exercício dos poderes do juiz na fixação de medidas executivas não tipificadas em lei.

Ao oferecer a proposta de alteração legislativa, optamos por não disciplinar o tema no próprio art. 139 do CPC, porque seu objetivo é enumerar poderes exercitáveis pelo juiz. Com objetivo de dar melhor sistematização, optamos por sugerir a inserção de um novo artigo no Livro da Execução, com o propósito de regular tal dispositivo legal citado.

Ao propor a mudança da lei, tomamos especialmente dois cuidados. Em primeiro lugar, não tentamos dar disciplina muito ampla ao tema, porque o excesso de regulamentação poderia justamente ferir a atipicidade que o legislador quis implementar. Em segundo lugar, para evitar a necessidade de renumeração de diversos artigos, ou, pior ainda, a utilização de letras para inserir novos dispositivos legais, adotamos a estratégia de fundir dois artigos já existentes, para, em substituição a um deles, incluir a disciplina proposta.

A isso nos dispusemos por acreditarmos, após toda a análise realizada sobre o art. 139, IV, do CPC, que referido dispositivo legal pode ser instrumento útil para enfrentar a chamada “crise da execução”, apesar de, obviamente, não ser solução para todos os males. Reconhecida a sua utilidade, conveniente encontrar parâmetros para a sua utilização segura, sem timidez e sem excessos. Acreditamos trazer aqui contribuição para isso.

Dessa forma, pensamos ter desenvolvido os quatro alicerces em que se sustenta a nossa tese: a) analisamos criticamente o movimento de ampliação dos poderes do juiz, como técnica para obtenção de um tutela jurisdicional, inclusive executiva, mais eficiente; b) demonstramos que convive com o aumento dos poderes do juiz a ampliação dos poderes das partes litigantes, e procuramos mostrar que esses poderes podem ser exercidos por elas no sentido de contribuir com a fixação das medidas executivas atípicas, tema que nos parece pouco explorado e que muito pode contribuir com a efetividade da execução; c) fixamos critérios para adoção das medidas executivas atípicas, oferecendo análise crítica sobre diversas medidas que vem sendo aplicadas, e, finalmente, d) demonstramos a conveniência de se promover

alteração no CPC de 2015, com o propósito de dar maior segurança e previsibilidade à aplicação do art. 139, IV, do CPC, oferecendo proposta para isso.

E assim termina a nossa tese. Como fruto das considerações apresentadas, propondo texto de projeto de lei que, em nosso sentir, daria tratamento mais adequado à adoção das medidas atípicas na execução.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, p. 51-76, jul. 2016.
- ANDOLINA, Ítalo. Il tempo e il processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 176, p. 259-274, out. 2009.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. v. II.
- ARAÚJO, Fabio Caldas de. Reflexões sobre a flexibilização procedimental. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 3, n. 2, ago. 2018.
- ARAÚJO, Justino Magno. Os poderes do juiz no processo civil moderno (visão crítica). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, p. 94-106, out.-dez. 1983.
- AREDE, Hélder da Silva. *Procedimento extrajudicial pré-executivo (PEPEX) – O mecanismo necessário para a eficácia da ação executiva*. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.26/18059>. Acesso em: 22 out. 2020.
- ARENHART, Sérgio. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? *Revista de Processo*, São Paulo v. 281, p. 141-167, jul. 2018.
- ARENHART, Sérgio. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/30/32>. Acesso em: 22 nov. 2020.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. *Os agravos no CPC de 2015*. 5. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2021.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luis Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

ASSIS, Araken de. O contempt of court *no direito brasileiro*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis(4)%20-%20formatado.pdf). Acesso em 29 out. 2020.

ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 11).

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan.-mar. 1999.

BALEOTTI, Francisco Emilio. Extensão dos poderes do juiz na execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 199, p. 123-136, set. 2011.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1947.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, p. 186-199, jul.-set. 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONICIO, Marcelo José de Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONICIO, Marcelo José de Magalhães. Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no Projeto do Novo CPC brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 190, p. 210-230, dez. 2010.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, p. 139-149, jul. 2017.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CABRAL, Tricia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 275-293, jun. 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. *Revista Diálogos*, Juazeiro do Norte, v. 2, n. 1, p. 84-94, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 22. out. 2020.

CAMBI, Eduardo. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 64, p. 219-259, out.-dez. 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 116-125, 1994. Disponível em <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p116-125>. Acesso em: 28 jul. 2019.

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

CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; DELLORE, Luiz Guilherme Penacchi. Direito a um processo com duração razoável na esfera dos direitos humanos e o Pacto de São José da Costa Rica. In: ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; TEIXEIRA, Carla Noura; ALVIM, Marcia Cristina de Sousa; BARBOSA, Susana Mesquita. *Direitos humanos: perspectivas e reflexões para o Século XXI*. São Paulo: LTr, 2014. p. 229-249.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CARVALHO, Ivan Lira de. *Eficácia e democracia na atividade judicante*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/249/eficacia-e-democracia-na-atividade-judicante>. Acesso em: 25.03.2020.

CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 11).

CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e. Das medidas atípicas nas execuções por quantia certa – a questão agora chegou no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-36-das-medidas-atipicas-nas-execucoes-por-quantia-certa-a-questao-agora-chegou-no-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 19 set. 2020.

CHABAS, François. L'astreinte en droit français. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun. 2011. v. 2. p. 1159-1167.

CHIARLONI, Sergio. Etica, formalismo processuale, abuso del processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 105-117, jan. 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Societa Editrice Foro Italiano, 1930.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COLNAGO, Daniel Rodrigues. Poderes executórios do juiz na efetivação da tutela específica: limites e possibilidade. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA11403.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2021.

CROISSANT, Ernest. *Des Astreintes*. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57839428/f51.item>. Acesso em: 10 nov. 2020.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 700, p. 35-39, fev. 1994.

DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre os poderes deveres do juiz na imposição dos princípios da razoável duração do processo e da moralidade, na relação jurídica formal. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DELLORE, Luiz. Comentários ao artigo 77. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, Parte Geral*. São Paulo: Editora Método, 2016.

DELLORE, Luiz. Breve evolução histórica do direito processual civil brasileiro. In: SOUZA, André Pagani de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi; DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual*

civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. SALVADOR: Editora JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, maio 2017.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 67, jan.-mar. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 81, p. 31-32, jan.-mar. 1996.

DUARTE, Francisco Carlos. Medidas coercitivas civis e efetividade da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 70, p. 214-225, abr.-jun. 1993.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Negócio jurídico processual. In: SOUZA, André Pagani de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi; DELLORE, Luiz. *Teoria geral do processo contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica. *Revista Seqüência*, v. 30, n. 58, p. 23-34, jul. 2009.

FRANÇA, R. Limongi. Da jurisprudência como direito positivo. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 66, p. 201-222, 1971. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66627>. Acesso em: 22 ago. 2020.

GAIO JR., Antonio Pereira. *Execução e desjudicialização*. Modelos, procedimento extrajudicial pré-executivo e o PL n. 6204/2019. Disponível em <https://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/Execucao-e-Desjudicializacao.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentário ao art. 190, do CPC. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de*

2015, Parte Geral. São Paulo: Editora Método, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO_TESE_COMPLETA_PDF.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Convenções processuais atípicas na execução civil*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/30/convencoes-atipicas-execucao-civil>. Acesso em: 22 nov. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, tomo 1, abr.-jun. 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários da CPC de 2015*. São Paulo: Editora Método, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Editora Método, 2017.

GOLDFARB, Ronald. The history of the contempt power. *Washington University Law Quarterly*, v. 1961, n. 1, feb. 1961.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; GADELHA, Marina Motta Benevides. Negócios jurídicos processuais: “libertas quæ sera tamen”. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 153-172, out.-dez. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 219-227, abr. 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Súmula, jurisprudência e precedentes: da distinção à superação*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2021.

JUNOY, Joan Picó I. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Caracterização jurídica da dignidade da

pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 97, p. 107-125, 2002. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 15 out. 2020.

LANDROVE, Juan Carlos; GREUTER, James John. *L'astreinte: une mesure injustement boudée par le Projet de Code de procédure civile?* Disponível em: http://www.landrove.ch/pdf/Astreinte_CPC_2008_Landrove.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

LEONEL, Ricardo de Barros. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 9.

LEONEL, Ricardo de Barros. Considerações introdutórias sobre o direito processual. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONICIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (coord.). *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LIMA, Rafael de Oliveira. A atipicidade dos meios executivos no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 59-78, jul.-dez. 2016.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116, p. 29-39, jul.-ago. 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Comentários ao art. 1º. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni(3)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 14 maio 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 54-74, set. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A função das Cortes Supremas e o Novo CPC*. <https://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>. Acesso em: 19 set. 2020.

MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. *A multa (astreintes) na tutela específica*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São

Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-110131/pt-br.php>. Acesso em: 19 set. 2020.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *O procedimento extrajudicial pré-executivo*. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otavio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELES, Ana Isabel Teixeira. *A evolução da repartição de poderes entre o juiz e o agente de execução*. Disponível em: https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/8153/1/DM_AnaMeireles_MSOL2015.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, p. 231-246, set. 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015: breves reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul.-dez. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 11, set.-nov. 2007. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/questoes_fundam_de_tecn_legis_-_gilmar_mendes.pdf. Acesso em: 15.08.2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 93. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MESQUITA, José Ignacio Botelho. Processo civil e processo incivil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 131, p. 250-257, jan. 2006.

MINAMI, Marcos Youji. Uma justificativa às medidas executivas atípicas: da vedação ao *non factibile*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 288/2019, p. 181-208, fev. 2019.

MINAMI, Marcos Youji; NOGUEIRA, Natália Viana; MOREIRA, Orquídea Sampaio. Uma análise das decisões dos tribunais brasileiros acerca da atipicidade dos meios executivos à luz do art. 139, IV, do CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 281, p. 593-622, jul. 2018.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 35, n. 126, p. 47-52, maio 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, n. 62, p. 173-189, nov. 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do NCP. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 265, p. 107-150, mar. 2017.

NOBLAT, Francis; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. De “poder do juiz” a “convenção das partes”: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. XIII, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/10783/9332>. Acesso em: 15 out. 2020.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Gestão da execução por meio de negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 286, p. 325-342, dez. 2018.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 146, p. 321-331, abr. 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade de tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 836, p. 11-33, jun. 2005.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Comentário ao art. 2º. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, Parte Geral*. São Paulo: Editora Método, 2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O poder geral de coerção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA, Manuel Coutinho; WEMANS, Lara. *Quanto tempo demora a execução de uma dívida no sistema judicial português?* Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324899384_Quanto_tempo_demora_a_execucao_de_uma_divida_no_sistema_judicial_portugues. Acesso em: 20.11.2020.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 23, p. 363-390, jan.-mar. 2004.

PINHEIRO Armando Castelar; CABRAL, Célia. *Mercado de crédito no Brasil: o papel do Judiciário e de outras instituições*. Rio de Janeiro, 1998. Ensaios BNDES 9. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/11925/1/Mercado%20de%20Cr%203%a9dito%20no%20Brasil_o%20Papel%20do%20Judici%20c3%a1rio_P_BD.pdf. Acesso em: 12.01.2021.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

PUOLI, José Carlos Baptista. Poderes de efetivação e a inconstitucionalidade da parte final do artigo 139 do CPC de 2015. In: AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; DELLORE, Luiz; BUENO, Júlio César; OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de (org.). *Direito processual civil contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Walter Piva Rodrigues*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

PUOLI, José Carlos Baptista. Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado dos princípios constitucionais do processo. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONICIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (coord.). *Direito processual constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PUOLI, José Carlos Baptista. Motivação das decisões judiciais: uma análise crítica do § 1º do artigo 489 do CPC. In: SICA, Heitor Vitor Mendonça; YARSHELL, Flavio Luiz; BEDAQUE; Jose Roberto dos Santos. *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Negócio jurídico processual: use com moderação*. No prelo.

PUOLI, José Carlos Baptista; BONICIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (coord.). *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. RAGONE, J. Pérez; PRADILHO, Juan Carlos Ortiz. *Código procesal civil alemán (ZPO)*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305227134_Codigo_Procesal_Civil_Alema_n_Traduccion_al_espanol_con_Estudios_Introductorios. Acesso em: 20 nov. 2020.

RODOVALHO, Thiago. O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC, art. 139, inc. IV (atipicidade dos meios executivos). In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 2 – continuação). *Revista de Processo*, v. 245, p. 151-222, jul. 2015.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 275, p. 89-117, jan. 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV do CPC/2015? In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. Comentários ao art. 805 do CPC. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Editora Método, 2017.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Uma abordagem diferenciada acerca da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 146, p. 32-48, abr. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 1º., III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SICA, Heitor Victor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

TÁCITO, Caio. Princípio da legalidade: ponto e contraponto. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46854>. Acesso em: 02 out. 2020.

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 284, p. 139-184, out. 2018.

TARTUCE, Flávio; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Negócio jurídico processual em contrato de consumo*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/533954493/negocio-juridico-processual-em-contrato-de-consumo>. Acesso em: 14 dez. 2020.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O juiz em face do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 261, jan.-mar. 1978.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>. Acesso em: 10 set. 2020.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – Análise e proposta.

Revista de Processo, São Paulo, v. 190, p. 257-269, dez. 2010.

VENTURI, Elton. *Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais*: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar. Disponível em:

https://www.academia.edu/238082/DA_PRIS%C3%83O_COMO_INSTRUMENTO_COERCITIVO_PARA_O_CUMPRIMENTO_DE_PROVIMENTOS_JUDICIAIS_POR_UMA_RELEITURA_DA_PRIS%C3%83O_CIVIL_POR_INADIMPLEMENTO_DE_DEVER_ALIMENTAR. Acesso em: 22 nov. 2020.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, p. 381-389, maio 2011.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

YARSHELL, Flavio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: NOGUEIRA, Pedro Henrique; CABRAL, Antonio do Passo (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

ZARONI, Bruno Marzullo. Contempt of court, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 121-147, set. 2014.