

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – UFES
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

MARCELO DA ROCHA ROSADO

**A EFICIÊNCIA DOS MEIOS EXECUTIVOS NA TUTELA PROCESSUAL DAS
OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

VITÓRIA

2018

MARCELO DA ROCHA ROSADO

**A EFICIÊNCIA DOS MEIOS EXECUTIVOS NA TUTELA PROCESSUAL DAS
OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na linha de pesquisa “Técnica Processual e Tutela dos Direitos: O Processo como Método de Realização e Efetivação dos Direitos”.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei

VITÓRIA
2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Bibliotecária: Maria Margareth Fernandes – CRB-6 ES-173

Rosado, Marcelo da Rocha, 1980-

R788e A eficiência dos meios executivos na tutela processual das obrigações pecuniárias no Código de Processo Civil de 2015 / Marcelo da Rocha Rosado. – 2018.
382 f.

Orientador: Rodrigo Reis Mazzei.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Direito processual. 2. Tutela. 3. Decisões judiciais. 4. Princípios gerais do direito. 5. Cláusulas (Direito). I. Mazzei, Rodrigo Reis. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

MARCELO DA ROCHA ROSADO

**A EFICIÊNCIA DOS MEIOS EXECUTIVOS NA TUTELA PROCESSUAL DAS
OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na linha de pesquisa “Técnica Processual e Tutela dos Direitos: O Processo como Método de Realização e Efetivação dos Direitos”.

Aprovada em ___ de _____ de 201_.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei (Orientador – PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues (PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr. (PPGDIR/UFES)

**Prof. Dr. Daniel Amorim Assumpção Neves (Membro externo
- FADISP)**

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, sustentáculo inquebrantável de força e de inspiração em todos os momentos de minha vida. Obrigado por iluminar meus passos e me permitir errar, levantar, aprender e evoluir constantemente. Obrigado por deixar a jornada mais amena, colocando pessoas tão especiais a meu lado no círculo familiar, social e profissional.

Dedico um agradecimento especial à minha amada esposa, Monalle, a maior atingida pessoalmente pela minha escolha em cursar o Mestrado, e também a maior motivadora em tantos momentos difíceis nesta empreitada. Obrigado pela presença diária, sempre com amor, compreensão e apoio incondicionais, fazendo deste trabalho fruto de nossas forças em conjunto.

Agradeço à minha família, em especial a meus pais, Moacyr e Esmeralda, que me inspiram pelas lições de vida, que me ensinaram os valores do estudo e do trabalho e que me deram as orientações éticas e morais essenciais para minha formação.

Destacado agradecimento a meu orientador, Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei, cuja paixão pela vida acadêmica e pelo Direito é motivo de incentivo para o estudo desde a graduação. Obrigado pela confiança depositada quanto à consecução deste trabalho, e também pela amizade, apoio e orientação dentro e fora de sala de aula.

Também agradeço a todos os Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, os quais contribuíram de maneira decisiva para o meu aprendizado, especialmente os professores Hermes Zaneti Jr., Marcelo Abelha Rodrigues, Tárek Moysés Moussallem e Tiago Figueiredo Gonçalves, com quem tive maior proximidade e oportunidade para colher lições extremamente valiosas para reflexões sobre o Direito e para meu crescimento acadêmico.

Agradeço à Secretaria do Mestrado, especialmente ao Fernando e à Adriele, pelo zelo e dedicação no trato com os discentes.

Dirijo agradecimento também ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em especial à Corregedoria Regional, por ter permitido que eu pudesse me dedicar exclusivamente a

esta pesquisa pelo período regimental. Ao ensejo, estendo os agradecimentos a todos os colegas de trabalho pela compreensão neste período de ausência.

Agradeço aos servidores da biblioteca da Justiça Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, pela presteza no atendimento e pelo auxílio na busca de muitas obras usadas nesta pesquisa. Aproveito também para agradecer aos servidores do CAJU – Central de Atendimento ao Juiz Federal, pelo profissionalismo e suporte nas pesquisas e obtenção de material jurídico doutrinário de extrema valia para meus estudos.

Por fim, agradeço a meus colegas de Mestrado pela convivência harmoniosa e pelas valorosas discussões nesta jornada de aprendizado, e aos amigos da área jurídica pela constante troca de ideias, em especial aos amigos Marcelo Pacheco Machado e Alexandre Senra, pelo tempo dedicado à leitura deste trabalho e pelas valiosas dicas dadas para aprimoramento do texto.

Modelar uma estátua e dar-lhe vida é belo;
modelar uma inteligência e dar-lhe verdade é
sublime.

Victor Hugo

RESUMO

O objetivo desta dissertação é investigar como se pode alcançar a eficiência dos meios executivos para a tutela processual das obrigações pecuniárias no sistema processual brasileiro, a partir de propostas dogmáticas voltadas à concretização da cláusula geral de efetivação do art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015.

O estudo apresenta propostas de compreensão do modelo de tipicidade e atipicidade dos meios executivos no sistema processual, tomando como premissa a necessidade de se moldar um sistema que não seja apenas completo, mas também eficiente para a tutela dessas obrigações, a partir de interpretações quanto à necessária interação da cláusula geral com as demais normas do sistema, em especial aquelas que veiculam os princípios da eficiência e da menor onerosidade. Entende-se que o modelo idealizado pelo CPC/15 para a tutela processual do crédito é um modelo novo, que igualmente demanda novas formas de pensar, com superação de ideias sedimentadas sob outro contexto, as quais não mais atendem às necessidades reais da tutela executiva das obrigações pecuniárias.

Para o desenvolvimento do tema, são reafirmadas premissas doutrinárias acerca da compreensão do processo de execução à luz da identificação da tutela executiva como direito fundamental, o que é ponto de apoio crucial para as reflexões acerca de como devem ser aplicados os atos executivos e de como devem ser sopesados os interesses em tensão na execução. Expõe-se como deve ser a atuação judicial para construção da solução jurídica eficiente sem que haja sacrifícios à segurança jurídica, considerando o risco inerente a um sistema processual que prestigia a atipicidade dos meios executivos.

Também são identificadas, a partir de estofo teórico acerca das técnicas de que o ordenamento jurídico pode se valer para alcançar seus resultados, quais são as medidas passíveis de adoção para a efetivação da tutela jurisdicional executiva, traçando-se, na sequência, propostas para aplicação eficiente dos meios executivos atípicos, com a análise das controversas posições doutrinárias sobre a concretização da cláusula geral executiva nas execuções de obrigações pecuniárias. Por fim, é feita uma análise crítica de decisões judiciais a respeito do tema, e são expostas as conclusões finais da pesquisa.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to investigate how the efficiency of executive means can be achieved for the protection of pecuniary obligations in the Brazilian procedural system, based on dogmatic proposals aimed at the fulfillment of the general clause of effectiveness of article 139, IV, of the Civil Procedure Code of 2015.

The study presents proposals for understanding the typical and atypical model of executive means in the procedural system, taking as a premise the need to shape a system that is not only complete but also efficient for the protection of these obligations, based on the necessary interaction of the general clause with other legal norms of the system, especially those that convey the principles of efficiency and the lowest onerosity. It is understood that the model devised by the CPC/15 for the protection of credit is a new model, which also demands new ways of thinking, overcoming ideas sedimented under another context, which no longer meet the real needs of the executive protection of pecuniary obligations.

For the development of the theme, doctrinal premises are reaffirmed on the understanding of the execution process based in the identification of executive protection as a fundamental right, which is a crucial point of support for the reflections on how executive acts should be applied and how the interests in tension in the execution must be weighed. It is exposed how should be the judicial action to build the efficient legal solution without sacrificing legal security, considering the inherent risk of a procedural system that contemplate the atypicality of executive means.

It is also possible to identify, from a theoretical framework on the techniques that the legal system can use to achieve its results, which are the measures that can be adopted for the implementation of the executive judicial protection, followed by proposals for implementation efficient analysis of the atypical executive means, with the analysis of the controversial doctrinal positions on the execution of the executive general clause in the execution of pecuniary obligations. Finally, a critical analysis of judicial decisions on the subject is made, and the final conclusions of the research are presented.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art./Arts.	Artigo/Artigos
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNH	Carteira nacional de habilitação
CPC	Código de Processo Civil
CPC/73	Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973
CPC/15	Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FPFC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
HC	Habeas Corpus
IPEA	Instituto de Pesquisas Econômicas Avançadas
LACP	Lei de Ação Civil Pública
REL	Relator
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UFES	Universidade Federal do Espírito Santo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
PARTE I - PRESSUPOSTOS TEÓRICOS.....	23
1. JURISDIÇÃO EXECUTIVA E REALIZAÇÃO PRÁTICA DOS DIREITOS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO.....	23
1.1 NORMAS JURÍDICAS E FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	23
1.2 FUNÇÃO JURISDICIONAL EXECUTIVA, EFETIVAÇÃO PRÁTICA DAS NORMAS JURÍDICAS E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS	27
1.3 EXECUÇÃO, EFETIVAÇÃO E CUMPRIMENTO COMO MANIFESTAÇÃO DA FUNÇÃO EXECUTIVA NO PROCESSO JUDICIAL.....	30
1.4 O PROBLEMA DA INEFETIVIDADE DA ATIVIDADE EXECUTIVA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO: A EXECUÇÃO EM NÚMEROS E SEU IMPACTO NO PODER JUDICIÁRIO NACIONAL.....	34
1.5 REFLEXÕES INICIAIS SOBRE O IMPERATIVO SALTO DE QUALIDADE DO SISTEMA EXECUTIVO: DA ATIPICIDADE À EFICIÊNCIA DOS MEIOS EXECUTIVOS NA TUTELA EXECUTIVA DAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS	44
2. PREMISSAS PARA NOVAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS ACERCA DA TUTELA EXECUTIVA DO CRÉDITO: EM BUSCA DE UM SISTEMA EXECUTIVO EFICIENTE.....	54
2.1 ENQUADRAMENTO DA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS	55
2.1.1 LINHAS ESSENCIAIS SOBRE O CONCEITO E REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	55

2.1.2	A TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	58
2.1.3	A MÁXIMA COINCIDÊNCIA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA	65
2.1.4	TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA	67
2.2	TENDÊNCIA DO SISTEMA EXECUTIVO EM DIREÇÃO À COMPLETUDE, EFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO DOS MEIOS EXECUTIVOS.....	77
2.2.1	COMPLETUDE DO SISTEMA EXECUTIVO PARA A TUTELA DO CRÉDITO.....	79
2.2.2	DA EFETIVIDADE À EFICIÊNCIA DOS MEIOS EXECUTIVOS	82
2.2.2.1	POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA SEARA JURÍDICA.....	82
2.2.2.2	EFICIÊNCIA NA DIMENSÃO JURÍDICA: CONCEITO E DISTINÇÕES.....	85
2.2.2.3	PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL.....	87
2.2.2.4	PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL E OS MEIOS EXECUTIVOS.....	91
2.2.2.5	CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA E ADEQUAÇÃO DOS MEIOS EXECUTIVOS EM PROL DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL	95
2.2.2.6	INVIABILIDADE DE CONTROLE DOS ATOS EXECUTIVOS NEGOCIAIS A PARTIR DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL.....	103
2.3	TUTELA EXECUTIVA DO CRÉDITO E PROTEÇÃO DOS VALORES DO EXEQUENTE E DO EXECUTADO.....	108

2.3.1	INEXISTÊNCIA DE DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE E PROTEÇÃO PATRIMONIAL DO EXECUTADO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	111
2.3.2	PROTEÇÃO DO EXEQUENTE E ADEQUAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA COM BASE NO DIREITO MATERIAL.....	114
2.4	O PAPEL DO JUIZ NA ATUAÇÃO EXECUTIVA DOS DIREITOS.....	119
2.4.1	CRIAÇÃO JUDICIÁRIA DO DIREITO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.....	119
2.4.2	PODERES-DEVERES DE EFETIVAÇÃO DO JUIZ: FUNDAMENTOS E FINALIDADE.....	123
2.4.3	REFLEXOS DO IDEÁRIO LIBERAL NO PLANO PROCESSUAL: PONTOS DE CONTENÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL EXECUTIVA E EVOLUÇÃO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS	128
2.4.4	O PAPEL DO JUIZ NA CONSTRUÇÃO DA SOLUÇÃO JURÍDICA EFICIENTE E ADEQUADA PARA A EFETIVAÇÃO PRÁTICA DOS DIREITOS	137
2.4.5	TIPICIDADE E ATIPICIDADE EXECUTIVA E O RESGUARDO DA SEGURANÇA JURÍDICA	139
	PARTE II - MEIOS EXECUTIVOS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E A TUTELA DO CRÉDITO	148
3.	A CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA DO ART. 139, IV E O SISTEMA DE TUTELA EXECUTIVA DO CRÉDITO NO CPC/15	148
3.1	TÉCNICAS EXECUTIVAS PARA ATUAÇÃO DOS DIREITOS: NOÇÕES ESSENCIAIS	148
3.1.1	FUNÇÕES REPRESSIVA E PROMOCIONAL DO DIREITO E TÉCNICAS DE CONTROLE SOCIAL SEGUNDO NORBERTO BOBBIO.....	149

3.1.2	SANÇÕES JURÍDICAS NEGATIVAS E PREMIAIS	155
3.2	MEIOS EXECUTIVOS NO PROCESSO CIVIL	163
3.3	EXECUÇÃO DIRETA E EXECUÇÃO INDIRETA.....	165
3.4	A CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO DO ART. 139, IV, DO CPC/15 E AS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS	170
3.4.1	CLÁUSULAS GERAIS: CONCEITO, ESTRUTURA, FINALIDADE E APLICAÇÃO	170
3.4.2	O ENUNCIADO DO ART. 139, IV DO CPC/15 COMO CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL VOLTADA À EFICIÊNCIA DOS MEIOS EXECUTIVOS	176
3.4.3	INTERAÇÃO ENTRE A CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA E A CLÁUSULA GERAL DA MENOR ONEROSIDADE PARA FINS DE EFICIÊNCIA EXECUTIVA	180
3.4.3.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE.....	180
3.4.3.2	DIRETRIZES INTERPRETATIVAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE NO CPC/15.....	183
3.4.3.3	DA CLÁUSULA GERAL DA MENOR ONEROSIDADE À CLÁUSULA GERAL DA EFICIÊNCIA EXECUTIVA.....	190
3.4.3.4	APLICAÇÃO PRÁTICA DA CLÁUSULA GERAL DA EFICIÊNCIA EXECUTIVA (MENOR ONEROSIDADE).....	193
3.4.4	TIPICIDADE E ATIPICIDADE DO SISTEMA EXECUTIVO DA TUTELA DAS OBRIGACOES DE PAGAR	201

3.4.5	MEDIDAS DE EFETIVAÇÃO LEGITIMADAS PELA CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA: TÉCNICAS DE SUBSTITUIÇÃO DA VONTADE E TÉCNICAS DE ATUAÇÃO SOBRE A VONTADE DO EXECUTADO	206
3.4.5.1	MEDIDAS SUB-ROGATÓRIAS	210
3.4.5.2	MEDIDAS COERCITIVAS	213
3.4.5.3	MEDIDAS INDUTIVAS	217
3.4.6	DISTINÇÃO ENTRE MEDIDAS EXECUTIVAS E MEDIDAS PUNITIVAS NO PROCESSO	226
4	ANÁLISE CRÍTICA DE ORIENTAÇÕES DOCTRINÁRIAS E PROPOSTAS PARA CONCRETIZAÇÃO DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NA TUTELA PROCESSUAL DO CRÉDITO	233
4.1	CAMPO DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO...	233
4.1.1	ABRANGÊNCIA OBJETIVA.....	235
4.1.1.1	AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO ENTRE ORDEM JUDICIAL E UM PROVIMENTO JUDICIAL ESPECÍFICO	236
4.1.1.2	EFICÁCIA EXECUTIVA ABSTRATA DO TÍTULO EXTRAJUDICIAL 241	
4.1.2	ABRANGÊNCIA SUBJETIVA	245
4.2	ATIPICIDADE EXECUTIVA E LIMITES PRÁTICOS E JURÍDICOS DA EXECUÇÃO	247
4.3	PROIBIÇÃO DE VIÉS PUNITIVO EM DESVIRTUAMENTO DO CARÁTER COERCITIVO: CRITÉRIOS PARA CONTROLE DA FINALIDADE DA MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA	252
4.4	DESNECESSIDADE DE CORRELAÇÃO (REFERIBILIDADE) ENTRE A MEDIDA ATÍPICA E A PRESTAÇÃO DEVIDA	262

4.5 APLICAÇÃO IMEDIATA OU SUBSIDIÁRIA DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS	265
4.6 DESNECESSIDADE DE COGNIÇÃO COMPLETA, EXAURIENTE E DEFINITIVA PARA PERFILHAR A ATIPICIDADE EXECUTIVA	282
4.7 MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS ABRANGIDAS PELA CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA: MEDIDAS PATRIMONIAIS OU PESSOAIS	285
4.8 REPERCUSSÕES DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA COOPERAÇÃO NA APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS.....	290
4.8.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA RELAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA COOPERAÇÃO COM A CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO DO ART. 139, IV, DO CPC/15	290
4.8.2 PERSPECTIVA DO ÓRGÃO JUDICIAL	295
4.8.3 PERSPECTIVA DAS PARTES	299
4.8.4 INATIVIDADE DO EXECUTADO E MEDIDAS DE EFETIVAÇÃO ..	304
4.9 CONTRADITÓRIO E FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA PARA CONFORMAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS.....	309
4.10 APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS DE OFÍCIO OU A PARTIR DE PROVOCAÇÃO DA PARTE.....	315
4.11 ADEQUAÇÃO DOS MEIOS PARA A EFICIÊNCIA NA EXECUÇÃO DE PRETENSÕES PECUNIÁRIAS NO SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO	317
4.11.1 EXECUÇÃO COLETIVA PECUNIÁRIA E SATISFAÇÃO FLUIDA DA CLASSE AFETADA POR DANOS COLETIVOS: SOLUÇÃO EXECUTIVA ATÍPICA ALTERNATIVA AO FUNDO COLETIVO DE REPARAÇÃO	319
4.11.2 MEDIDAS ATÍPICAS PARA A EXECUÇÃO DE PRETENSÕES INDIVIDUAIS NO SISTEMA COLETIVO	329

5 ANÁLISE CASUÍSTICA DE DECISÕES JUDICIAIS A RESPEITO DA CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO DO ART. 139, IV DO CPC/15.....	335
5.1 DEFERIMENTO DE MEDIDAS ATÍPICAS SEM ANÁLISE DE DADOS CONCRETOS REFERENTES À POSTURA OU À SITUAÇÃO FINANCEIRA DO DEVEDOR.....	336
5.2 DEFERIMENTO DE MEDIDAS ATÍPICAS COM BASE EM ELEMENTO INDICATIVO DE CONDIÇÃO FINANCEIRA DO DEVEDOR.....	339
5.3 DEFERIMENTO DE MEDIDAS ATÍPICAS COM FUNDAMENTO NA CONSTATAÇÃO DE BLINDAGEM PATRIMONIAL POR PARTE DO DEVEDOR.....	340
5.4 INDEFERIMENTO DE MEDIDAS ATÍPICAS POR REPUTÁ-LAS INCOMPATÍVEIS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL-PROCESSUAL.....	342
5.5 DEFERIMENTO DAS MEDIDAS ATÍPICAS COM BASE EM ELEMENTO INDICATIVO DE CONDIÇÃO FINANCEIRA E TAMBÉM CONSIDERANDO A POSTURA DE MÁ-FÉ DO EXECUTADO.....	346
5.6 INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS ATÍPICAS POR NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS A JUSTIFICAR A FINALIDADE COERCITIVA.....	348
5.7 DEFERIMENTO DAS MEDIDAS ATÍPICAS CONSIDERANDO-AS MEIOS EXECUTIVOS MENOS GRAVOSOS QUE A PRISÃO CIVIL EM EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.....	350
5.8 DEFERIMENTO DAS MEDIDAS ATÍPICAS CONSIDERANDO A RELEVÂNCIA DO DIREITO EM JOGO.....	352
CONCLUSÕES.....	355
REFERÊNCIAS.....	365

INTRODUÇÃO

A verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o “pronunciamento” da sentença que compõe o litígio – que não passa de uma atividade-meio, apenas instrumental – senão que corresponde à realização do direito material que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização -
Ovídio Baptista¹

A efetivação prática das normas jurídicas é um momento essencial da tutela jurisdicional dos direitos. Nenhuma justiça efetiva se consuma se o processo, como meio instrumental, revelar-se insuficiente para garantir às pessoas envolvidas no litígio a fruição de seus direitos. A execução civil deve estar voltada à prestação integral da tutela jurisdicional executiva, não podendo prescindir, para tanto, de meios de execução adequados, os quais são determinantes quanto ao resultado que o processo pode proporcionar no plano da realidade. O que está em jogo não é apenas a credibilidade da tutela jurisdicional em geral, mas a própria existência prática, não meramente enunciativa, dos direitos.

Contudo, a execução civil no sistema processual brasileiro não tem se prestado adequadamente à sua vocação. Muito além de acusação meramente retórica, trata-se de problema concretamente diagnosticado, com dados numéricos e estatísticos que alimentam pesquisas desenvolvidas por instituições que tem entre seus objetivos o estudo do Poder Judiciário. A despeito da identificação do problema, as soluções para seu enfrentamento não são muito claras ou tranquilas, até porque suas causas são multifacetadas e reverberam muito além de aspectos meramente normativos.

O advento do Código de Processo Civil de 2015 abre oportunidade para novas reflexões acerca da atividade jurisdicional executiva. Evidentemente, não se pode alimentar a ilusão de que uma mudança normativa, isoladamente, servirá de panaceia para resolver o problema da inefetividade da execução civil no Brasil. Entretanto, isso não exime os

¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol 1, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 84.

estudiosos e operadores do processo civil de, ainda que com uma dose moderada de otimismo, buscar extrair da legislação codificada caminhos mais efetivos e eficientes para aprimoramento da tutela jurisdicional. É um compromisso moral que se tem com uma sociedade cada vez mais exigente quanto a resultados eficientes em todos os domínios da convivência humana. Se os estudos dogmáticos contribuírem para melhorar, ainda que minimamente, os desanimadores índices relativos à execução civil, já terá valido a pena.

Embora nos primeiros momentos de vida do então novo Código de Processo Civil não se tenha dado tanta atenção a seu impacto na execução civil, não tardou a doutrina a demonstrar interesse à evidente mudança pela qual passou o sistema executivo para a tutela das obrigações pecuniárias. Isso porque, no capítulo da parte geral destinado a tratar dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz, o CPC/15 trouxe uma norma que confere amplos poderes de efetivação ao órgão jurisdicional, e cujo ponto culminante foi estender à execução dessas espécies de obrigações o que a doutrina tem identificado como a atipicidade dos meios executivos, conforme análise que tem sido feita a respeito do art. 139, IV do texto codificado.

Como será abordado no trabalho, o enunciado normativo em questão está estruturado sob a forma de cláusula geral. A compreensão do alcance dessa cláusula geral, ou seja, o que o órgão jurisdicional pode fazer e como deve fazer na esteira da atividade executiva, tem gerado dissensões tanto na doutrina, quanto na prática forense. Essas divergências, contudo, não representam algo negativo. Bem ao contrário, o debate é salutar para o arejamento das ideias e a para a evolução do pensamento. A humanidade caminha a partir de um movimento dialético, ou seja, é o confronto de ideias que impulsiona o desenvolvimento da sociedade.

A proposta deste trabalho é apresentar contribuições nesta empreitada dialética tão controversa, quanto instigante, pois o tratamento adequado dos problemas teóricos que emergem da cláusula geral executiva pode repercutir em proveito no plano prático. A relevância do estudo desenvolvido repousa na ingente controvérsia, tanto no âmbito doutrinário quanto na prática forense, acerca do modelo executivo formatado pelo CPC/15 em relação às obrigações de pagar

O enfoque do estudo, como corte metodológico, volta-se especificamente para os meios de efetivação relacionados às obrigações de pagar quantia, pois, embora não se possa dizer que as mudanças estruturais do sistema processual não tenham repercutido na execução das demais obrigações, é com relação àquelas que se evidencia uma mudança mais sensível, o que se constata com apoio na premissa de que o sistema abriu a possibilidade do manejo de técnicas processuais atípicas para o desenvolvimento da execução das obrigações pecuniárias, o que já era permitido em relação às obrigações de natureza diversa.

Ainda a respeito do recorte temático, os problemas atinentes à execução a título universal (falência, concordata e insolvência civil) e às situações de superendividamento no consumo não são objeto da pesquisa, pois são questões que repercutem em reflexões que se enveredam por outra via. De igual forma, embora não se ignore o prestígio que o sistema processual confere à autonomia privada, não se pretende fazer um estudo vertical acerca do autorregramento dos meios executivos, o que comportaria uma dissertação à parte. O estudo é voltado à função executiva sob o enfoque dos poderes-deveres do órgão judicial, reconhecendo-se, no entanto, que não cabe ao juiz exercer um papel protagonista e exclusivo na condução da execução, pois a colaboração e participação das partes é essencial para se alcançar um processo equilibrado e eficiente.

Outro ponto de corte essencial é que o trabalho reconhece que a atividade executiva deve respeitar os limites práticos e jurídicos da execução, de forma que o manejo eficiente de meios executivos típicos ou atípicos deve pressupor haver condições materiais para cumprimento da obrigação.

Também não se buscam digressões acerca das distintas eficácias dos pronunciamentos judiciais, para fins de abordar as teorias ternária ou quíntupla das decisões judiciais, pois tal discussão pouco contribuiria para os objetivos deste trabalho.

Com essa delimitação, o estudo adota a ideia de que sistema executivo para a tutela das obrigações pecuniárias passa a seguir uma tendência de completude dos meios executivos, o que significa dizer que todos os meios executivos idôneos, ainda que não previstos expressamente em lei, podem ser usados, sob certos critérios, no processo

judicial, suplantando-se anterior insuficiência do modelo calcado na preordenação de meios executivos típicos ditados pelo legislador.

Ousamos, no entanto, dar um passo além: não basta assegurar a completude para a efetividade das normas jurídicas no plano prático; é preciso pensar a execução sob o ângulo da eficiência dos meios executivos. De maneira sintética, isso quer dizer que o caminho para se chegar ao resultado satisfativo é relevante, pois deve ser o melhor possível, não se podendo contentar com meios executivos que, conquanto possam chegar ao resultado, impliquem em maiores sacrifícios para ambas as partes.

Por esse motivo, empreende-se uma análise dogmática quanto ao diálogo que a cláusula geral de efetivação do art. 139, IV mantém com os princípios da eficiência e da menor onerosidade, encartados nos arts. 8º e 805 do CPC/15. A propósito, o trabalho se orienta pelo raciocínio de que o enunciado que veicula o princípio da menor onerosidade, que também está estruturado sob cláusula geral, merece ser revisto quanto a seu conteúdo normativo, de forma que se procura demonstrar ser possível falar em verdadeira cláusula geral da eficiência executiva.

A linha desenvolvida segue um raciocínio dedutivo. Para tanto, na primeira parte do trabalho, são traçados pressupostos teóricos essenciais para a compreensão da tutela jurisdicional executiva do crédito no processo civil brasileiro.

No capítulo 1, são tecidas considerações quanto à relevância da função executiva para a concretização dos direitos, de modo a ser imperativo que o sistema processual possa dispor de meios executivos adequados e eficientes para se alcançar o resultado prático específico ou equivalente ao determinado pela norma concreta. Aborda-se, também, o problema da inefetividade da jurisdição executiva no Brasil, com análise de dados estatísticos, e são feitas reflexões iniciais acerca do impacto da cláusula geral de efetivação no sistema processual e de como isso representa um salto de qualidade para a tutela processual das obrigações pecuniárias, a partir do rompimento das amarras da tipicidade executiva.

O capítulo 2 trata das perspectivas dogmáticas para que seja trilhado um sistema executivo que possa se adequar em direção à completude e eficiência dos meios

executivos na tutela do crédito. Resgatam-se e reafirmam-se as premissas doutrinárias acerca de como atividade executiva deve ser entendida a partir do enquadramento da tutela jurisdicional executiva como direito fundamental, e como isso repercute em termos práticos, especialmente quanto à regra da proporcionalidade para concretização da tutela executiva. Dedicção especial neste capítulo é concedida à interpretação do princípio da eficiência em integração com a cláusula geral de efetivação, para o fim de adequação dos meios executivos. Mostra-se, ainda, como a execução deve levar em conta os valores e os direitos que tocam a ambos os polos da execução, sobrelevando-se o imperativo de que o crédito não deve ser visto como um fim em si mesmo. Em encerramento da primeira parte, trata-se do papel do juiz na atuação executiva dos direitos, fazendo-se um panorama de como os valores liberais repercutiram na formatação da atividade executiva, com soluções que se mostraram totalmente inadequadas e atualmente superadas com o paradigma constitucional do acesso à jurisdição, sem descuidar que a construção da solução jurídica executiva eficiente pode e deve ser feita com resguardo à segurança jurídica.

Na segunda parte do trabalho, faz-se uma abordagem mais próxima quanto aos meios executivos no sistema processual brasileiro, expondo quais são as técnicas executivas que podem ser utilizadas e quais são as diretrizes que devem orientar na sua aplicação.

Neste viés, no capítulo 3, são inicialmente evidenciadas as técnicas de controle social de que o direito pode se valer para alcançar seus objetivos, registrando-se a posição deste trabalho quanto à importância de distinguir sanções negativas das sanções premiaias. Em seguida, explora-se como a cláusula geral do art. 139, IV deve estar voltada à eficiência dos meios executivos, a partir da interação dessa cláusula com a norma do art. 805 do CPC/15, que traz a cláusula geral da menor onerosidade, ou, como defendemos, da eficiência executiva. A respeito dos meios executivos legitimados pela cláusula geral de efetivação do art. 139, IV, do CPC/15, entende-se pela identificação de três medidas distintas, a saber, as medidas sub-rogatórias, coercitivas e indutivas, expondo-se as características de cada qual.

A propósito das indutivas, trilha-se a controvérsia a respeito do tema, ante a tradicional postura doutrinária de reconhecer apenas medidas sub-rogatórias e coercitivas. Ponto

nevrálgico consiste na afirmação de que medidas indutivas não são sinônimas de medidas que trazem sanções premiaias. As medidas indutivas, em nossa ótica, são mais amplas, e abrangem sanções premiaias e também técnicas de induzimento que encorajam a ação desejada, tornando-a mais fácil ou vantajosa, o que pode ser feito de maneira atípica, com base em meios típicos já previstos no sistema processual.

A despeito da redação do enunciado normativo, o estudo descarta a existência de medidas mandamentais como uma quarta espécie, pois mandamental é uma possível eficácia da decisão. Ao final do capítulo 3, apresentam-se as diferenças entre as medidas processuais executivas e as medidas processuais punitivas.

O capítulo 4 adentra nas divergências doutrinárias a respeito da concretização da atipicidade dos meios executivos na tutela processual do crédito. Traçamos uma análise crítica e firmamos posição a respeito de diversos pontos polêmicos que repercutem na aplicação prática das medidas executivas. Dentre outras questões, apresentamos proposta de como deve ser feito o controle para se evitar um viés punitivo nas medidas coercitivas e defendemos que o sistema processual comporta medidas atípicas de cunho patrimonial ou pessoal, inclusive de maneira imediata, sem necessidade de prévio esgotamento dos meios típicos em certos casos. Refuta-se, portanto, o dogma da subsidiariedade dos meios executivos atípicos, por reputá-lo dissonante com o princípio da eficiência processual. Entende-se que o critério que deve orientar a escolha dos meios executivos é o princípio da eficiência e não a pretensa subsidiariedade dos meios atípicos, o que implica reconhecer que em alguns casos os meios típicos serão mais eficientes, em outros, não.

No capítulo 5, num olhar mais pragmático, são analisadas decisões judiciais a respeito do tema, sob as lentes das considerações tecidas ao longo do trabalho. Embora se entenda que a cláusula geral executiva do art. 139, IV do CPC1/15 tenha um alcance mais amplo, as polêmicas forenses têm se restringido à possibilidade de imposição de medidas coercitivas atípicas concernentes à suspensão da Carteira Nacional de Habilitação – CNH, do passaporte e dos cartões de crédito.

Ao final, são aprestandas as conclusões mais relevantes e pertinentes que podem ser extraídas a partir do estudo desenvolvido.

PARTE I - PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

1. JURISDIÇÃO EXECUTIVA E REALIZAÇÃO PRÁTICA DOS DIREITOS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

1.1 NORMAS JURÍDICAS E FUNÇÃO JURISDICIONAL

A convivência humana em sociedade não prescinde de regras que regulamentem as condutas de seus membros em suas relações intersubjetivas². A vida em sociedade desenvolve-se em um ambiente jurídico permeado de elementos normativos voltados a disciplinar o comportamento humano, inclusive coativamente, a fim de se garantir o bem-estar e progresso dos cidadãos. São funções do Estado, na área jurídica, a de criar as normas jurídicas necessárias a balizar a conduta dos sujeitos de direito e a de assegurar sua observância. Esse conjunto de normas jurídicas válidas em determinado tempo e espaço compõem o ordenamento jurídico.

Após o regular processo de criação estatal, as normas jurídicas formam arquétipos abstratos aptos a incidir sobre os fatos ou atos que a elas se amoldam, produzindo, como efeito dessa incidência, relações jurídicas que congregam direitos subjetivos, deveres jurídicos, pretensões e obrigações, justamente para dirigir a conduta das pessoas naturais e pessoas jurídicas. Com a incidência, a norma abstrata se concretiza, assumindo feição identificável no ordenamento jurídico e formando, assim, a norma jurídica concreta individualizada³.

Num exercício abstrato de decomposição desse elemento que regula a conduta humana, depreende-se que a norma jurídica é uma proposição prescritiva cuja estrutura é

² Conforme o aforismo atribuído ao jurista romano Ulpiano: “*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*”, ou seja, onde está o homem, há sociedade; onde há sociedade, há direito.

³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 21.

composta de antecedente e conseqüente, que se vinculam através de uma relação de imputação⁴. A primeira fração dessa estrutura lógica consiste na parte que tem por função descrever situação de possível ocorrência (norma abstrata) ou já ocorrida (norma concreta) no mundo dos fatos. A segunda fração prescreve os efeitos relativos à instauração, modificação ou extinção de relação jurídica entre sujeitos quaisquer (norma geral) ou sujeitos específicos (norma individual).

A previsão abstrata de normas jurídicas, porém, não é suficiente para garantir a harmonia entre os sujeitos de direito. Embora normalmente se espere que a conduta ditada a partir da incidência concreta do preceito normativo abstrato seja atendida espontaneamente, conflitos podem surgir pela indefinição ou incerteza da norma jurídica aplicável, pela negativa da existência do fato ou ato que serve de suporte de incidência da norma, ou simplesmente pela recusa ou impossibilidade de atender ao quanto prescrito pela norma identificada em concreto. Nas duas primeiras situações, há uma crise de identificação da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação conflituosa, e, na segunda, há uma crise de efetivação prática da dessa norma⁵ ou crise de cooperação⁶.

É imperioso reconhecer que o ordenamento jurídico não seria completo se não contivesse em si próprio o aparelhamento destinado a obter a obediência a seus preceitos, com a identificação e atuação práticas das normas⁷. O sistema jurídico flertaria com a ineficiência e possível inutilidade caso se limitasse a impor preceitos

⁴ O conceito de norma, embora seja um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, não é tema que encerra definição unívoca, haja vista a variedade de sentidos com que o termo pode ser empregado. Daí a afirmação de ALEXY de que não é de se surpreender que a discussão acerca do conceito de norma não tenha fim, pois sua definição depende de decisões sobre o objeto e recorte metodológico em cada análise (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, p. 52). Portanto, há de se adotar um modelo teórico que sirva de base para as análises a serem desenvolvidas. No caso, e partindo da distinção teórica entre texto e norma, sendo esta o produto da interpretação daquele, adota-se, com TÁREK MOUSSALLEM, o conceito de norma como a significação extraída da interpretação dos enunciados prescritivos abstratos ou concretos do direito positivo, que, apresentando uma estrutura logicamente composta de um antecedente (hipótese) e de um conseqüente (tese), forma uma unidade portadora de valência deontica voltada a regulamentar, como permitida, proibida ou obrigatória, a conduta humana (MOUSSALLEM, Tárék Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 84-86).

⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. Op. cit., p. 22.

⁶ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 133.

⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Bestbook, 2001, p. 14.

cujo cumprimento dependesse unicamente da boa vontade do sujeito destinatário da norma. É imprescindível que as normas jurídicas sejam dotadas de eficácia que permita sua efetivação prática com ou sem o comportamento espontâneo do sujeito passivo. Essa possibilidade de impor a atuação prática das normas é ponto de relevo que distingue um sistema normativo, como é o direito positivo, de um sistema científico, pois neste, quando os fatos desmentem uma lei, a contradição se resolve com a modificação da lei, enquanto naquele, quando a ação não se adéqua à norma, busca-se modificar a ação ou neutralizar seus efeitos, para a devida conformação ao comando normativo⁸.

Dai exsurge, como característica marcante do ordenamento jurídico, o seu potencial coercitivo, o que implica na existência de mecanismos que visam assegurar coativamente o cumprimento das normas jurídicas. Por isso, e como corolário do potencial do sistema jurídico de atuar coativamente, é possível reconhecer que a norma jurídica envolve dois enunciados distintos, um referente à prestação, outro à sanção⁹.

As sanções jurídicas, de maneira geral, cumprem uma dupla finalidade, pois, num primeiro momento, orientam as pessoas, por influência psicológica positiva ou negativa, a cumprir espontaneamente suas obrigações e deveres, e, num momento subsequente, voltam-se a restabelecer o equilíbrio perturbado por um comportamento não desejado,

⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria general del derecho*. Trad. de Jorge Guerrero R., 2. ed. Bogotá: Temis, 1992, p. 105.

⁹ O primeiro enunciado consiste na norma primária ou endonorma, e dispõe sobre a conduta a ser prestada pelo sujeito passivo em face do sujeito ativo ante a ocorrência de determinado fato. O segundo é a norma secundária ou perinorma, e diz respeito às consequências jurídicas aplicáveis pelo Estado (sanção) em razão da adoção de determinado comportamento, comissivo ou omissivo, em cotejo com a endonorma. Esses dois enunciados se encontram enlaçados, formando um juízo hipotético que pode ser assim delineado: dada a ocorrência de um fato individualizado, deve ocorrer a prestação do sujeito passivo em favor do sujeito ativo, e, não ocorrendo a prestação, deve ocorrer a sanção executiva por parte do Estado (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. *Op. cit.*, p. 29-30). Dai porque autores como LOURIVAL VILANOVA consideram que a norma jurídica completa é dúplice, sendo necessariamente formada pelas normas primária e secundária, pois sem esta, aquela fica desprovida de juridicidade, enquanto que, na falta da primeira, a norma secundária se reduz a meio sem suporte finalístico (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1985, p. 137). Sobre o arranjo intrínseco à norma jurídica, assim explica MARCELO ABELHA: "A perinorma, antes de descumprida a endonorma, serve apenas como advertência de que ela incidirá caso a norma primária não seja cumprida. Contudo, depois que a norma primária é descumprida, a sanção (ou perinorma ou norma secundária) já não mais atua na função coercitiva ou inibitória, ela simplesmente incide, ou seja, pode e deve ser implementada pelo sujeito ativo contra o sujeito passivo da relação jurídica que dela decorre (da norma secundária)." (ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 86).

impondo-se outras medidas que representem uma compensação jurídica da transgressão ou a consecução do resultado prático que não foi atendido.

Para atender às demandas decorrentes das crises de definição e de cumprimento das normas jurídicas, o Estado desempenha a função jurisdicional, que é exercida por órgãos jurisdicionais aos quais o sistema normativo constitucional atribui competências para, partindo do conjunto de normas jurídicas abstratas do ordenamento jurídico, formular ou identificar as normas jurídicas concretas, visando a entrega da tutela jurisdicional.

Nessa esteira, conforme preconiza a Constituição da República, incumbe ao Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito que lhe seja submetido (art. 5º, XXXV). Na verdade, modernamente, e por força do próprio sistema constitucional, insere-se na função jurisdicional o dever de tutela do ordenamento jurídico como um todo, o que também pode se dar independentemente da consideração de um específico fenômeno de incidência em um conflito individual ou coletivo, mas a partir de uma atuação objetiva e abstratamente considerada acerca da legitimidade das leis e demais atos normativos (jurisdição constitucional).

A jurisdição, assim, é a atividade estatal destinada à identificação e imposição do Direito, decidindo acerca dos conflitos de interesses individuais ou coletivos e realizando atos tendentes à satisfação de direitos¹⁰, ou, mesmo, decidindo acerca da tutela abstrata do ordenamento jurídico. O método específico pelo qual a jurisdição atua para a solução desses conflitos e para a tutela do ordenamento é o processo, que é regulado pelo legislador, sob influência dos parâmetros constitucionais, através de um conjunto de normas abstratas que constitui a técnica processual¹¹.

¹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. 5. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 27-28.

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50.

1.2 FUNÇÃO JURISDICIONAL EXECUTIVA, EFETIVAÇÃO PRÁTICA DAS NORMAS JURÍDICAS E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS

Vimos que a função jurisdicional ou jurisdição é a atividade estatal destinada a tutelar os direitos nas situações concretas e a assegurar a própria higidez do ordenamento jurídico abstratamente considerado.

Num enfoque específico à sua vocação clássica de dirimir crises que se assentam em conflitos concretos, é possível distinguir duas atividades da função jurisdicional: i) a atividade dita cognitiva, destinada a formular juízo a respeito da incidência ou não da norma abstrata, o que passa pela coleta e exame de provas sobre o suporte fático, pela verificação e interpretação da norma a que se ajusta o suporte fático e, por fim, pelo estabelecimento das consequências jurídicas decorrentes da incidência ou pela declaração de que não ocorreu a incidência por falta do suporte fático ou por não enquadramento no preceito normativo invocado; e ii) a atividade executiva, destinada a efetivar, através de atuação no plano fático, o conteúdo da norma concreta identificada em prévia atividade cognitiva ou já reconhecida por outro ato jurídico a que o ordenamento confere força de atuação executiva, dirimindo, assim, crise resultante do descumprimento de uma dever legal ou de uma obrigação.

Essas atividades devem ser identificadas a partir de sua finalidade preponderante, pois, atualmente, não há dúvidas quanto à possibilidade de execução no decorrer da atividade cognitiva, tampouco quanto ao inverso, ou seja, cognição na execução¹².

¹² Tratando da infiltração da execução no processo de conhecimento e do enfraquecimento ou relativização do binômio cognição e execução, admitindo a existência de cognição judicial na execução: MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sergio. *Curso de Processo Civil: Execução*. Vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 54; GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, Vol. I, p. 167; ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925*. Coleção Comentários ao Código de Processo civil, vol. XIV (coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhard, Daniel Mitidiero). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97 e ss; MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. 5. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 302-303. DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. Vol. 5, 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 59-60. Estudo de referência

Nota-se que, no exercício da função jurisdicional, nem sempre a decisão judicial que proclama o direito redundará em solução suficiente para dirimir o conflito submetido ao Poder Judiciário, devendo este ser dotado de meios para proteger e realizar materialmente o direito quando houver necessidade da prática de atos materiais para sua satisfação concreta. Mesma necessidade avulta nos casos em que o direito está previamente reconhecido em título a que a lei confere força executiva. É neste quadrante que se insere a execução, cujo objetivo é oferecer ao titular do direito (credor-exequente), concreta e efetivamente, o benefício consistente na satisfação de seu direito, o que representa a tutela jurisdicional executiva¹³.

Quadra expor, ademais, que, de maneira geral, o enfoque da atividade jurisdicional é voltado para o *resultado final* colimado, que é a definição (atividade cognitiva) ou realização (atividade executiva) da norma jurídica que disciplina determinada relação jurídica em crise. No entanto, é importante salientar que, no desempenho dessa atividade, são praticados atos pelo órgão jurisdicional no processo que também dão origem a outras normas concretas, em um encadeamento lógico cujo desfecho redundará na concreção da norma que irá regular o caso conflituoso, ou na realização prática da norma concreta anteriormente definida caso a pretensão não seja satisfeita.

Dessa assertiva infere-se que, no decorrer do processo, o órgão jurisdicional proclama decisões que podem veicular normas que produzem efeitos e se esgotam em si mesmas, como também normas cuja satisfação depende de um comportamento específico por parte daquele a quem se impõe determinado dever jurídico, isso tanto no contexto da atividade cognitiva, como da executiva. Basta lembrar das variadas decisões sobre questões incidentais que podem ser tomadas no curso do módulo processual cognitivo ou executivo que demandam cumprimento, inclusive para se chegar à tutela final. Assim, tanto as normas ditas intermediárias, porque produzidas no decorrer do arco procedimental, quanto a norma final (que pode ser mais de uma), quando suscetíveis de não cumprimento espontâneo por parte do destinatário, podem ensejar a necessidade de

sobre o tema é a obra baseada na tese de livre-docência de HEITOR SICA: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57-58.

atividade jurisdicional específica voltada a alcançar o resultado prático moldado pela norma.

Apresentado esse contexto, e sabendo-se que as normas jurídicas concretas formuladas ou reveladas no processo podem, por diversas razões, não ser efetivadas no plano fático, com frustração da própria atividade jurisdicional de resolução dos conflitos, pois não há como se considerar realmente tutelado o direito meramente declarado, avulta a relevância da atividade jurisdicional que busca dar concreção prática aos comandos normativos, qual seja, a atividade executiva.

A atividade jurisdicional executiva, em seu papel de concretizar direitos, não diz respeito apenas a situações em que já houve violação ao direito, mas também aos casos em que há ameaça de violação, até por força da cláusula constitucional de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV). Para tanto, tal função jurisdicional deve dispor de meios executivos hábeis e adequados à realização material do direito atual ou potencialmente violado. Nessa ordem de ideias, infere-se que a atividade jurisdicional (a) realiza-se não só com o propósito de ver restaurado um direito violado, como também de impedir a ocorrência da violação; (b) compreende não apenas o resultado final almejado, consistente na realização material do direito, como também os meios tendentes à sua obtenção¹⁴.

Em síntese às colocações desenvolvidas a partir do item anterior, pode-se dizer que a convivência em sociedade não prescinde de normas jurídicas que balizem a conduta de seus membros. Embora se espere que cada um cumpra adequadamente seu papel, conforme os direitos e deveres que as normas inserem na esfera jurídica de cada qual, a possibilidade de não cumprimento espontâneo das normas é vicissitude inerente à condição humana, a qual, em termos práticos, e conforme o grau de desenvolvimento e maturidade de cada sociedade, repercute em maior ou menor constatação de desconformidade dos comportamentos intersubjetivos (atos ou omissões) em face do ordenamento jurídico, o que pode persistir mesmo após a revelação ou formulação da

¹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 31-32.

norma jurídica concreta por autoridade estatal em processo judicial que trate de um conflito específico.

Essa desconformidade atual ou potencial da realidade fática com o comando da norma reconhecida judicialmente pode redundar em frustração da própria atividade jurisdicional de resolução dos conflitos, daí a relevância da atividade executiva em sua vocação de concretizar direitos através de meios executivos adequados e eficientes a obter, com ou sem concurso da vontade do sujeito passivo, o resultado prático específico ou equivalente ao determinado pela norma concreta.

1.3 EXECUÇÃO, EFETIVAÇÃO E CUMPRIMENTO COMO MANIFESTAÇÃO DA FUNÇÃO EXECUTIVA NO PROCESSO JUDICIAL

Recordando que a função jurisdicional executiva tem por finalidade o desenvolvimento de atividades práticas tendentes à produção da situação de fato determinada pela norma jurídica certificada em título executivo judicial ou extrajudicial, vale expor uma visão panorâmica da estruturação adotada no Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15.

Nesta linha, ao disciplinar o sistema executivo, constata-se que o CPC/15 estabeleceu procedimentos atinentes ao cumprimento de sentença (Parte Especial, Livro I, Título II), que tratam do cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa (Capítulo II), do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa (Capítulo III), do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos (Capítulo IV), do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública (Capítulo V), e do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa (Capítulo VI), bem como procedimentos atinentes ao processo de execução de título extrajudicial (Parte Especial, Livro II), que tratam da execução para a entrega de coisa (Título II, Capítulo II), da execução das obrigações de fazer ou de não

fazer (Título II, Capítulo III), da execução por quantia certa (Título II, Capítulo IV), da execução contra a Fazenda Pública (Título II, Capítulo V), e da execução de alimentos (Título II, Capítulo VI). Além disso, em seu art. 1.052, estabeleceu que as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, do CPC/73.

Tendo por base estes procedimentos, constata-se que a tutela jurisdicional executiva pode ser realizada através de um processo autônomo, voltado à atuação da norma concreta encartada em título executivo extrajudicial, ou pela via de uma fase ou módulo executivo do chamado processo sincrético, que também congrega anterior fase cognitiva, voltada à definição da norma concreta. No primeiro caso, o CPC/15 fala em execução, e, no segundo, em cumprimento.

Ainda tratando da realização prática de normas concretas formuladas no decorrer do processo, o CPC/15 também prevê a efetivação de decisões judiciais. O dispositivo legal mais emblemático a esse respeito é o art. 297, que trata da efetivação da tutela provisória, a qual deve seguir as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença. Há, contudo, outras previsões legais acerca da efetivação de decisões judiciais, como o art. 403, parágrafo único, que trata da exibição de documento ou coisa, e o art. 782, § 2º, que trata da efetivação de atos executivos determinados por decisão do juiz.

No propósito de evitar indesejáveis confusões terminológicas, uma premissa importante neste trabalho é estabelecer que *execução*, *efetivação* e *cumprimento* de decisões judiciais referem-se ontologicamente à mesma atividade processual final, no que diz respeito aos atos processuais destinados à obtenção do resultado prático determinado pela norma concreta e necessário à satisfação do direito, conforme explanação a seguir.

Uma sentença transitada em julgado pode conter uma norma concreta da qual se exija certo comportamento por parte do sujeito processual; se não houver cumprimento espontâneo à ordem judicial imanente ao comando da sentença, abre-se espaço a que o órgão judicial adote atos processuais visando a realização prática da sentença. Igualmente, um título executivo extrajudicial abarca uma norma jurídica concreta e, caso o sujeito passivo não se coadune com a ordem de adimplemento subjacente ao ato

judicial de sua convocação ao processo executivo, também será necessário deflagrar atividade processual para contornar o estado de inadimplemento. Da mesma forma pode ocorrer com uma decisão de tutela provisória ou com qualquer outra decisão judicial que exija determinado comportamento do destinatário, a exemplo de uma decisão que determina, em face da parte ou de terceiro, o restabelecimento do estado anterior em caso de atentado, ou a exibição de coisa ou documento.

Em todas essas hipóteses, há uma norma concreta cuja observância é determinada pelo órgão judicial, e que demanda certo comportamento por parte de determinada pessoa, que pode ser um sujeito processual, um terceiro ou mesmo a pessoa física representante de uma pessoa jurídica parte ou não do processo.

É evidente que o procedimento para alcançar o resultado final desejado pode variar conforme as distintas situações processuais peculiares a cada procedimento: são distintos os caminhos processuais para cumprimento de sentença, para execução de título extrajudicial, para efetivação de tutela antecipada ou para efetivação de qualquer outra decisão judicial. O resultado almejado, contudo, é o mesmo, qual seja: a execução, a efetivação ou o cumprimento de uma decisão judicial.

Na verdade, observa-se que o CPC/15 manteve a opção terminológica do CPC/73, valendo-se da expressão “*cumprimento*” para títulos judiciais definitivos e “*execução*” para títulos extrajudiciais. Conforme explica MARCELO ABELHA, como existem distintas espécies de obrigações (pagar quantia, entregar coisa, fazer e não fazer) e diferentes procedimentos executivos considerando o direito tutelado, a opção tem fins didáticos e de organização, porém “*tanto em um quanto em outro caso a tutela prestada é a executiva, qual seja, satisfazer um direito revelado em um título executivo*”¹⁵. Pode-se inserir, ainda, neste mesmo contexto, a expressão *efetivação*, utilizada para se referir à atividade processual referente ao cumprimento da tutela provisória.

A explicação acima é importante para que se compreenda que a atividade de efetivação não é exclusiva do processo de execução ou da fase executiva do processo sincrético, podendo perfeitamente encontrar espaço, ainda que sem carga de preponderância, no

¹⁵ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil. Op. cit.*, p. 211.

decorrer de fase cognitiva, através de tutelas provisórias ou outras decisões judiciais com suporte em atos ou fatos que tenham efeito executivo e reclamem efetivação. Por isso que se afirma que “o vocábulo *efetivação* tem dimensão bastante ampla e inclui todos os modos de dar cumprimento aos provimentos judiciais, inclusive mediante o processo executivo”¹⁶, e que “pode haver execução sem processo de execução, desde que a atividade executória seja complementar da atividade cognitiva ou tão singela que não justifique a instauração de uma relação processual autônoma”¹⁷.

Merece relevo, a propósito, a simbiose¹⁸ decorrente dos mecanismos de válvula que consagram a aplicação mútua das regras encartadas em diferentes Livros do Código: para a *efetivação da tutela provisória*, cuja disciplina se encontra na Parte Geral, aplicável a todo o Código, devem-se observar as normas referentes ao *cumprimento provisório da sentença*, no que couber¹⁹, as quais estão localizadas no Livro I da Parte Especial, que trata do processo de conhecimento e cumprimento de sentença; ao *cumprimento provisório da sentença* aplicam-se, no que couber, as disposições do procedimento de *cumprimento definitivo de sentença* que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa²⁰, as quais também são aplicáveis ao cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer²¹ e de entrega de coisa²², sempre no que couber; em fechamento, as disposições do Livro II da Parte Especial, que versam sobre o *processo de execução*, aplicam-se ao Livro I da

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo*. In: A nova era do processo civil. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 297.

¹⁷ GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. *Op. cit.*, p. 09.

¹⁸ Como anota MARCELO ABELHA, as remissões recíprocas das técnicas executivas revelam-se oportunas para colmatação de lacunas nos diferentes procedimentos: “*Elogia-se que tenha mantido esta simbiose, porque é patente a existência de lacunas processuais tanto em relação ao cumprimento de sentença, quanto em relação ao processo de execução. Apenas a título ilustrativo pode ser mencionada a inexistência de qualquer regra relativa à execução de título executivo extrajudicial de obrigação de não fazer, o que nos soa como supreeendente, pois este era uma conhecida falha do CPC/1973*” (ABELHA, Marcelo. *O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1)*. Revista de Processo, vol. 244/2015, p. 87-150, Jun/2015, versão eletrônica).

¹⁹ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

²⁰ Art. 527. Aplicam-se as disposições deste Capítulo ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

²¹ Art. 536, § 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

²² Art. 538, § 3º Aplicam-se ao procedimento previsto neste artigo, no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

Parte Especial e vice-versa²³. E o art. 771 prevê, ainda, a utilização de *mecanismos executivos* quanto aos *efeitos de atos ou fatos processuais* a que a lei atribuir *força executiva*.

E, de maneira proeminente às regras de cada procedimento, sobreleva-se a *cláusula geral de efetivação* prevista no art. 139, IV, que confere amplos poderes-deveres de efetivação ao juiz, como será abordado ao longo do trabalho.

Pode-se afirmar, assim, que, numa perspectiva lógico-analítica, a atividade jurisdicional executiva é composta por atos predominantemente materiais, no sentido de serem atos voltados à transformação do mundo empírico, de maneira que, abstraindo-se as diversas contingências relativas aos distintos procedimentos (em razão do tipo de obrigação ou do direito material envolvido), os diferentes *nomen iuris* atribuídos a essa mesma atividade, muitas vezes por mera opção legislativa, não são suficientes para permitir a identificação de diferentes tipos de tutela jurisdicional. Enfim, para fins deste trabalho, cumprimento, efetivação ou execução de decisão judicial compreendem o mesmo tipo de atividade processual.

1.4 O PROBLEMA DA INEFETIVIDADE DA ATIVIDADE EXECUTIVA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO: A EXECUÇÃO EM NÚMEROS E SEU IMPACTO NO PODER JUDICIÁRIO NACIONAL

Assentada a importância da atividade jurisdicional executiva para a própria existência prática dos direitos, indagação que vem a lume a partir do seu objetivo é: o sistema processual executivo brasileiro tem proporcionado resultados práticos satisfatórios aos jurisdicionados?

²³ Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.

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 resposta é enfaticamente negativa. A execução, como será demonstrado, é um verdadeiro gargalo no processo. A não efetivação de decisões judiciais que visam concretizar direitos é uma realidade vivamente presenciada na sociedade brasileira, tratando-se de problema cuja existência é reconhecida mesmo por quem não faz de sua profissão a militância no foro. Para a ciência processual, trata-se de verdadeiro desafio identificar as causas e possíveis soluções para tal fenômeno²⁴.

Embora esse fato, em determinados contextos, pudesse até dispensar comprovação, uma vez já estar incutido no senso comum, o rigor da pesquisa científica recomenda a busca de alguns dados concretos que permitam uma identificação mais precisa da realidade relatada, até para se aquilatar o quanto esse fenômeno representa, qualitativa e quantitativamente, um problema prático.

Por outro lado, dada a forma ampla como apresentado o problema – descumprimento de qualquer decisão judicial – é imperioso que uma análise empírica parta de um recorte objetivo, espacial e temporal dessa realidade, passível de servir de amostra relevante para retratar aquele problema.

As situações processuais práticas que podem ensejar a realização de atos executivos em qualquer fase do processo são as mais variadas, bastando que haja o descumprimento de normas jurídicas concretas estabelecidas por decisões judiciais e que seja necessária a deflagração de mecanismos executivos específicos previstos na legislação processual para fazer cumprir a decisão.

Entretanto, o ponto mais sensível do fenômeno reside justamente no não cumprimento de decisões em procedimentos formalmente enquadrados como em fase ou processo de execução, com base seja em título executivo judicial, seja extrajudicial, cuja vocação precípua é a entrega do bem da vida pretendido.

²⁴ Confira-se, a propósito, o seguinte estudo a respeito de causas e propostas legislativas para aprimorar a execução: GRECO, Leonardo. *Execução Civil - entraves e propostas*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11, volume 12, número 1. Jan-Abr/2017, p. 399-445. Também manifestando o problema da crise da função jurisdicional executiva: “*Em toda parte, a função jurisdicional executiva passa por crise gravíssima. Ela compromete a generalizada aspiração por efetividade. Talvez seja o único ponto de consenso, porque, sem pejo de incessante busca, há divergências quanto às causas do fenômeno e suas possíveis soluções legislativas*” (ASSIS, Araken de. *Execução forçada e efetividade do processo*. Direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 1, p. 7-16, 1999).

Não sem razão, essa específica realidade conta com dados estatísticos organizados, justamente porque, em razão de sua relevância, há interesse estratégico em se perquirir seu impacto na sobrecarga da máquina judiciária. Portanto, para demonstrar o fenômeno, tendo como recorte o não cumprimento de decisões judiciais na fase de execução, em anos-bases específicos, no âmbito do Poder Judiciário nacional, é possível valer-nos dos dados coletados e organizados por entidades que estudam o Poder Judiciário.

Atualmente, a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário é o relatório chamado *Justiça em Números*, elaborado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ²⁵ desde sua instalação em 2004. A sua última edição à época desta dissertação é a do ano de 2017, a qual consubstancia o primeiro relatório elaborado sobre ano-base alcançado pela vigência do CPC/15 (no caso, ano-base de 2016). Embora seja prematuro esperar por resultados positivos substanciais com tão pouco tempo de vigência de uma legislação complexa como é um novo código, é válida uma análise comparativa dos números apurados na edição referida do *Justiça em Números* e na edição do ano anterior, de 2016 (ano-base de 2015), esta última elaborada sob augúrios de dias melhores para a prestação jurisdicional com a iminência da vigência da nova codificação.

Nesta esteira, dentre os diversos apontamentos relacionados à atividade jurisdicional que os Relatórios do CNJ apresentam, interessa à presente pesquisa, como já comentado, a parte dedicada à atividade executiva, por representar com maior fidelidade, porém não com exclusividade²⁶, o fenômeno que provoca nossa atenção: a

²⁵ A elaboração de tal relatório insere-se dentre as missões institucionais do CNJ, conforme art. 103-B, VII, § 4º, da CF: “*Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...)VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa*”. Todos os relatórios elaborados desde a criação do Conselho, em 2004, podem ser encontrados no seguinte endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>.

²⁶ A necessidade de efetivação prática de normas jurídicas, no contexto processual, evidencia-se com maior frequência quando se busca satisfazer o interesse da parte que tem o direito retratado em um título executivo. Contudo, há diversas outras situações em que mecanismos de efetivação encontrarão lugar, ainda que a decisão a ser cumprida não guarde relação direta com a satisfação do direito material perseguido no processo. Pense-se, por exemplo, nos casos em que se formulam normas concretas voltadas

ausência de realização prática da norma concreta desvelada no processo, ou seja, a falta de correspondência entre o ser e o dever-ser.

Em tópico identificado como *Gargalos da Execução*, e tratando de maneira global de todo o Poder Judiciário, os relatórios anuais do CNJ destacam as dificuldades para se efetivar empiricamente a tutela jurisdicional, o que redundava em impacto negativo gerado pela fase de execução nos dados de litigiosidade do Poder Judiciário brasileiro, que, conforme apurado anualmente, acumula alto volume processual e alta taxa de congestionamento. O *Justiça em Números* de 2016 frisa, inclusive, que, "*na prática, de pouco adianta envidar esforços para solucionar rapidamente o mérito do conflito se o Poder Judiciário não consegue entregar, de maneira efetiva, a prestação jurisdicional a quem faz jus*"²⁷.

Os esforços a que se referem o relatório em questão não dizem respeito apenas às práticas e estratégias adotadas pelo Poder Judiciário para gerir o volumoso número de processos em estoque e as novas demandas ajuizadas a cada ano (eficiência na gestão administrativa), mas também esforços as iniciativas legislativas de modernização e aperfeiçoamento dos instrumentos processuais colocados à disposição do direito material, bem como o tratamento dos meios executivos de maneira adequada e eficiente pelo juiz e pelas partes²⁸.

à produção de provas que dependa de comportamento de terceiros (comparecimento de testemunhas, entrega de documentos etc). O descumprimento da decisão judicial nesses casos pode ensejar atividade processual para alcançar coativamente o resultado prático almejado. Corrobora essa afirmação a disciplina do art. 380 do CPC/15, citado apenas exemplificativamente. Neste sentido: "*Convém notar, de outra parte, que a necessidade de o juiz intervir na realidade concreta, para obter uma conduta, ou seu resultado equivalente, de uma das partes ou de terceiro, de maneira a adequar, com sua atividade jurisdicional, a realidade concreta a um comando jurídico qualquer, essa necessidade, repita-se, não é exclusiva da execução forçada. Com efeito, essa mesma problemática enfrenta o juiz na efetivação de tutela antecipada, na efetivação de tutela cautelar e mesmo na efetivação de meras ordens judiciais de caráter instrutório, como as que determinam a exibição de documento etc.*" (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 24).

²⁷ BRASIL. *Justiça em Números 2016: ano-base 2015*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 61.

²⁸ Nesse sentido: "*De fato, há pouca utilidade na predisposição de uma variedade de sentenças adequadas às particularidades do direito material se a estas não se vincularem meios executivos igualmente idôneos*" (ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilson. *Reforma e efetividade da execução no novo CPC*. In: DIDIER Jr, Fredie (coord). *Coleção novo CPC doutrina selecionada: execução*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 65).

Prosseguindo na análise, o relatório do Justiça em Números de 2016 noticia que, no final do ano de 2015, constava no Poder Judiciário um acervo de quase 74 milhões de processos pendentes, dentre os quais mais da metade (51,9%) se referiam à *fase de execução*, o que revela o tamanho do desafio que a atividade jurisdicional enfrenta no campo da atividade executiva. Os números do relatório de 2017 não são auspiciosos, revelando um incremento no acervo processual, que passou a totalizar 80 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2016, permanecendo mais da metade com processos em fase de execução (51,1%).

Em números precisos, considerados os casos novos e os processos baixados, os relatórios de 2016 e 2017 apontam, respectivamente, um total de 38.376.483 e 40.684.206 processos pendentes em fase de execução, judicial e extrajudicial, em todas as esferas setoriais do Poder Judiciário, nos anos-bases em questão. Destes processos, apenas uma pequena fração (1.175.089 e 1.412.028, respectivamente) é composta de execuções judiciais criminais (de pena privativa de liberdade e pena não-privativa de liberdade). O restante (37.201.394 e 39.272.178) engloba execuções que seguem as regras do processo civil, das quais a maior parte é composta pelas execuções fiscais (28.937.316 e 30.441.220)²⁹.

²⁹ No quadro geral das execuções, o maior problema, segundo aponta o relatório do Justiça em Números de 2017 do CNJ, é a execução fiscal. Os processos dessa classe apresentam alta taxa de congestionamento, atingindo o patamar de 91%, o que significa dizer que, a cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2016, apenas 9 foram baixados, o que revela a baixíssima eficiência do instrumento processual colocado à disposição da Fazenda Pública. Ainda segundo o relatório, a série histórica dos processos de execução mostra crescimento gradativo na quantidade de casos, ano a ano, desde 2009, o que naturalmente reforça a necessidade de incrementar o número de processos baixados para evitar o crescimento da taxa de congestionamento.

Curiosamente, os dados do Tesouro Nacional indicam que o estoque da dívida pública federal (ou seja, sem incluir a dívida ativa dos Estados e Municípios) encontra-se em patamar superior a 3,3 trilhões de reais em julho de 2017. Evidentemente, toda dívida nasce com o objetivo de ser adimplida, e a função da execução judicial é justamente buscar a consecução de tal objetivo. A dívida fiscal não foge a tal regra, até porque sua cobrança se dá mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º do CTN). Num raciocínio hipotético calcado no quadro utópico de efetiva satisfação da integralidade do estoque da dívida pública federal, poder-se-ia projetar virtual esgotamento dos recursos disponíveis para a atividade produtiva brasileira, o que revela não apenas um contrassenso, já que a atividade fiscal secaria a fonte produtiva da qual depende, como, mais ainda, que há algo muito errado na estruturação dos mecanismos de transferência de riquezas para formação das receitas públicas. Para fins comparativos, os dados do IBGE indicam que o PIB brasileiro, ou seja, a soma, em valores monetários, de todos os bens e serviços finais produzidos no país, foi de pouco mais de 6,2 trilhões de reais em 2016 (Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/contas-nacionais/pib-valores-correntes.html>. Acesso em: março/2018).

Além dos números absolutos do estoque, observa-se ainda que a execução impacta negativamente o índice de taxa de congestionamento do Poder Judiciário³⁰, sobretudo porque, conforme demonstram os relatórios, o quantitativo de processos baixados é sempre menor na fase de execução do que na de conhecimento. Uma taxa de congestionamento elevada na atividade executiva – que atingiu a impressionante marca de 87% no ano-base de 2016 – quer significar que não se consegue dar vazão adequada aos processos executivos, aqui englobados os processos em fase de cumprimento de sentença e os processos de execução extrajudicial – daí falar-se adequadamente em gargalos da execução.

Tratando do impacto negativo da execução sobre o trabalho da Justiça, e com atenção voltada para os números do CNJ relativos a ano-base diverso, BRUNO ZARONI e EDILSON VITORELLI fazem a seguinte análise:

Finalmente, além de haver indícios consistentes de que os processos de execução são caros e, rotineiramente, não atingem o objetivo a que se propõem, as execuções geram efeitos negativos sobre o próprio funcionamento do Judiciário, consumindo recursos que poderiam ser utilizados em outros processos. Em 2013, o CNJ constatou que o índice de congestionamento das execuções (fiscais ou não) na Justiça estadual era de 87,4% e, sozinho, elevava o índice de congestionamento total da Justiça estadual em 12 pontos percentuais. (...)

Os indícios de que as execuções vêm inviabilizando a Justiça se confirmam quando se compara a taxa de congestionamento dos juízes de primeiro grau com a dos tribunais estaduais. O segundo grau de jurisdição, desonerado do processamento de execuções, registrou taxa de congestionamento, em 2013, de apenas 44%, muito inferior aos índices do primeiro grau³¹.

³⁰ A taxa de congestionamento é um indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados), ou seja, revela o percentual de processos iniciados em anos anteriores e que ainda não tiveram soluções, o que é útil ao planejamento estratégico institucional do Poder Judiciário.

Para cálculo deste índice, deve-se apurar a razão percentual entre o número de processos pendentes (saldo residual de processos que não foram baixados até o final do período-base) e o número de processos que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados no período-base).

Para ilustrar, suponha um órgão judicial que tenha 1000 processos pendentes e receba 500 processos novos no período-base considerado. Num exemplo extremo, caso os 1500 processos fossem baixados nesse ano, a taxa de congestionamento seria de zero (estoque zerado). No outro extremo, se nenhum processo fosse baixado, a taxa de congestionamento seria de 100% (1500 processos pendentes representam 100% dos processos que tramitaram no órgão). Se 750 processos fossem baixados, a taxa de congestionamento seria de 50%. Portanto, quanto menor o índice, menor o congestionamento e maior a vazão de processos baixados.

³¹ ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilson. *Reforma e efetividade da execução no novo CPC*. *Op. cit.*, p. 58-59.

Os relatórios do CNJ não chegam a apontar as causas para essa realidade de congestionamento na atividade executiva. O *Justiça em Números* de 2016, com prognóstico mais eivado de otimismo que de discurso racional, chegou a afirmar que “o novo Código de Processo Civil deu um passo na direção da execução mais equilibrada, ao criar a necessidade de dotar o credor de mecanismos ágeis e efetivos de satisfação de seus direitos com a menor onerosidade possível para o devedor”³², o que, na prática, e como demonstram os números da edição seguinte (2017), ainda está longe de se refletir em melhoria significativa na prestação jurisdicional executiva³³.

Noutro enfoque, e a propósito dos dados relativos ao número de processos baixados, é conveniente explicar que, à luz do princípio do desfecho único, o desfecho da função executiva dá-se, de forma típica, quando se prolata sentença reconhecendo a satisfação do direito exequendo, não estando atrelado à solução típica da fase de conhecimento, vinculada à procedência ou improcedência do pedido³⁴. É dizer, a entrega da prestação jurisdicional executiva só se configura com a satisfação efetiva do direito do credor.

³² BRASIL, *Justiça em Números 2016: ano-base 2015*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 61.

³³ Ao tratar da crise do Poder Judiciário, e analisando o número excessivo de processos em tramitação nessa esfera, com base no relatório do CNJ do *Justiça em Números* de ano diverso, MARCELO ABELHA, em tom mais realista, vaticina que “[o] surgimento de um novo Código de Processo Civil no ano de 2015 não será capaz de debelar esse problema”. Referido jurista propugna que a crise da prestação jurisdicional, a partir dos números apresentados pelo CNJ, deveria ser analisada sob um ângulo diverso, conforme indagações que coloca para reflexão: “Sem os 15 maiores litigantes do País, qual seria o número de demandas em curso no Poder Judiciário? Haveria a tal crise? Os 15 maiores litigantes consomem a justiça mais do que qualquer outro litigante, e, por que os custos desse consumo não são por eles internalizados? Por que não desenvolver formas alternativas de solução de conflito para esses 15 maiores litigantes? Por que para esses litigantes interessa que as suas lides desemboquem no Poder Judiciário? Por que para um Banco é melhor ser demandado em juízo? Por que compensa para uma concessionária de telefonia e telecomunicação ser demandada? Por que para o Poder Público é melhor ser réu em juízo do que ter que realizar as políticas públicas e respeitar os direitos fundamentais? A que custo será prestada a tutela jurisdicional aos litigantes eventuais, reconhecidamente hipossuficientes, por intermédio das técnicas individuais de repercussão coletiva, como pretende o novel instituto do nosso NCPC do incidente de resolução de demandas repetitivas? Por que não implementar e robustecer e incentivar a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos por meio de ações coletivas que já existem e se mostram adequadas à proteção dos litigantes eventuais e hipossuficientes? Essas são perguntas sérias, cujas respostas atingem o coração da crise da demora da prestação jurisdicional no nosso país” (ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. Op. cit., p. 30-31).

³⁴ Conforme MARCELO ABELHA, ao tratar desse princípio processual específico da execução civil: “A adoção o princípio do desfecho único significa que a extinção da execução (cumprimento de sentença ou processo autônomo) não está atrelada à tradicional terminologia do “procedente/improcedente”, que caracteriza o processo de conhecimento nos quais existe o julgamento da lide. Em outras palavras, o princípio do desfecho único implica dizer que a função executiva termina de forma típica ou normal quando se prolata uma sentença que reconhece a satisfação do direito exequendo. Assim, a execução

Contudo, o sistema processual prevê a possibilidade de encerramento da atividade jurisdicional executiva por outros motivos, como pela desistência do processo, pela renúncia ao crédito, pela anulação do crédito em defesa heterotópica, e pela prescrição, hipóteses que representam extinção anômala da execução. Dentre estas, avulta a extinção anômala pela prescrição, desfecho bastante comum às execuções que não logrem render resultados práticos, inclusive as execuções de obrigações específicas (de fazer, de não fazer e dar coisa), que podem ser convertidas em obrigações pecuniárias quando impossível a tutela específica ou a obtenção o resultado prático equivalente.

Com essa rápida explicação, cumpre anotar que os relatórios não fazem qualquer discriminação, dentro do número de processos baixados (dado relevante para se apurar a taxa de congestionamento), entre processos que foram extintos por adimplemento da obrigação, e processos que foram extintos por outro motivo, ou seja, de forma anômala.

Isso significa que o número de processos executivos baixados não quer absolutamente dizer que nesses foram alcançadas soluções satisfatórias para o titular do direito, pois a execução pode ter sido frustrada ou infrutífera, sendo extinta por prescrição.

Em convergência com essa ilação, vale trazer à baila alguns dados do Instituto de Pesquisas Econômicas Avançadas – IPEA, lançados em relatório sobre o custo das execuções fiscais federais, dos quais se depreende, dentre outras inferências, que, no universo analisado (execuções fiscais da Justiça Federal), mais de um quarto das execuções são extintas de forma anômala por prescrição, por conseguinte sem a satisfação do credor:

O processamento da execução fiscal é um ritual ao qual poucas ações sobrevivem. Apenas três quintos dos processos de execução fiscal vencem a etapa de citação (sendo que em 36,9% dos casos não há citação válida, e em 43,5% o devedor não é encontrado). Destes, a penhora de bens ocorre em apenas um quarto dos casos (ou seja, 15% do total), mas somente uma sexta parte das penhoras resulta em leilão. Contudo, dos 2,6% do total de processos que chega a leilão, em apenas 0,2% o resultado satisfaz o crédito. A

civil poderá ser frutífera ou infrutífera, mas não procedente ou improcedente” (ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. Op. cit., p. 58-59). DANIEL NEVES, ao tratar do princípio em questão, afirma que o processo de execução se desenvolve com o único objetivo de satisfazer o direito do exequente, mas há possibilidade, em certos casos, de o executado apresentar defesa de mérito incidentalmente, realidade que coloca em crise o princípio analisado (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único, 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1065-1066).

adjudicação extingue a ação em 0,3% dos casos. A defesa é pouco utilizada e é baixo seu acolhimento: a objeção de preexecutividade ocorre em 4,4% dos casos e os embargos à execução em 6,4%, sendo seu índice de acolhimento, respectivamente, de 7,4% e 20,2%. Observe-se que, do total de processos da amostra deste estudo, a procedência destes mecanismos de defesa foi reconhecida em apenas 1,3% dos casos.

O resultado das ações de execução fiscal é geralmente extremo: o pagamento (em 33,9% dos casos, no geral, e em 45%, se há citação pessoal) ou a prescrição (27,7%) e o cancelamento da dívida (17%). A arrecadação é, em média, de R\$ 9.960,48, com grande variação se movida pela PGFN (R\$ 36.057,25) ou pelos conselhos (R\$ 1.228,16)³⁵.

A análise e a conclusão anteriormente transcritas, embora partam de um recorte às execuções fiscais na Justiça Federal, servem de amostra para demonstrar que é baixa a satisfação dos credores na via executiva, o que confirma a constatação de que a atividade executiva não apresenta a efetividade que dela se espera.

Os dados acima cotejados mostram o quão grave e complexo é o problema da realização da atividade executiva no Poder Judiciário. Não se trata, é bom dizer, de problema que assola unicamente o sistema jurídico brasileiro. Em maior ou menor grau, a crise da execução também pode ser verificada no direito comparado, tendo motivado reformas em muitos países, no propósito de tentar aprimorar os respectivos sistemas de execução³⁶.

³⁵ BRASIL. Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011, p. 33. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/887/1/livro_custounitario.pdf. Acesso em: março/2018.

³⁶ O fenômeno, com maior ou menor intensidade, ocorre também alhures, a gerar constantes demandas por modernização do arcabouço normativo processual. Nesse sentido, e com enfoque à ineficiência da execução, assim pontua ALEXANDRE CÂMARA: “*O fenômeno de que aqui se trata agora, de ineficiência da execução, não é regional ou nacional. Trata-se, lamentavelmente, de um fenômeno mundial, verdadeiramente globalizado. Prova disso é que, nos últimos anos, vários ordenamentos processuais foram reformados para que se modificasse o sistema de execução civil. Alguns exemplos podem ser mencionados: Espanha em 2000, Rússia em 2002, Portugal em 2003, Itália em 2005, Honduras em 2007, entre muitos outros*” (CÂMARA, Alexandre Freitas. In: ALVIM, Arruda et al (Org.). *Execução Civil e temas afins - Do CPC/197e ao novo CPC - Estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 15). No mesmo sentido é a afirmação categórica de LEONARDO GRECO: “*Não há no Brasil uma reflexão madura sobre a execução, uma reflexão que leve em conta toda a reflexão que se travou e se trava no continente europeu e mesmo no direito anglo-americano, porque a crise da execução não é uma crise exclusivamente brasileira. A crise da execução é uma crise universal*”, mencionando, ainda, referido autor, que Espanha, Inglaterra, França e Portugal reformaram o processo de execução porque estavam insatisfeitos com o modelo anterior (GRECO, Leonardo. *Execução Civil - entraves e propostas*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11, volume 12. número 1. Jan-Abr/2017, p. 399-445). De fato, parece haver tendência

Observa-se que grande parte desse gargalo é formado por execuções de prestações pecuniárias, considerando o peso das execuções fiscais na taxa de congestionamento. Quanto às execuções das demais obrigações, considere-se que a conversão em obrigação pecuniária é o caminho natural quando não se logra obter a tutela específica ou o resultado prático equivalente nas demais espécies de obrigações, o que demonstra a relevância da tutela executiva do crédito para a efetividade do sistema executivo como um todo. Aliás, como já se reconhece há certo tempo, a “*execução por quantia certa, que é a execução mais comum, precisa ser fortalecida*”³⁷.

O quadro exposto nas linhas acima retrata o que podemos chamar, para melhor identificação, de *inefetividade da execução*, expressão que descreve justamente o conglomerado de situações em que a atividade executiva não se revela eficaz para alcançar o resultado por ela pretendido.

Importante frisar, contudo, que o foco de iluminação da expressão não abarca as situações da realidade em que a satisfação do direito esbarra na ausência de condições materiais, pois representam hipóteses em que sequer se pode cogitar de efetividade da execução³⁸. Realmente, um problema é a eventual inadequação dos meios executivos quando se pressupõe haver condições materiais para cumprimento da obrigação, outro é a constatação de limites práticos e jurídicos da atividade executiva, a descortinar providências inexecutáveis, sendo inviável divisar uma ou outra situação a partir dos números acima. Esse tema é tratado com mais profundidade no item que trata da atipicidade executiva e limites práticos e jurídicos da execução (item 4.2).

universal de reforço e recrudescimento dos meios executivos diretos e indiretos, tanto pela generalização das *astreintes*, como por iniciativas legislativas voltadas a ampliar o leque de medidas passíveis de adoção contra os devedores. Nos Estados Unidos, por exemplo, instituiu-se recentemente (final de 2015) a possibilidade de medida de suspensão de passaporte como meio coercitivo direcionado especificamente aos devedores do Fisco, através do ato normativo denominado “Fixing America’s Surface Transportation Act - FAST Act”.

³⁷ GRECO, Leonardo. *A execução e a efetividade do processo*. Revista de Processo, vol. 94/1999, p. 34 – 66, Abr-Jun/1999, versão eletrônica.

³⁸ Num exemplo singelo, um devedor absolutamente carente de recursos financeiros não terá condições de adimplir uma dívida de valor elevado, não havendo nada que o processo possa fazer para remediar essa situação de inadimplemento.

Por outro lado, como tratado no item 2.2.2, uma execução que não seja efetiva, ou seja, que não alcance a efetivação prática do comando normativo, é invariavelmente uma execução ineficiente.

Em conclusão parcial, pode-se dizer que fontes oficiais a respeito do serviço prestado pelo Poder Judiciário, ao descortinarem dados estatísticos sobre o fenômeno da não efetivação de decisões judiciais, confirmam a preconcepção de que a atividade jurisdicional executiva brasileira apresenta baixa efetividade, comprometendo a entrega da prestação jurisdicional e, por conseguinte, a própria satisfação dos jurisdicionados. Sob o prisma do resultado que se espera com a tutela jurisdicional, a execução não tem servido de maneira adequada à sua vocação de realização prática do direito material, mormente considerando o significativo número de execuções que são extintas de forma anômala por prescrição, o que revela um problema de inefetividade e ineficiência da execução civil.

1.5 REFLEXÕES INICIAIS SOBRE O IMPERATIVO SALTO DE QUALIDADE DO SISTEMA EXECUTIVO: DA ATIPICIDADE À EFICIÊNCIA DOS MEIOS EXECUTIVOS NA TUTELA EXECUTIVA DAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS

Nas linhas anteriores, procuramos demonstrar quão sensível e grave é o problema da não entrega da atividade satisfativa no sistema jurisdicional brasileiro, haja vista o gargalo atinente aos processos pendentes em fase de execução. Se o sistema jurídico não tem conseguido atender às aspirações de efetividade na entrega da prestação jurisdicional completa, com a concretização dos direitos reconhecidos pelas decisões judiciais, então o processo não tem servido a contento como instrumento de solução de conflitos³⁹.

³⁹ Efetividade relaciona-se à realização do fim almejado pelo processo, que é a entrega à parte do bem da vida buscado em juízo. Do ponto de vista do jurisdicionado, "[a] simples declaração de direito não

Por outro lado, não se poderia, evidentemente, ter a pretensão de se apresentar uma solução que seja única para modificar essa realidade de inefetividade da execução. A crise da execução é um problema complexo e multifacetado, para o qual contribuem diversos fatores, que vão desde a deficiência estrutural dos órgãos do Poder Judiciário e dos órgãos essenciais à Justiça frente ao volume de serviço (carência de recursos materiais e humanos), até a própria insuficiência ou má aplicação da disciplina normativa⁴⁰.

O arrefecimento da crise, igualmente, demandaria diversas medidas, inclusive com soluções legislativas. No entanto, não é escopo deste trabalho fazer uma análise crítica a respeito da conveniência ou inconveniência de certas regras albergadas na legislação, ou, mesmo, sugerir em que pontos o legislador do CPC/15 poderia ter sido mais ousado no trato da execução para melhor encaminhamento do problema da inefetividade⁴¹.

satisfaz o interessado e, por essa razão, não pode ser considerada prestação da tutela jurisdicional. É, em verdade, uma prestação pela metade, enganosa, incompleta" (PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. *A evolução da tutela executiva da obrigação de pagar quantia certa: do Código de Processo Civil de 1973 ao de 2015*. In: DIDIER Jr, Fredie (coord). Coleção novo CPC doutrina selecionada: execução. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 486).

⁴⁰ Em texto baseado em palestra tratando da crise do processo de execução, LEONARDO GRECO aponta uma série de causas para essa crise, da qual destacamos as seguintes: (i) expansão de processos de execução e excesso de execuções inviáveis, especialmente pela democratização desordenada do acesso ao crédito: o sistema financeiro concede crédito a quem não pode pagar, sabendo que não vai pagar no dia em que dá o crédito, deixando-se a inadimplência ser coberta pela taxa de juros dos que pagam, ou seja, os que pagam, pagam pelos que não pagam e o Judiciário vai ser o cemitério das cobranças inviáveis; (ii) inadequação dos procedimentos executórios: regras que mantêm o juiz da execução prisioneiro dos ritos que o distanciam das partes e da realidade da vida, que passa a impulsionar sem qualquer apetite a execução, conduzindo-a ao sabor dos ventos das provocações impacientes do credor e das costumeiras procrastinações do devedor; (iii) ineficácia das coações processuais: o devedor não colabora com a execução e os meios de pressão que a lei estabelece não são suficientes para intimidá-lo; (iv) novo ambiente econômico e sociológico da sociedade de consumo: o contexto cultural estimula o endividamento das pessoas, e o inadimplemento das obrigações pelo devedor deixou de ser vexatório e reprovável; (v) a progressiva volatilização e dificuldade de localização dos bens: houve mudança no perfil patrimonial das pessoas, antes concentrado em bens de raiz, e agora tendencialmente dirigido a investimentos em títulos e valores facilmente negociáveis, o que dificulta a sua localização pelo credor; ou seja, ser devedor e ocultar os seus bens se tornou muito mais fácil do que era antigamente; (vi) excessiva centralização da execução nas mãos do juiz, inclusive para prática de atos meramente burocráticos; (vii) tolerância exagerada com a procrastinação por parte do devedor; (viii) falta de aparelhamento dos credores para identificar bens dos seus devedores; (ix) exagero nas impenhorabilidades; (x) excesso de títulos executivos extrajudiciais; dentre outras. No texto em questão, o autor também apresenta diversas propostas, de *lege lata*, para minimizar a inefetividade da execução (GRECO, Leonardo. *Execução civil – entaves e propostas*. *Op. cit.*).

⁴¹ A propósito de sugestões de mudanças legislativas para aprimoramento da execução, confira-se abordagem de HERMES ZANETI JR. acerca da tendência contemporânea nos ordenamentos comparados de desformalização, desburocratização e desjudicialização da execução, apontando as vantagens e

O que se quer enfatizar, como forma de contribuir na meta de tornar a execução mais efetiva, é o fator referente à necessidade de se delinear um sistema executivo completo e eficiente para a tutela das diferentes situações de direito material, pois o direito fundamental à tutela jurisdicional, como decorrência da cláusula constitucional de acesso à jurisdição, implica no direito às técnicas processuais idôneas à obtenção da tutela prometida pelo direito material⁴².

Neste viés, é antiga a orientação de que, “[q]uanto maior for a flexibilidade e a riqueza dos meios executivos imaginados pelo legislador, tanto maior será a probabilidade de poder-se fazer a execução em forma específica”⁴³. No entanto, e como será abordado ao longo do trabalho, é inviável cogitar de um sistema executivo completo, eficiente e adequado a partir de soluções específicas traçadas em abstrato pelo legislador. A evolução do processo civil ditada pelas necessidades da sociedade moderna já demonstrou a insuficiência do modelo calcado na preordenação de meios executivos típicos ditados pelo legislador, sendo imperativo, para maior efetividade da tutela executiva, que se permita ao órgão jurisdicional, com a participação dos interessados, complementar a operação de adequação iniciada em abstrato pelo texto normativo, levando em conta as situações concretas que só podem ser observadas em cada caso.

Por isso que o CPC/73, até como decorrência das luzes constitucionais, passou por um itinerário de reformas legislativas visando ao aperfeiçoamento e modernização do seu sistema executivo, o qual, em sua formatação original, dada sua filiação à ideologia das formas liberais burguesas consubstanciadas na pura aplicação da lei ao caso concreto sem maiores margens de movimentação pelo órgão judicial, implicou distanciamento do ideário anglo-saxão de comprometimento com a eficácia prática das decisões judiciais⁴⁴.

desvantagens dos modelos judicial, administrativo e misto (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 77-87).

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: Execução*. Vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 72.

⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução. Op. cit.*, p. 23.

⁴⁴ PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. *A evolução da tutela executiva da obrigação de pagar quantia certa: do Código de Processo Civil de 1973 ao de 2015. Op. cit.*, p. 487. A propósito do tema, OVÍDIO BAPTISTA refere-se "ao fato de haver o direito anglo-americano, como o nosso herdeiro do direito romano, preservado justamente a parcela mais significativa dos poderes atribuídos aos magistrados romanos, enquanto os sistemas modernos derivados do direito romano-canônico, que constituem a generalidade dos ordenamentos da Europa continental, conservam-se fiéis aos esquemas e princípios do

Dentre as modificações implementadas com as reformas sobre o CPC/73 em substancial modificação do seu sistema executivo originário, quadra destacar a ampliação das possibilidades de concretização da tutela executiva a partir do recrudescimento do papel do juiz na criação da solução jurídica para a atuação executiva dos direitos, permitindo-se a adoção das medidas executivas adequadas ao melhor atendimento do caso específico submetido a seu crivo. Isso se tornou possível com a chamada atipicidade das medidas executivas, conforme disciplina prevista nos arts. 461 e 461-A daquele Código, com as modificações trazidas pelas Leis nº 8.952/1994 e Lei nº 10.444/2002, herdando e aprimorando a técnica já trazida no art. 84 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Contudo, a abertura da execução à atipicidade restringiu-se às obrigações de fazer, de não fazer e de dar coisa, permanecendo a tutela das obrigações pecuniárias submetida à tipicidade da execução forçada, o que foi alvo de vigorosas críticas calcadas na inconstitucionalidade da incompletude do sistema executivo no pormenor de obrigações dessa natureza, e na quebra da isonomia em desfavor do credor de prestações pecuniárias⁴⁵.

Daí a oportuna advertência doutrinária acerca da insuficiência de um sistema típico de tutela executiva para a tutela adequada do direito do credor, sob o paradigma constitucional do direito fundamental à tutela executiva:

A caracterização da exigência de um sistema tendencialmente completo de tutela executiva como integrando o conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é também importante para se avaliar e dimensionar, corretamente, as inevitáveis insuficiências de um sistema típico de tutela executiva. Com efeito, a ausência de meios executivos adequados a proporcionar a satisfação integral do direito do credor afeta, diretamente, o direito fundamental à tutela (jurisdicional) devida. Como não se desconhece, a inadequação de meios executivos para tutelar de forma efetiva determinado direito significa, na realidade, em maior ou menor extensão, denegar tutela

processo privado da actio" (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 10).

⁴⁵ Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 373; ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilson. *Reforma e efetividade da execução no novo CPC*. *Op. cit.*, p. 65; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no novo CPC*. In: DIDIER Jr, Fredie (coord). *Coleção novo CPC doutrina selecionada: execução*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: *Juspodivm*, 2016, p. 548.

jurisdicional executiva, o que configura, inquestionavelmente, uma flagrante limitação ao próprio direito fundamental à tutela devida⁴⁶.

Como seria desastroso um retrocesso neste ponto, o sistema de atipicidade executiva albergado no CPC/73 reformado foi prestigiado no CPC/15, haja vista a disciplina parelha veiculada nas cláusulas gerais executivas dos art. 297, art. 380, parágrafo único, art. 400, parágrafo único, art. 403, parágrafo único, art. 497, art. 536, caput e § 1º.

Contudo, inovação bastante instigante do CPC/15 é a inclusão, no capítulo da parte geral destinado a tratar dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz, de uma norma que confere amplos poderes de efetivação ao órgão jurisdicional. Trata-se do inciso IV, do art. 139, que tem a seguinte redação: “*Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - 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*”.

O dispositivo em questão veicula cláusula geral executiva cujo principal mérito consiste na possibilidade de superação das amarras da tipicidade executiva nas obrigações referentes ao pagamento de soma em dinheiro, permitindo-se a adequação dos meios executivos em concreto também para obrigações dessa natureza, dispensando-se, enfim, tratamento isonômico aos credores de diferentes modalidades de obrigações.

Não se quer afirmar que a previsão de meios executivos típicos seja ruim para o sistema processual. Muito ao contrário, as formas executivas típicas podem ser úteis em variadas situações práticas e sua aplicação é mais singela, pois o roteiro já está delineado em lei, a orientar os atos do juiz e das partes⁴⁷. Mas a possibilidade de rompimento à atipicidade executiva é salutar para a eficiência do sistema executivo, como será demonstrado.

⁴⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta. Op. cit.*, p. 57-58.

⁴⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38-39 (Coleção Theotônio Negrão).

Embora não se possa afirmar que o sistema executivo voltado à efetivação das obrigações específicas não mereça uma abordagem dogmática reformulada, considerando os desdobramentos do novo ambiente processual em relação à função executiva⁴⁸, é inegável reconhecer que a novidade de maior impacto consiste justamente na extensão da possibilidade de otimização do procedimento, através de medidas executivas atípicas, para a efetivação da decisão judicial que reconheça o direito ao pagamento de quantia, em verdadeira revolução à tutela jurisdicional das obrigações pecuniárias⁴⁹.

Dessa forma, ao lado das demais cláusulas gerais executivas previstas no CPC/15, a cláusula do art. 139, IV milita em favor da formatação de um sistema de tutela executivo tendencialmente completo e eficiente, capaz de permitir a construção de soluções adequadas para todos os tipos de obrigações.

Ao ensejo, vale destacar dois aspectos de extrema relevância que repercutem exatamente na completude do sistema executivo com essa nova disciplina.

Num primeiro ponto, avulta a importância desse modelo trazido pela cláusula geral executiva do art. 139, IV não apenas para os credores de prestações pecuniárias, mas também para os credores de prestação de fazer, não fazer e de dar coisa. Isso porque, embora o sistema processual priorize para essas obrigações a tutela específica para a satisfação *in natura* ou a obtenção do resultado prático equivalente, adota-se, como critério residual⁵⁰ nos casos de impossibilidade de consecução desses resultados, a providência de conversão da prestação originária em prestação derivada ou subsidiária

⁴⁸ Por isso que afirmações como “[s]em maiores alterações em relação ao CPC/73, os arts. 497 e 536 a 538 do novo CPC permitem que o juiz eleja o provimento e o meio executivo adequados ao caso conflitivo concreto, para a efetivação de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa” (ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilson. *Op. cit.*, p. 66), embora corretas, devem ser lidas com o cuidado. De fato, a partir de uma leitura isolada, não houve maiores alterações em comparação às normas parelhas no CPC/73, mas isso não permite extrair a ilação de que não houve modificação nos poderes executivos do juiz com relação a essas obrigações, a fim de não se perder a sutil potencialização da disciplina normativa à luz do novo ambiente processual inaugurado com o CPC/15, mormente a partir da diretriz normativa de eficiência, encartada no art. 8º.

⁴⁹ Destacando o aspecto revolucionário dessa novidade: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>. Acesso em: março/2018.

⁵⁰ Nesse sentido, “a execução por quantia certa funciona, sempre, como espécie executiva subsidiária das execuções específicas (desapossamento e transformação), nas situações em que estas são convertidas em dinheiro” (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. *Op. cit.*, p. 275).

que seja economicamente equivalente ou que represente compensação pecuniária (art. 499).

Daí se nota o contrassenso de se conferir ao credor de obrigações específicas um sistema de tutela capaz de trilhar meios atípicos, mas não se conferir ao mesmo credor, quando da indesejável situação de conversão da obrigação originária em pecúnia, um procedimento executivo capaz de ser calibrado às peculiaridades do caso concreto. Isso sem olvidar que a tradicional medida coercitiva da multa periódica, muito usada como meio executivo para constranger ao adimplemento de obrigações específicas, pode gerar posterior execução de obrigação pecuniária.

O segundo aspecto reside em que, para a própria efetivação da obrigação pecuniária, é possível que se estabeleçam, através de normas concretas formuladas pelo juiz ao longo do procedimento executivo, deveres instrumentais ou acessórios de fazer, de não fazer e de entregar coisa em face do executado ou de terceiros. Isso se dá porque as próprias medidas sub-rogatórias voltadas à expropriação podem depender do cumprimento de obrigações de tal jaez. Basta recordar dos deveres de fazer, de não fazer e de entregar coisa imponíveis ao executado (art. 774), a terceiros (art. 529, §1º, art. 773, art. 854, dentre outros), ao depositário e ao administrador (art. 159), enfim, a todos aquelas que se veem na contingência de contribuir para o êxito da execução.

A propósito, conquanto a possibilidade de utilização de meios executivos atípicos para assegurar o cumprimento desses deveres instrumentais no contexto da execução por quantia certa já fosse defendida, em caráter de vanguarda, por abalizada doutrina ainda sob a égide do CPC/73⁵¹, fato é que esse entendimento não encontrou significativo eco na prática forense. Atualmente, contudo, o potencial desvelado pela cláusula geral executiva do art. 139, IV deixa estreme de dúvidas a absoluta propriedade da utilização

⁵¹ Neste sentido, e tratando de medida não prevista no procedimento para pagamento de quantia: “De outra parte, é de se reconhecer que a aplicação de uma medida coercitiva como a multa diária pode ser de grande utilidade não exatamente para induzir o devedor a pagar, mas sim para pressioná-lo a realizar outras atividades que contribuam para uma satisfação efetiva do crédito. Assim, por exemplo, a indicação pelo devedor de bens seus, livres e desembaraçados, aptos a garantir o pagamento do crédito ajuizado, assim como a localização desses bens, podem ser obtidas através da multa. Justifica-se a aplicação de medida coercitiva, nessas hipóteses, porque se trata de atividades importantes, cuja pronta realização contribui, significativamente, para a prestação efetiva da tutela executiva” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. Op. cit., p. 187).

de meios executivos atípicos como instrumentos para a medida sub-rogatória no procedimento expropriatório visando à tutela do crédito⁵², sem, evidentemente, descartar a possibilidade do uso de medidas indiretas em substituição à expropriação para forçar o próprio adimplemento, caso assim recomendem as circunstâncias do caso concreto, algo que não era admitido na codificação processual anterior.

Nesta esteira de considerações, pode-se afirmar que “*a estrutura do processo de execução para pagamento de quantia certa já não corresponde ao modelo anterior; [m]udou a estrutura, por ter mudado a sua essência*”⁵³. Trata-se de um modelo novo, que exige novas reflexões calcadas não em leituras isoladas de dispositivos legais do Código, mas em interpretação sistemática que considere os valores constitucionais que repercutem no processo, as normas fundamentais do sistema processual e a viabilização da atipicidade executiva para a tutela das obrigações de pagar, para assim idealizar um modelo processual mais efetivo para assegurar a satisfação dessas obrigações.

Dentre essas normas fundamentais do sistema processual, tema ainda pouco explorado diz respeito ao impacto do princípio da eficiência, previsto na parte final do art. 8º do CPC/15, na função jurisdicional executiva. Como será visto, o conteúdo normativo do princípio da eficiência, agora dimensionado ao âmbito do processo, deve ensejar nova postura acerca da forma de aplicação dos meios executivos típicos e atípicos, pois não é mais possível insistir em soluções executivas que, conquanto cheguem ao resultado satisfativo, não atendem à diretriz da eficiência, tanto do ponto de vista do exequente, quanto do executado. Nesse equilíbrio de forças e interesses opostos na execução, a cláusula de menor onerosidade do art. 805 entra em cena para a mediação do meio executivo mais eficiente, conforme abordado oportunamente.

Assim, a tipicidade e atipicidade executiva não devem ser pensadas apenas sob o ângulo da completude do sistema executivo, mas também da eficiência dos meios executivos. A adequação dos meios executivos para a tutela do crédito deve se voltar à projeção de

⁵² Neste sentido: ABELHA, Marcelo. *O executado cafajeste II: medida coercitiva como instrumento da medida sub-rogatória*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267289,31047-O+executado+cafajeste+II+medida+coercitiva+como+instrumento+da+medida>. Acesso em: março/2018.

⁵³ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925*. Op. cit., p. 131.

um sistema executivo tendencialmente eficiente, o que logicamente já embute a ideia de completude.

É com base na ideia de adequação para a eficiência que resulta o interesse e a relevância de colocar o sistema executivo para a tutela do crédito no CPC/15 sob as lentes de um estudo dogmático, especialmente para extrair o potencial da norma do art. 139, IV e identificar suas diretrizes e limites de aplicação, o que naturalmente há de ser feito em conjunto com as demais normas que dialogam com a execução.

Em acréscimo à importância da pesquisa científica sobre o tema, destaquem-se ainda a ingente controvérsia que a atipicidade executiva suscita no âmbito doutrinário⁵⁴, como também as polêmicas envolvendo a aplicação da cláusula geral executiva em obrigações de pagar na prática forense⁵⁵. O tratamento adequado dos problemas teóricos que emergem dessa cláusula pode repercutir em proveito no plano prático.

Como ponto de partida para impulso da análise a ser empreendida, entendemos deva ser refutada uma abordagem meramente contemplativa e conformista quanto à exegética a ser conferida à cláusula geral de efetivação encartada no art. 139, IV, devendo-se buscar paradigmas e diretrizes alinhadas ao perfil constitucional do processo e em sintonia com o sistema processual, a fim de se extraírem fundamentos que permitam delinear a cláusula como um instrumento efetivo e eficiente para a satisfação do credor, com a menor onerosidade ao devedor, sem descuidar do imperioso respeito às garantias fundamentais que formam o devido processo legal.

Aliás, tendo-se em vista que o CPC/15 promoveu verdadeira recodificação do processo civil brasileiro, com reconfiguração e atualização da disciplina normativa de institutos e

⁵⁴ LEONARDO GRECO, em texto já referido, tendo como enfoque as normas parelhas do CPC/73, encartadas nos artigos 461 e 461-A, dirigiu-lhes pesadas críticas, dizendo que aumentariam a insegurança jurídica, haja vista a expansão do espaço para arbítrio judicial, e argumentando que as medidas coativas passíveis de adoção pelo juiz devem ter previsão legal, porque fazem parte do direito sancionador (GRECO, Leonardo. *Execução Civil - entraves e propostas*. *Op. cit.*). Em semelhante linha, e reiterando em texto mais recente sua sedimentada posição contrária à atipicidade dos meios executivos: ASSIS, Araken de. *Cabimento e adequação dos meios executórios "atípicos"*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo. Como será abordado ao longo do trabalho, admite-se, majoritariamente, a atipicidade executiva, havendo, contudo, significativa divergência doutrinária acerca de seus limites e alcance.

⁵⁵ Conforme decisões colhidas sobre o tema, analisadas casuisticamente no capítulo 5.

procedimentos, a responsabilidade que se coloca sobre a doutrina não prescinde da observância da antiga lição de BARBOSA MOREIRA, segundo a qual, quando se está diante de uma nova lei ou um novo código, a interpretação a lhe ser conferida deve estar consentânea com os objetivos da inovação legislativa, sob pena de se laborar uma interpretação retrospectiva⁵⁶, a qual, nas palavras de MARINONI, pode ser sintetizada no "*péssimo vazo de ler o novo na cartilha velha, ou mesmo esvaziar a potencialidade do novo para ficar com a segurança do antigo*".⁵⁷

Com essas considerações, pensamos que a cláusula geral executiva e o princípio da eficiência podem permitir um salto de qualidade na atividade executiva para que a decisão judicial que vise ao pagamento de quantia surta efeitos no mundo dos fatos da melhor maneira possível, devendo-se repensar o alcance dos poderes executivos do juiz à luz dos paradigmas a serem desenvolvidos nos capítulos a seguir.

⁵⁶ "A ação conjugada desses e de outros fatores costuma gerar fenômeno que, apesar de negligenciado em geral pela teoria clássica da hermenêutica, se pode observar com facilidade toda vez que entra em vigor novo Código, ou nova lei de âmbito menos estreito ou de teor mais polêmico. Em tais ocasiões, raramente deixa de manifestar-se, em alguns setores da doutrina e da jurisprudência, certa propensão a interpretar o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo. Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar de retrospectiva: o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O poder judiciário e a efetividade da nova constituição*. Revista Forense, v. 304, 1988, p. 152).

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 82. Aliás, a advertência de DINAMARCO, a propósito das reformas empreendidas no CPC/73 a respeito da execução civil, ainda ressoa atual e pertinente: "*Se a triste e desoladora realidade com que vêm convivendo passivamente os operadores do direito é a de uma execução completamente incapaz de produzir os resultados desejados, é preciso que agora os juízes se disponham a empregar as ferramentas que a lei lhes oferece - porque, como é verdade surrada, de nada vale uma boa lei processual se os juízes a ignorarem ou tiverem medo de impô-la com o objetivo de tornar efetivas suas próprias decisões*". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo*. *Op. cit.*, p. 298-299).

2. **PREMISSAS PARA NOVAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS ACERCA DA TUTELA EXECUTIVA DO CRÉDITO: EM BUSCA DE UM SISTEMA EXECUTIVO EFICIENTE**

O modelo executivo para a tutela do crédito encontra-se intrinsecamente reformulado com o CPC/15. É insuficiente, para tal inferência, sair à cata de mudanças pontuais em regras processuais, com leitura isolada de dispositivos legais do Código. Para a adequada compreensão da estrutura do sistema executivo para pagamento de quantia certa formatado com o CPC/15, em especial para deslindar o alcance dos meios executivos albergados pela cláusula geral de efetivação do art. 139, IV em diálogo com as demais normas do processo, afigura-se oportuno desenvolver algumas ideias em caráter preambular.

Para tanto, é preciso não apenas resgatar e desenvolver o dogma da influência da ordem constitucional sobre o processo de execução à luz da identificação da tutela executiva como direito fundamental, como também assentar a tendência do sistema executivo à completude e eficiência a partir da adequação dos meios executivos, avaliar a tensão entre os valores opostos dos sujeitos em conflito na crise de efetivação prática do direito e compreender qual o papel que se espera do órgão jurisdicional na atuação executiva dos direitos.

Com essa empreitada, será possível assentar premissas teóricas que servirão de base para arejar ideias arraigadas sobre o modelo de execução no processo brasileiro, abandonar soluções formuladas sob o ideário liberal que iluminou o Código anterior e, enfim, trilhar uma firme revisão do paradigma vigente quanto à prática executiva, com a apresentação de propostas interpretativas consentâneas com os valores constitucionais e com as diretrizes do Código atual⁵⁸, e também comprometidas com o que se espera do processo enquanto instrumento para a concretização de direitos numa sociedade que

⁵⁸ Em sentido próximo: “*é preciso repensar o processo de execução e o estímulo ao cumprimento das decisões judiciais a partir das premissas do novo modelo de Estado Democrático Constitucional fundado pela CF/1988*” (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 72-73).

cada vez mais exige eficiência na atuação judiciária.

2.1 ENQUADRAMENTO DA TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS

2.1.1 LINHAS ESSENCIAIS SOBRE O CONCEITO E REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao tratarmos da função jurisdicional executiva no capítulo inaugural, abordamos o resultado proporcionado por essa atividade no plano do fato, que é a tutela jurisdicional executiva. Se pretendemos focar o enquadramento do direito à obtenção da tutela executiva na perspectiva jurídica dos direitos fundamentais⁵⁹, afigura-se útil traçar previamente algumas linhas sobre o conceito e regime jurídico aplicável a essa categoria. Evidentemente, em razão dos limites da pesquisa, não se pretende esgotar um tema tão rico e complexo, o qual enseja variadas considerações teóricas, mas apenas tratar dos aspectos conceituais que mais de perto interessam como premissas para o desenvolvimento deste trabalho, especialmente para identificação das características do regime jurídico afeto aos direitos fundamentais.

Não é tarefa singela estabelecer um conceito unívoco e definitivo para os direitos fundamentais, haja vista as diferentes propostas teóricas que podem ser encontradas na doutrina⁶⁰. Contudo, faz-se necessário estabelecer a perspectiva pela qual o tema será abordado.

⁵⁹ Tarefa empreendida com bastante acuidade na doutrina, com destaque para o trabalho de MARCELO LIMA GUERRA, cujas ideias são perfilhadas neste trabalho (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

⁶⁰ Cf: SARLET, Ingo Wolfgang. *Conceito de direitos e garantias fundamentais*. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: março/2018; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva,

CANOTILHO, ao tratar da questão, perfilha a linha teórica da *positivação*, compreendendo direitos fundamentais enquanto direitos jurídicos positivamente vigentes numa ordem constitucional. Prossegue o constitucionalista português dizendo que a positivação dos direitos considerados *naturais* e *inalienáveis* do indivíduo significa sua efetiva incorporação na ordem jurídica positiva. Além disso, não bastaria qualquer positivação, sendo necessário assinalar a esses direitos o lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, diz o citado professor, "*os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional*"⁶¹.

Seguindo essa esteira, em estudo específico correlacionando a teoria dos direitos fundamentais exatamente com a tutela executiva, PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA pontua que, não obstante as distintas perspectivas teóricas para se buscar um conceito de direito fundamental, um recorte da abordagem para uma análise jurídica do problema, inferindo os direitos fundamentais a partir do direito positivo, afigura-se proveitoso para averiguação da proposta de enquadramento jurídico do direito à tutela executiva como direito fundamental⁶².

É preciso, no entanto, esclarecer que essa linha teórica não quer significar que no ordenamento jurídico pátrio os direitos fundamentais são aqueles circunscritos a um catálogo específico e exaustivo constante do texto constitucional - no caso brasileiro, o rol do Título II da Constituição Federal. Isso porque o art. 5º, §2º da Constituição

2010; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed., Salvador: JusPodivm, 2015, p. 309. No mesmo sentido, e com referência ao problema da variação terminológica: "*Não raro termos como direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, direitos morais, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos etc. são utilizados indistintamente e sem consenso conceitual pelos doutrinadores e legisladores*" (ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 19).

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

⁶² Sobre o tema da análise conceitual dos direitos fundamentais, o autor expõe ser possível "*abordá-lo a partir de sua perspectiva jusfilosófica, uma vez ser o jusnaturalismo moderno (movimento filosófico e político surgido na idade moderna) uma das fontes das concepções desses direitos; seria cabível uma análise dos direitos fundamentais também a partir de sua fundamentação moral, encarando-os como "direitos morais"; também poderia ser analisado o fenômeno desde uma perspectiva histórico-jurídica, através da investigação da conhecida concepção das "gerações" de direitos fundamentais*" (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação*. Revista de Processo, vol. 169/2009, p. 38-61, Mar/2009, versão eletrônica).

Federal veicula norma de abertura constitucional a outros direitos fundamentais não expressados diretamente por seus enunciados normativos⁶³. Trata-se, como anota CANOTILHO em referência a norma semelhante da Constituição lusitana, de cláusula aberta ou norma de *fattispecie* aberta, em que a própria Constituição abre-se ao reconhecimento de outros direitos materialmente, mas não formalmente fundamentais⁶⁴.

Com tal orientação, essa é a linha a ser perfilhada neste trabalho, de modo a tratar os direitos fundamentais como aqueles que encontram normatividade no plano interno, pelo seu reconhecimento como tais no ordenamento jurídico constitucional do Estado⁶⁵.

A demarcação conceitual dos direitos fundamentais é relevante, dentre outros aspectos, na medida em que do reconhecimento de tais direitos derivam consequências jurídicas atinentes ao regime jurídico aplicável a essa categoria.

Nesse diapasão, insta consignar que, com o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo no século XX, uma autêntica "*revolução copernicana*"⁶⁶ provocou o rompimento da vetusta visão que reservava à lei a posição central no ordenamento jurídico, transferindo-a aos direitos fundamentais. Por conseguinte, além da centralidade como valores fundantes de todo o sistema, passa-se a identificar os direitos fundamentais como categoria específica, dotada de um regime jurídico próprio, o qual é marcado por garantias que buscam assegurar sua eficácia concreta e sua estabilidade na ordem jurídica. No ordenamento brasileiro, esse regime é manifestado essencialmente pelas seguintes características: i) envergadura constitucional dos direitos fundamentais; ii) aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (conforme art. 5º, § 1º, da CF); e

⁶³ ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 31.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 379.

⁶⁵ INGO SARLET aponta que essa é a linha doutrinária mais recorrente sobre o tema, a qual permite separar os direitos fundamentais dos direitos humanos pelo plano de sua positivação, ou seja, pelo critério da fonte de direito. Os primeiros advêm de normas jurídicas exigíveis no plano interno do Estado, enquanto os últimos decorrem de instrumentos de normatividade internacionais, como os tratados e convenções internacionais (SARLET, Ingo Wolfgang. *Conceito de direitos e garantias fundamentais*, *op. cit.*).

⁶⁶ A expressão, no contexto utilizado, é do constitucionalista português JORGE MIRANDA, conforme referido por MARCELO LIMA GUERRA (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. *Op. cit.*, p. 82).

iii) consolidação desses direitos como cláusulas pétreas do ordenamento jurídico (conforme art. 60, § 4º, IV, da CF)⁶⁷.

Por força desse regime jurídico, é possível inferir que a consolidação dos direitos fundamentais na Constituição Federal coloca-os em posição de supremacia na pirâmide normativa, de modo a servir de fundamento de validade das demais normas jurídicas, para fins de controle e interpretação das mesmas. Ademais, a constitucionalização dos direitos fundamentais subtrai o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário⁶⁸.

Por sua vez, o reconhecimento de que as normas definidoras de direitos fundamentais são dotadas de aplicabilidade imediata implicou na superação, em definitivo, da concepção do Estado liberal segundo a qual essas normas dependeriam de intermediação de leis para serem eficazes. Por conseguinte, e independentemente de intervenções legislativas infraconstitucionais, passa-se a reconhecer, por força da eficácia vertical, a vinculação imediata dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais, com espraiamento aos particulares na perspectiva da eficácia horizontal, bem como a chamada *justiciabilidade* desses direitos, que é a característica de serem juridicamente exigíveis perante o Poder Judiciário.

De igual forma, a sua inserção em rol de cláusulas pétreas confere-lhes o atributo da imodificabilidade, não sendo admissível a adoção de medidas abstratas ou concretas que impliquem supressão ou mesmo em retrocesso quanto aos referidos direitos no ordenamento jurídico. Tal atributo de petrificação também permite reconhecer que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição⁶⁹.

2.1.2 A TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

⁶⁷ *Ibidem*, p. 83.

⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 378.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 01.

Não encerra qualquer dúvida afirmar que a legislação infraconstitucional assegura o direito à tutela jurisdicional executiva, sendo este basicamente espelhado nas normas processuais que conferem ao jurisdicionado o direito à atuação da jurisdição com o fim de tornar efetivo um direito subjetivo. Podem-se citar, dentre outras normas que se enquadram nesse perfil, as regras do CPC/15 que tratam da efetivação da tutela provisória, do cumprimento de sentença e da execução judicial.

Em outro prisma de análise, ponto de capital importância é resgatar e reafirmar o *status de direito fundamental* ao mencionado direito à tutela executiva, para então extrair quais as consequências teóricas e práticas, especialmente no âmbito da tutela processual do crédito, de sua conexão com o regime jurídico dos direitos fundamentais⁷⁰.

Nesta empreitada, cumpre recordar que a ordem constitucional brasileira estabelece, em seu art. 5º, XXXV, o direito de acesso à justiça, ao preconizar que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Trata-se de norma que coloca o Poder Judiciário na incumbência de apreciar as alegações referentes a direitos lesados ou ameaçados de lesão, o que é feito através de um método, que é o processo, e mediante exercício da função estatal referente à atividade jurisdicional.

Disso resulta não haver qualquer tergiversação quanto a reconhecer que, sob o prisma do Estado Democrático de Direito, a prestação jurisdicional efetiva é um direito fundamental⁷¹, perspectiva que impõe seja o processo visto como instrumento para a

⁷⁰ Essas reflexões são propostas e investigadas no já referido trabalho do professor PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA: “*O problema que se põe é: seria possível, no direito brasileiro, cogitar-se da existência de um direito à tutela jurisdicional executiva com o status de direito fundamental? Essa indagação enseja, ao mesmo tempo, outra questão de grande relevo: quais as consequências, teóricas e práticas, da concepção de um direito à tutela jurisdicional executiva como direito fundamental?*” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação*. *Op. cit.*, versão eletrônica).

⁷¹ Dando ênfase à tutela jurisdicional efetiva como um direito fundamental, é pertinente a orientação de LEONARDO GRECO: “*No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana*” (GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>. Acesso em: março/2018).

efetiva tutela também de outros direitos, na condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social⁷²

Como se anota na doutrina, a Constituição brasileira optou pela adoção de uma oração negativa (“*a lei não excluirá...*”) para consagrar o direito de acesso à justiça, diferenciando-se, neste pormenor, da técnica redacional perfilhada em textos constitucionais de outros países, como a Espanha e Portugal, nos quais se proclama de modo afirmativo o direito à tutela judicial⁷³.

Tal opção redacional poderia, num primeiro momento, induzir uma leitura desse direito na condição de direito fundamental de defesa, a remeter unicamente a exigências de ações negativas ou de abstenção por parte do Estado⁷⁴. Contudo, a melhor interpretação é aquela que também confere a esse direito fundamental a condição de direito de proteção e de direito à organização e ao procedimento, de maneira a veicular exigências de ações positivas, fáticas ou normativas, pelos órgãos estatais para sua concretização⁷⁵.

Há, dessa forma, direito de exigir a prestação jurisdicional, o qual é reconhecido como contrapartida jurídica da vedação geral ao exercício da autotutela para a resolução de conflitos, colocando-se o Estado na posição de sujeito passivo desse direito⁷⁶⁻⁷⁷.

⁷² Na verdade, mais que uma mera técnica, o processo há de ser compreendido como instrumento de realização de valores, especialmente de valores constitucionais, podendo ser considerado, nessa perspectiva, como direito constitucional aplicado. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista de Processo, vol. 113/2004, p. 9-21, Jan-Fev/2004, versão eletrônica).

⁷³ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação*. *Op. cit.*, versão eletrônica.

⁷⁴ Sob a visão de direitos de defesa, os direitos fundamentais retratam direitos do cidadão a que o Estado omita intervenções ou interferências ilegítimas em bens ou valores fundamentais (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. *Op. cit.*, p. 03; ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 55).

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, *Op. cit.*, p. 08; ZOLLINGER, Marcia. *Op. cit.*, p. 51; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, *Op. cit.*, versão digital.

⁷⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação*. *Op. cit.*, versão eletrônica.

⁷⁷ As pessoas naturais são as titulares, por excelência, dos direitos fundamentais. Por outro lado, como explica INGO SARLET, embora a Lei Fundamental brasileira, diversamente de outras Constituições (como é o caso das Constituições alemãs e portuguesas), não contenha cláusula expressa assegurando a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, tal não impediu a doutrina e jurisprudência de reconhecerem a extensão da titularidade a essas pessoas. Todavia, as pessoas jurídicas não são titulares de todos os direitos, mas apenas daqueles que lhes são aplicáveis por serem compatíveis com sua natureza peculiar (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012,

Destarte, e na medida em que o Estado assume o monopólio da jurisdição, confere-se aos jurisdicionados o direito de ação, como forma de provocar o exercício da função jurisdicional.

Por outro lado, e dentro da perspectiva do direito à prestação jurisdicional, a concepção do decorrente direito de ação como direito a uma sentença de mérito não poderia ter vida longa, pois o julgamento do mérito só tem importância se o direito material envolvido no litígio for reconhecido e também realizado, o que remete à necessidade de que o provimento jurisdicional seja dotado de efetividade⁷⁸. Disso resulta que a cláusula que garante o acesso à jurisdição em nosso ordenamento constitucional (art. 5º, XXXV, CF/88) possui dimensão que vai além de garantir uma simples resposta do Poder Judiciário, tornando imperativo, sob pena de se esvaziar a garantia, propiciar ao jurisdicionado e ao próprio órgão jurisdicional os meios adequados para a efetivação do direito material, com efetiva transformação da realidade⁷⁹.

Por isso que, no atual estágio do constitucionalismo, é adequado afirmar que o direito fundamental à tutela jurisdicional não se contenta apenas com um provimento final, exceto quando este exaure o direito a ser tutelado com sua repercussão no plano normativo (sentenças declaratórias e constitutivas, via de regra)⁸⁰. Nos casos em que não se dispensam atos materiais que efetivem o direito no plano fático, o direito à tutela jurisdicional deve iluminar a atuação da jurisdição do início ao fim, incluída a atividade

p. 223). Assim, a despeito de discussões pontuais sobre determinadas hipóteses e eventuais limitações decorrentes da condição de pessoa jurídica, não há que se negar que o direito fundamental à tutela jurisdicional é extensivo às pessoas jurídicas, porque compatível com sua condição no ordenamento jurídico, na medida em que também está sujeita a limitações quanto à vedação à autotutela.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. Op. cit., p. 139.

⁷⁹ Da mesma forma, a tutela deve ser hábil tanto para reparar, quanto para prevenir eventual lesão a direito, noção que se conecta com o direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Também é importante sublinhar que a tutela jurisdicional deve ser prestada com a observância das normas que balizam o exercício dessa função, em respeito à cláusula constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), sob pena de redundar em um resultado jurídico maculado.

⁸⁰ MARINONI adota a classificação de sentenças autossuficientes e não autossuficientes. A sentença autossuficiente é associada à sentença satisfativa, a qual “*satisfaz o jurisdicionado sem precisar interferir na esfera jurídica do réu ou modificar de maneira forçada a realidade dos fatos*”. A sentença não autossuficiente, por sua vez, depende de meios executivos capazes de conformar os fatos, a fim de se promover a efetiva tutela dos direitos (*Idem*, p 115-116). Com uma pequena ressalva de nossa parte, entendemos que a sentença autossuficiente também interfere na esfera jurídica do réu, o que se dá no plano normativo, mas dispensa, via de regra, a interferência através de atos materiais. Diz-se via de regra porque as sentenças tipicamente autossuficientes, que são as declaratórias e constitutivas, podem, excepcionalmente, surtir efeitos que abrem ensejo à prática de atos materiais, quando, em tais circunstâncias, passariam a ser não autossuficientes.

satisfativa, pois a tutela jurisdicional só deve ser tida como completa se for assegurada ao titular do direito carente de proteção jurisdicional a efetiva satisfação quanto ao bem da vida subjacente a esse direito.

Conforme argumenta PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA:

Se o direito material atribui a alguém determinadas posições jurídicas positivas (v.g. direitos, pretensões e ações de direito material), mas veda a sua auto-realização, pondo o Estado na tarefa de realizá-las e satisfazê-las, não seria razoável concluir que as posições jurídicas de direito material pudessem, mesmo depois de reconhecidas, ficar simplesmente sem concretização. O princípio da máxima efetividade - considerado por Silva Neto como "o princípio mais importante na interpretação da constituição, se se quiser visualizar no mundo físico os efeitos próprios e esperados pelo constituinte originário quando lançou as bases e o programa da comunidade política" -, impediria uma construção desse jaez.

Se o Judiciário brasileiro, segundo o art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3), deve apreciar e, por óbvio, remover as lesões ou ameaças de lesão a direitos, os seus julgados naturalmente devem ser efetivos, isto é, capazes de propiciar a remoção das situações contrárias à eficácia dos direitos reconhecidos⁸¹.

Essa linha de raciocínio permite inferir a existência de um autêntico direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, como corolário do direito à tutela jurisdicional, conforme amplamente reconhecido na doutrina⁸².

Sob uma lente analítica, o direito à tutela executiva decorre de norma que pode ser assim construída: “*dado o fato de haver uma decisão judicial, deve ser o direito do*

⁸¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação*. *Op. cit.*, versão eletrônica.

⁸² Cf, dentre outros: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Op. cit.* MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 163. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. *Op. cit.*, p. 99. PEDRO NOGUEIRA, na linha da classificação adotada por ALEXY, afirma que o direito à tutela executiva está encartado em norma constitucional adscrita: “*Segundo Alexy, as normas de direito fundamental podem ser divididas em dois grupos: (a) normas diretamente estatuídas pela constituição; (b) normas a elas adscritas. As normas diretamente estatuídas são aquelas extraídas diretamente do enunciado normativo. Já a norma adscrita vale e é considerada uma norma de direito fundamental se para a sua adscrição é possível dar uma fundamentação jusfundamental correta. (...) Podemos, então, afirmar que a norma que descreve o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva se amolda ao conceito de norma adscrita. Embora o texto constitucional não mencione expressamente a sua existência, é possível inferi-lo a partir de uma conexão entre o direito à tutela judicial efetiva e o direito fundamental à jurisdição (“direito de ação” no sentido restrito e clássico). Nessa formulação, o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva se apresenta veiculado como parte integrante do princípio do direito à tutela jurisdicional efetiva, havendo, assim, uma relação de conexão e de adscrição entre direito à jurisdição e direito à tutela jurisdicional executiva” (Ibidem).*

*interessado à obtenção da realização efetiva do julgado” ou “dado o fato de haver uma decisão judicial, deve ser o direito à obtenção do meio executivo adequado à realização do direito subjetivo material”*⁸³. Quanto aos elementos da estrutura normativa, em construção também extensível aos títulos executivos extrajudiciais, assim coloca PEDRO NOGUEIRA:

Na hipótese normativa, está o fato da existência de uma decisão emanada do Poder Judiciário. No conseqüente, a relação jurídica entre o vencedor, como sujeito ativo, e o juiz, como sujeito passivo, com o dever de prestar a tutela efetiva, promovendo a realização (cumprimento) da decisão, como maneira de evitar que seu julgado quede sem concretude⁸⁴.

O direito à tutela executiva evidencia um direito à prestação positiva por parte do Estado, como titular do dever jurídico correlato, o qual demanda a realização de atos executivos voltados à satisfação daquele direito. Trata-se de direito já reconhecido, inclusive, pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸⁵.

⁸³ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação*. Op. cit., versão eletrônica.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Nesse sentido, assim explica ZANETI, inclusive com arrimo em ÁLVARO PÉREZ RAGONE: “A Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceram o direito à atividade de execução efetiva. O caso *Hornsby v. Grécia*, 1997, Corte Europeia de Direitos Humanos, estabeleceu que o direito de acesso à justiça (tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva) seria ilusório se o ordenamento jurídico interno de cada Estado-membro da UE permitisse que uma sentença judicial definitiva e obrigatória permanecesse inoperante em detrimento da parte executada, afirmando que o art. 6.1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos determina o dever de proteção do crédito mediante a execução das decisões judiciais e para títulos executivos extrajudiciais (mesmo que não sejam executados judicialmente) e exequatur das decisões estrangeiras em matéria civil.

Não há processo justo (fair trial, juízo equitativo, giusto processo, procès équitable, faire Verfahren) sem tutela do crédito mediante execução. A Corte Interamericana de Direitos Humanos assegurou níveis de tutela similares a partir do art. 8º, cláusula geral de acesso à justiça e devido processo legal (processo justo), e do art. 25.2, c), direito a efetivar a decisão judicial após o recurso, previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

*Nos termos do caso *Mejía v. Ecuador*, afirmou que: “A Corte concorda com a Corte Europeia de Direitos Humanos ao considerar que para lograr plenamente a efetividade de uma sentença a execução deve ser completa, perfeita, integral e sem demora. Desta forma, o princípio da tutela judicial efetiva requer que os procedimentos de execução sejam acessíveis para as partes, sem obstáculos ou demoras indevidas, a fim de que alcancem seu objetivo de maneira rápida, simples e integral (...) O processo deve ter a materialização da proteção do direito reconhecido no pronunciamento judicial mediante a aplicação idônea de tal pronunciamento. Por tanto, a efetividade das sentenças depende de sua execução”.* (ZANETI Jr., Hermes. *Comentários ao código de processo civil: art. 824 a 925*. Op. cit., p. 52-53).

Afirmar que o direito à tutela jurisdicional executiva trata-se de direito fundamental não é assertiva que se limita a um efeito retórico voltado a destacar sua relevância. O enquadramento em tal categoria implica atrair o regime jurídico próprio atinente aos direitos fundamentais, o que traz repercussões teóricas e práticas no plano da atividade judicial de efetivação dos direitos.

Conforme aportes doutrinários, esse regime jurídico é marcado por certos atributos estabelecidos na Constituição (item 2.1.1). Neste prisma, como direito fundamental, deve ter aplicação imediata, conforme disposto no art. 5º, § 1º, para fins de vincular imediatamente a atividade do Poder Público, valendo-se mencionar, no pormenor, a seguinte orientação:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, nesse sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentabilidade formal no âmbito da Constituição⁸⁶.

Para o tema de nossa investigação, deve-se enfatizar que a característica da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em relação aos órgãos estatais, dentre outros desdobramentos, impõe ao Estado a adoção de medidas que confirmam efetiva proteção fática e normativa aos direitos fundamentais da melhor maneira possível, inclusive determinando a idealização, a estruturação e a interpretação de normas processuais de modo a se assegurar a otimização dos procedimentos e instrumentos processuais para a tutela jurisdicional daqueles direitos⁸⁷.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Op. cit., p. 272.

⁸⁷ Nesse sentido: “A eficácia irradiante dos direitos fundamentais significa, por um lado, que os direitos fundamentais operam como diretrizes para a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário e, por outro lado, que os mesmos devem servir de parâmetro para a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico, exigindo uma releitura de todo o direito positivo à luz dos valores sediados nos princípios fundamentais” (ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 39).

Nessa esteira, em termos de irradiação no plano processual, tal efeito implica reconhecer que o órgão jurisdicional deve extrair de determinada norma um sentido e um alcance que assegure a maior proteção a um direito fundamental a ela relacionado. Trata-se de premissa essencial para aquilatar adequadamente as normas processuais executivas do CPC/15, especialmente aquelas que apresentam estrutura mais aberta a interpretações e otimizações para os casos concretos, como as que tratam dos poderes do juiz quanto aos meios de efetivação de direitos⁸⁸.

A partir dessa característica da aplicabilidade imediata, desdobra-se, como inexorável consequência do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, o imperativo de se assegurar a efetividade e adequação dos meios executivos para obtenção do bem da vida, pois se o meio executivo não for capaz de proporcionar uma pronta e integral satisfação do credor, tem-se manifesta denegação de tutela executiva, o que representa autêntica violação do direito fundamental em exame⁸⁹. Indo mais além, como veremos adiante, essa pronta e integral satisfação do exequente deve se dar da maneira mais eficiente possível, em resguardo aos interesses opostos na arena executiva.

2.1.3 A MÁXIMA COINCIDÊNCIA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA

A aproximação entre a teoria processual e a teoria dos direitos fundamentais permitiu, dentre outras consequências relevantes para a dogmática processual, a elevação da cláusula do devido processo legal a um patamar amplo, de tal forma a abranger, em seu campo semântico, todas as exigências constitucionalmente asseguradas ao processo, ou

⁸⁸ Com tal assertiva, MARCELO LIMA GUERRA já destacava, ainda sob a égide das primeiras reformas sobre o processo de execução no CPC/73, a influência da identificação de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais na atuação dos órgãos jurisdicionais, sobretudo para a compreensão adequada das normas que, à época, implicaram aumento significativo dos poderes de iniciativa do juiz na condução do processo e na escolha dos meios processuais mais adequados a cada caso concreto para prestar a tutela jurisdicional de forma mais efetiva (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. *Op. cit.*, p. 99).

⁸⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. *Op. cit.*, p. 104.

seja, todos os valores constitucionais que devem inspirar a disciplina normativa do processo. Em seu conteúdo vasto e complexo, a doutrina refere que a cláusula do devido processo congrega, à guisa de garantias ou princípios, valores como o do contraditório, do acesso à justiça, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da motivação das decisões judiciais, da proibição de provas ilícitas, do processo sem dilações indevidas, dentre outros, cuja identificação individual é oportuna para seu manejo e concretização no sistema jurídico⁹⁰.

De outro lado, reconhecer que o direito à tutela executiva apresenta estrutura de direito fundamental é abordagem dogmática que, muito além de mero reforço retórico, fornece suporte para o trato de problemas relacionados à prestação jurisdicional e à efetivação de direitos, considerando o regime jurídico específico dos direitos fundamentais.

Nessa linha de pensamento, é de interesse ingente identificar, dentre os valores relativos ao processo judicial inseridos no campo semântico do direito fundamental ao processo devido, qual deles pode ser relacionado ao direito fundamental à tutela executiva. Quanto a essa abordagem, assim expõe MARCELO LIMA GUERRA:

Entre os valores processuais que integram o vasto conteúdo do direito fundamental ao processo devido está aquele que costuma ser enunciado pela famosa fórmula cunhada por Chiovenda, segunda a qual “o processo deve dar à parte vitoriosa tudo aquilo e exatamente aquilo...”. Tal exigência tem recebido as mais diversas denominações, nas últimas décadas, tendo sido chamada, entre os processualistas, de “garantia de efetividade da tutela jurisdicional”, “garantia da efetividade do processo”, “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, “garantia (ou princípio) do direito de ação”, “garantia do acesso à justiça” e “garantia de acesso à ordem jurídica justa”, enquanto os constitucionalistas preferem as expressões “direito (fundamental) à tutela efetiva”, “direito ao processo devido”, e “direito fundamental de acesso aos tribunais”. O que torna ainda mais tormentosa, atualmente, a questão terminológica nessa matéria é que cada uma dessas expressões referidas é utilizada também com sentido mais amplo, de modo a incluir em seu campo semântico outros valores processuais constitucionais.

Em parte, isso chega a ser inevitável, tendo em vista que os valores constitucionais relativos ao processo estão de tal forma inter-relacionados, a ponto de, em alguma medida, todos se implicarem mutuamente. Mesmo assim, é de grande importância, sempre que possível e ainda que numa perspectiva puramente analítica ou conceptual, isolar cada uma dessas exigências, atribuindo-lhes denominações específicas, a fim de melhor manejá-las, no plano dogmático. Dessa forma, para designar aquele valor processual de extrema importância, magistralmente expresso na máxima

⁹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. Op. cit., p. 99-100.

chiovendiana do “tudo aquilo e exatamente aquilo”, adota-se a expressão sugerida por Barbosa Moreira de “postulado da máxima coincidência possível”⁹¹.

Nessa linha de pensamento, e à luz do brocardo CHIOVENDIANO de que o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional⁹², o princípio da máxima coincidência possível traduz-se na exigência de que haja meios executivos capazes de permitir que a tutela jurisdicional proporcione a obtenção do resultado prático que represente, na medida do quanto possível, a máxima coincidência com o direito material.

As orientações acima decorrem da incidência imediata do direito fundamental à tutela executiva na esfera de responsabilidade do juiz no exercício da função executiva, para fins da adoção dos meios executivos mais adequados para a pronta e integral tutela executiva, não importando qual a modalidade da obrigação a ser tutelada, qual a estrutura do procedimento executivo ou qual a origem do título executivo.

Por evidente, a outorga de poderes ao juiz para assegurar a máxima coincidência não dispensa, senão reforça o dever de motivação de seus atos no processo, especialmente quando do manejo de técnicas executivas atípicas.

2.1.4 TÉCNICA DA PONDERAÇÃO E CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA

O reconhecimento de um direito fundamental à tutela jurisdicional executiva no ordenamento jurídico brasileiro permite uma otimização da execução forçada com base na técnica da ponderação, segundo o marco teórico normativo dos direitos

⁹¹ *Ibidem.* p. 101-102.

⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Bookseller: Campinas, 1998, vol. I, p. 67. Também ressaltando a importância da orientação Chiovendiana para compreensão da execução: DIDIER JR., Fredie. *Esboço de uma teoria da execução civil*. Revista de Processo, vol. 118/2004, p. 9-28, Nov-Dez/2004, versão eletrônica.

fundamentais, proporcionando mais efetividade aos procedimentos executórios, especialmente nos casos de colisão entre direitos fundamentais⁹³. Até porque, cumpre sublinhar, ao manejo de meios executivos típicos ou atípicos subjaz um potencial conflito entre bens constitucionalmente garantidos tanto em favor do exequente, como do executado⁹⁴.

Para desenvolver tal ponto, é curial uma explanação sobre como se dá a aplicação das normas jusfundamentais – que são justamente as normas jurídicas que consagram direitos fundamentais. Para tanto, impende trazer a lume as contribuições de ALEXY, as quais serviram de fio condutor de expressiva parte dos estudos atuais sobre direitos fundamentais na doutrina brasileira.

Ao tratar do tema, e com inspiração em DWORKIN, o referido jurista alemão perfilha a proposta de distinção entre regras e princípios como espécies que se reúnem sob um gênero comum, que é a norma. Sendo as regras e os princípios espécies de normas, podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Este autor, dentre os diversos critérios teóricos possíveis para que se divise uma e outra espécie normativa, vale-se da ideia de que os princípios possuem mais alto grau de generalidade do que as regras, conforme construção a seguir:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁹⁵

⁹³ Neste sentido: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação*. *Op. cit.*, versão eletrônica.

⁹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. *Op. cit.*, p. 167. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. Revista de Processo, vol. 265/2017, p. 107-150, Março/2017, versão eletrônica.

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 90-91.

Em desdobramento a esse alinhamento teórico, entende-se que as regras são normas dotadas de uma estrutura lógica fechada, nas quais uma conduta específica é estatuída como obrigatória, proibida ou permitida em face de determinado quadro fático. Nessa definição, as regras correspondem à concepção tradicional de norma jurídica como uma prescrição de determinada conduta como devida (consequência jurídica) associada por vínculo de imputação a condições fáticas (hipótese ou *fattispecie*) que, uma vez verificadas, faz incidir concretamente a referida prescrição⁹⁶.

Os princípios, por sua vez, são normas dotadas de estrutura lógica aberta, as quais, em vez de comandarem a realização de uma conduta específica, ordenam que se realize um fim ou um valor na maior medida do possível, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas.

A partir dessas estruturas, avulta a distinção quanto ao modo de aplicação das regras e dos princípios. As regras são consideradas *mandados ou mandamentos definitivos*, pois, dentro de determinado quadro fático e jurídico, sua incidência é determinada por critério de subsunção. Os princípios, por sua vez, são considerados *mandados de otimização* e, dado o caráter aberto de sua estrutura lógica, aplicam-se não com base na subsunção, mas por meio de ponderação, o que faz com que sua aplicação exija do operador jurídico “*uma intensa atividade valorativa, no sentido de escolher um entre vários caminhos que se revelam igualmente possíveis, à luz da respectiva norma*”⁹⁷.

Em caso de *choque* entre duas regras, diz-se estar diante de situação de conflito; quando o choque é entre dois princípios, a situação será de colisão. Tanto o conflito, como a colisão ocorrem devido à existência de duas normas que, se aplicadas de forma isolada, conduzem a resultados diferentes e contraditórios entre si⁹⁸.

⁹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. Op. cit., p. 84.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 85.

⁹⁸ Consoante explanação de ALEXY, a terminologia é oscilante, havendo autores que, sem diferenciar entre regras e princípios, utilizam em geral a expressão “conflito entre normas” ou “colisões entre normas”. A terminologia escolhida pelo autor pretende salientar que as colisões entre princípios e os conflitos entre regras, a despeito de importantes aspectos comuns, são situações fundamentalmente distintas (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 91-92).

Na hipótese de regras em conflito em determinada situação concreta, o impasse pode ser solucionado a partir de critérios de solução de antinomias previstos no próprio sistema (hierárquico, cronológico e de especialidade), de forma que uma regra deverá ceder em relação a outra para reger o caso, pois se revela inconcebível a validade de dois juízos concretos que se mostrem contraditórios, haja vista que só há possibilidade de exigir-se o cumprimento de uma das normas em contraste.

Por outro lado, em situações de colisões envolvendo princípios em qualquer dos lados em tensão⁹⁹, o problema há de ser resolvido tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, sem que haja supressão, mas ponderação dos interesses opostos, conferindo-se precedência de um princípio em face do outro. O que comanda a precedência de um princípio sobre outro é a *lei de colisão*, assim explicada por ALEXY: "*as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência*"¹⁰⁰. A análise dessas condições submete-se a um processo de ponderação entre meios e fins, com base na chamada regra da proporcionalidade¹⁰¹.

⁹⁹ Fala-se em colisões envolvendo princípios em qualquer dos lados em tensão, porque, no caso de choque entre uma regra e um princípio - pense-se, no exemplo de FREDERICK SCHAUER, em uma norma que proíba a entrada de cães em um determinado órgão público, por um lado, e, por outro, na dignidade de uma pessoa cega que para adentrar ao local dependa de seu cão-guia - não é possível resolver esse conflito comparando a regra com o princípio conflitante. Como explicam RUTANO e PUGLIESE, ou é preciso identificar uma regra que possa ser comparada com a primeira, ou é preciso identificar o princípio que fundamenta a regra para compará-lo com o segundo princípio. Do contrário, não há plano racional para que o conflito ou a colisão sejam sanados. Como um princípio pode não ter sido concretizado em termos normativos a ponto de que se tenha um conflito de regras, o que levaria à aplicação dos critérios de conflitos entre regras, é mais recomendável que o caso seja convertido em uma colisão de dois ou mais princípios, aplicando-se a solução típica para a hipótese (RUTANO, Leandro José; PUGLIESE, William Soares. *Considerações sobre a norma de ponderação do Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo, vol. 268/2017, p. 47-69, Jun/2017, versão eletrônica).

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 99.

¹⁰¹ Nada obstante a opção terminológica mais usual seja referir-se à proporcionalidade como princípio, é conveniente trazer à baila a ressalva feita por MARCELO LIMA GUERRA de que, de acordo com a proposta conceitual de ALEXY, os critérios norteadores da proporcionalidade se aplicam mediante subsunção, sendo, pois, regras: "*Vale observar, que, atualmente, a regra da proporcionalidade é denominada pela expressão bastante difundida de "princípio da proporcionalidade". Sem dúvidas a opção por tal terminologia reflete, de um lado, a intensa polissemia do termo "princípio" e, de outro lado, a intenção do intérprete em caracterizar as prescrições referidas por aquela expressão como "disposições fundamentais" do sistema, ressaltando assim o seu caráter vinculativo e não meramente hermenêutico. Há, no mínimo, uma imprecisão terminológica, ou mesmo uma impropriedade conceitual, em se referir à máxima da proporcionalidade como "princípio", num contexto em que se adota a distinção entre regras e princípios, atribuindo a cada um desses termos o sentido que lhes dá Robert Alexy. É que sendo adotado o conceito de princípio sugerido pelo filósofo alemão, não se pode enquadrar como tal, isto é, como*

Com essas considerações básicas, e abstraindo-se os debates teóricos acerca da categoria específica das normas jusfundamentais¹⁰², adota-se, com MARCELO LIMA GUERRA e LUIZ GUILHERME MARINONI, a linha de que os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico através de normas com estrutura de princípio¹⁰³.

Isso quer significar que os direitos fundamentais devem ser aplicados tomando-se o conteúdo das respectivas normas como mandamentos de otimização, de forma que eventuais situações de colisão devem ser resolvidas à luz dos limites normativos impostos pelas normas (regras e princípios) colidentes¹⁰⁴, o que implicará em sacrifícios ou limitações de um ou ambos os direitos em contraste.

Ao ensejo, vale referir que o CPC/15, acolhendo a técnica de solução de colisões entre princípios difundida no direito brasileiro, trata expressamente da hipótese, atribuindo ao juiz o dever de fundamentar adequadamente a fim de revelar as razões que justifiquem a precedência de um em relação a outro no caso concreto, conforme regra do art. 489, § 2º: “*No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão*”¹⁰⁵.

mandado de otimização, as prescrições que integram a regra da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Tais prescrições, ainda que sirvam como critérios orientadores da aplicação de princípios, como se verá, são corretamente classificadas por Alexy como regras, justamente porque se aplicam mediante subsunção” (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. Op. cit., p. 91). De toda forma, a discussão quanto a se tratar a proporcionalidade de princípio, regra ou postulado não interfere nesta dissertação.

¹⁰² Três são os modelos teóricos a respeito da categoria normativa através da qual são veiculados os direitos fundamentais, conforme ALEXY: o modelo puro de princípios, segundo o qual as normas de direito fundamental são normas de princípios; o modelo puro de regras, que considera as normas de direitos fundamentais como regras; e o modelo de regras e princípios, que é um modelo combinado ou misto, que congrega as duas correntes antagônicas. Para essa análise, consultar: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit.

¹⁰³ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. Op. cit., p. 86; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. Op. cit., p. 174.

¹⁰⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. Op. cit., p. 90.

¹⁰⁵ Sobre a opção terminológica do dispositivo, confira-se a seguinte explanação, tecida na esteira das teorias a respeito de regras, princípios, e os respectivos conflitos ou colisões: “*Como se vê, a redação do § 2º do art. 489 do novo Código faz referência à colisão entre normas, e não entre princípios, como sugerem as teorias acima descritas. Frente a tal constatação, poder-se-ia argumentar que o dispositivo incorreu em grave erro teórico por prever que hipóteses de colisão entre normas jurídicas deveriam ser*

Como referido, o uso de medidas executivas tem o potencial de colocar em rota de colisão o direito à tutela jurisdicional executiva e outros valores de envergadura constitucional, todos merecedores de proteção, sendo inviável pensar em uma solução que se limite a optar, em caráter genérico e abstrato, entre um ou outro direito fundamental, sob pena de menoscabo aos instrumentos lógico-dogmáticos do marco teórico dos direitos fundamentais.

Nessa linha, como sói ocorrer com qualquer direito fundamental, o direito à tutela jurisdicional executiva não ostenta status de valor absoluto, o que implica dizer que, assim como outros direitos fundamentais podem ser limitados quando em rota de colisão com o direito em comento, este também poderá ceder espaço a outros, cujo cumprimento se revele mais importante no caso concreto, segundo a técnica da ponderação. Trata-se, como diz CANOTILHO, de uma *hierarquia axiológica móvel*, pois a ponderação estabelece um maior ou menor peso entre os princípios de forma instável, de modo que uma solução válida para um caso concreto pode se inverter em outro¹⁰⁶.

A técnica da ponderação, na esteira da tradição alemã, é instrumental de que se deve valer o aplicador do direito diante de um caso concreto, a fim de atingir uma justificação racional quanto à aplicação de um direito fundamental em precedência a outro. Para tanto, deve-se utilizar a regra da proporcionalidade, que se subdivide em três sub-regras ou máximas, alinhadas em ordem lógica de apreciação, que expressam a ideia de otimização ou concordância prática: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁰⁷.

resolvidas por meio da ponderação, o que implicaria dizer que o magistrado pode ponderar em quaisquer hipóteses. Apesar da aparente imprecisão teórica, cabe à doutrina buscar a melhor interpretação do dispositivo, corrigindo as imperfeições legislativas. Sem dúvida, o que pretendeu o legislador ao consagrar tal previsão normativa foi obrigar os magistrados a justificar os motivos que os levaram a aplicar determinada norma em detrimento de outras igualmente cabíveis. Assim, o artigo em comento deve ser entendido como uma determinação ao Poder Judiciário para que elucide as razões que o levaram a decidir de tal modo, quando outras decisões também seriam cabíveis para o mesmo caso. Evidentemente, o modo de solucionar as diversas categorias de conflitos normativos pode variar dependendo da natureza das normas envolvidas” (RUTANO, Leandro José; PUGLIESE, William Soares. Considerações sobre a norma de ponderação do Código de Processo Civil de 2015. Op. cit., versão eletrônica).

¹⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1.241.

¹⁰⁷ LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA explica que as sub-regras se relacionam de forma subsidiária entre si, o que significa dizer que "a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver

A adequação dos meios na regra da proporcionalidade impõe que uma medida somente pode ser considerada adequada se sua utilização contribuir de alguma forma para fomentar a realização do objetivo pretendido¹⁰⁸. Nesta relação, a correspondência entre meios e fim assenta-se na compatibilidade lógica-fática, bastando observar, para aferir a adequação, se o meio é empiricamente apto a promover o fim almejado¹⁰⁹.

No campo da execução civil, o objetivo a ser alcançado já está previamente certificado no título executivo, a saber, a efetivação da prestação devida. A análise a ser feita, portanto, é em relação às opções entre as medidas concretas para se chegar àquele objetivo¹¹⁰.

Como se explica na doutrina, a análise da adequação pode ser feita em três dimensões, quais sejam, a dimensão da abstração ou concretude, a dimensão da generalidade ou particularidade, e a dimensão da antecedência ou posteridade¹¹¹. Sob o enfoque da execução, estando-se em uma situação de conflito concreto, o meio executivo a ser escolhido há de ser aquele que numa dimensão concreta e particular puder alcançar o objetivo pretendido. Por outro lado, a adequação da medida executiva, especialmente no exercício da atipicidade executiva, deve ser feita em caráter antecedente, precisamente para se resguardar a finalidade executiva e evitar um indesejado efeito punitivo¹¹², como tratado à frente, no item 4.3.

*sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito" (AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, vol. 798/2002, p. 23 – 50, Abr/2002, versão eletrônica).*

¹⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 269; AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. *Op. cit.*, versão eletrônica.

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 177; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. *Op. cit.*, p. 175.

¹¹⁰ MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal da Bahia, 2017, p. 52.

¹¹¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. *Op. cit.*, p. 179-180.

¹¹² Em sentido oposto, entendendo que não se deve tolher um meio executivo com o argumento de que ele não surtirá o efeito desejado, mas sem que tenha havido oportunidade de testá-lo: MINAMI, Marcos

Interessante anotar, como constatado por MINAMI, que a exigência de relação meramente empírica entre meio e fim dispensa que se busque uma referibilidade ou correlação entre uma medida executiva atípica e a prestação devida¹¹³, como, de resto, tampouco há nas medidas coercitivas típicas. Se numa execução por quantia certa o meio executivo atípico for apto, em concreto, a levar ao resultado pretendido, o critério da adequação encontra-se satisfeito. Este ponto é retomado no item 4.4.

Na sequência da adequação, passa-se à análise da necessidade, que envolve um exame inexoravelmente comparativo, pois há de se cotejar, dentre meios capazes de promover o mesmo objetivo com a mesma intensidade, aquele que é menos gravoso em relação aos direitos envolvidos¹¹⁴. Trata-se de perspectiva que, na execução, conecta-se diretamente com a orientação da cláusula geral da menor onerosidade, encartada no art. 805 do CPC/15, devendo-se, assim, avaliar quais são os meios mais eficazes e comparar, dentre estes, qual que afeta menos a esfera jurídica do executado. Naturalmente, havendo apenas um único meio executivo adequado no caso concreto, o exame da necessidade fica prejudicado.

Essa análise, contudo, não é tão simples. Os meios podem promover o mesmo fim em variados aspectos, tanto do prisma qualitativo, quantitativo ou probabilístico. Como ensina ÁVILA, um meio não é, sob esses pontos de vista, igual a outro, pois “[u]ns promovem o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndios, outros com mais gastos; uns são mais certos, outros mais incertos; uns são mais simples, outros mais complexos; uns são mais fáceis, outros mais difíceis, e, assim, sucessivamente”¹¹⁵. Disso resulta que, em alguns casos, a distinção entre os meios pode ser evidente, em outros, obscura. Por isso a importância de se assegurar um método para a imposição de medidas executivas atípicas, e fim de se aprimorar a

Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. *Op. cit.*, p. 55.

¹¹³ *Ibidem*, p. 54.

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. *Op. cit.*, p. 182; AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. *Op. cit.*, versão eletrônica; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. *Op. cit.*, p. 176.

¹¹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. *Op. cit.*, p. 183.

escolha do meio executivo necessário, o que passa necessariamente pelo contraditório útil (ação e reação) e pela decisão fundamentada.

Em derradeira etapa, a medida escolhida deve passar pelo crivo exame da proporcionalidade em sentido estrito, o que significa que, ainda que ela seja adequada e necessária para promover o fim colimado, impende sopesar a intensidade da restrição ao direito atingido e a vantagem proporcionada pela medida ao direito em colisão¹¹⁶.

Nesta análise, e com enfoque na execução, há de se indagar se o grau de importância da promoção do fim, no caso, a tutela executiva, justifica o grau de restrição causada ao direito do executado, ou, de outro modo, se as vantagens são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio. Trata-se de um exame complexo, “*pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva*”¹¹⁷.

A solução executiva, nesta perspectiva, deve ser aquela que melhor atenda a todos os valores em conflito¹¹⁸, ou seja, deve levar em conta os interesses em jogo no caso concreto. Nessa linha, MINAMI afirma que, na execução, os interesses em jogo devem considerar os seguintes parâmetros: a) o prejuízo que a utilização do meio executivo causará ao executado, se temporário ou permanente; b) o prejuízo que a não utilização de um meio executivo causará ao exequente, se temporário ou permanente; c) os custos materiais e humanos tanto pela utilização, quanto pela não utilização do meio executivo; d) a proibição de deixar de entregar a tutela ao exequente por não existir meio adequado pra tanto¹¹⁹. Como será demonstrado oportunamente, essa avaliação visa prestigiar justamente a eficiência do meio executivo a ser aplicado em concreto.

Essas considerações são de suma relevância no trato dos poderes-deveres de efetivação do juiz decorrentes da cláusula geral do art. 139, IV, especialmente quanto ao manejo de

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., p. 185; AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. Op. cit., versão eletrônica; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. Op. cit., p. 176.

¹¹⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., p. 185.

¹¹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. Op. cit., p. 176.

¹¹⁹ MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. Op. cit., p. 57-58.

medidas coercitivas atípicas para cumprimento de obrigações de pagar quantia¹²⁰. Dentre as variadas consequências de tal orientação teórica, uma das mais importantes inferências repousa em que, ressalvada a hipótese prévia e abstratamente proibida pela própria Constituição – caso da proibição de prisão civil por dívidas comuns –, o veto a eventuais medidas executivas atípicas há de se dar com base em ponderação assentada sobre as circunstâncias concretas dos interesses opostos tensionados em cada conflito, pois a *colisão se dá apenas no momento da concretização*.

Isso significa dizer, em outras palavras, que não cabe, numa posição extremada que parta de análise abstrata de exclusão, sustentar que tais ou quais medidas atípicas não podem ser adotadas pelo juiz, sob o fundamento de violação a direitos fundamentais do executado, sem que se desincumba da exigência de justificação da supressão do direito fundamental à tutela executiva com base nas circunstâncias concretas da relação conflituosa. Da mesma forma não cabe, em outro extremo, admitir a possibilidade de exercício arbitrário dos poderes-deveres de efetivação para adoção indiscriminada de qualquer medida e com base em conjecturas, sem o devido ônus de fundamentação adequada e ponderação dos interesses em conflito.

A perspectiva teórica acima perfilhada permite concluir que o caráter fundamental do direito à tutela jurisdicional executiva oferece novas possibilidades de resolução de casos concretos envolvendo a aplicação da cláusula geral executiva em favor de obrigações pecuniárias, ao possibilitar, em prestígio à tutela judicial efetiva, a otimização do uso adequado de meios executórios, o que seria inviável encarando o referido direito apenas sob o prisma das regras infraconstitucionais processuais¹²¹.

¹²⁰ Nesse sentido, DANIEL NEVES, com referência ao dispositivo normativo em questão, diz que este “*deve ser efusivamente saudado por seu enorme potencial em permitir a adoção de variadas medidas de pressão psicológica com o objetivo de convencer o devedor a cumprir sua obrigação de pagar quantia certa*”, e que “*a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao caso concreto poderão limitar a abrangência do termo ‘todas’ utilizado no art. 139, IV, do Novo CPC, para designar quais medidas incumbe ao juiz determinar para a efetivação da tutela executiva*” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC. Op. cit.*, versão eletrônica).

¹²¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação. Op. cit.*, versão eletrônica.

2.2 TENDÊNCIA DO SISTEMA EXECUTIVO EM DIREÇÃO À COMPLETUDE, EFICIÊNCIA E ADEQUAÇÃO DOS MEIOS EXECUTIVOS

Ao tratar da efetivação dos direitos em perfis comparatísticos, e sob a advertência de que um sistema processual que não compreenda formas realmente eficazes de atuação executiva do direito é um sistema fadado à incompletude e à inadequação para assegurar a tutela jurisdicional das situações substanciais, MICHELE TARUFFO sublinha três aspectos fundamentais da experiência dos ordenamentos que trataram de maneira mais séria e evoluída o complexo problema da atividade executiva, quais sejam: a tendência em direção à completude, a tendência em relação à eficácia e a tendência com relação à atuação específica, conforme explicações a seguir¹²²:

- *A tendência em direção à completude* da tutela executiva traz a ideia fundamental de que o sistema jurisdicional deve garantir instrumentos executivos para todas as situações jurídicas tuteláveis, todas as vezes que o pronunciamento de cognição não seja suficiente por si a realizar o direito, a fim e se evitar que a aplicação do direito resulte impossível em decorrência da falta de remédios executivos idôneos. Destaca o autor italiano, neste ponto, o princípio de adequação norte-americano, que se traduz na possibilidade de o órgão judicial individualizar o remédio executivo mais eficaz no caso concreto, bem como a generalização das *astreintes* no sistema francês, haja vista a funcionalidade executiva de tal medida coercitiva.
- *A tendência em relação à eficácia* da tutela executiva coloca em evidência a ineficiência de tipologias abstratas para a atuação executiva e a necessidade de que os instrumentos executivos possam ser moldados para assegurar concretamente a realização prática dos direitos. Nesse viés, aponta o citado autor a propensão dos sistemas jurídicos a superar o método da rígida

¹²² TARUFFO, Michele. *A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos*. Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. Revista de Processo, v. 15, n. 59, São Paulo: RT, pp. 72-97, jul-set. 1990. Versão eletrônica.

tipologia entre obrigações e correspondentes instrumentos executivos, que encontrou expressão máxima na ZPO alemã, e a idealizar o emprego das medidas executivas de acordo com sua idoneidade para assegurar o alcance do resultado concreto de atuação do direito. Na ampliação da margem de discricionariedade do juiz na escolha do instrumento executivo, também avultam o princípio de adequação do sistema de *common law* e a ampliação das medidas coercitivas no sistema da *civil law*, estendendo-as inclusive a obrigações em princípio não suscetíveis a essa forma de execução, com destaque para as já mencionadas *astreintes*, as quais, com sua elasticidade ínsita, podem se ajustar à força de resistência do obrigado.

- A *tendência com relação à atuação específica* dos direitos visa superar a vetusta regra segundo a qual a obrigação não cumprida se converte na obrigação de ressarcir o prejuízo causado pelo inadimplemento, o que imprimiu evolução em vários ordenamentos, especialmente para a tutela dos direitos que não têm conteúdo econômico ou que não são redutíveis ao equivalente em pecúnia, e também para evitar o péssimo vezo de se pressupor a violação do direito para posterior intervenção da tutela jurisdicional. Nesse sentido, aponta o jurista que, no ordenamento de *common law*, as consequências desse fator sob o aspecto das técnicas de tutela se revelam no uso mais difuso do recurso à injunção e ao *contempt of Court*, bem como a criação de novas formas de execução específica por sub-rogação, enquanto que nos ordenamentos de *civil law* a rigidez das formas tradicionais de execução direta foi mitigada pela manifestação das medidas coercitivas indiretas.

Como afirma o jurista italiano, o sistema de execução precisa atender à exigência fundamental de tutela que percorre todas as sociedades evoluídas, inclusive superando cristalizações doutrinárias e opções ideológicas que bloqueiam sua evolução às necessidades reais de tutela, pois é ilusória a ideia de que se possa responder a essas necessidades com as formulações e as soluções herdadas das legislações mais antigas.

Adaptando as orientações acima para a tutela executiva das obrigações pecuniárias no sistema brasileiro, descarta-se, por ociosa, a análise da tendência com relação à atuação específica, que diz mais de perto com os mecanismos executivos voltados a evitar a conversão de obrigações específicas (de fazer, de não fazer e de dar coisa) em obrigação de ressarcir o prejuízo causado pelo inadimplemento¹²³. É oportuno, por outro lado, examinar de que forma se pode extrair da codificação processual um sistema tendencialmente completo para a tutela executiva do crédito. E, pelo enfoque da tendência em relação à eficácia, assim entendida como a efetividade na realização prática dos direitos, veremos como, na verdade, deve-se ir além, e se refletir acerca do imperativo de se buscar não apenas a efetividade, mas a eficiência da execução, escopos a serem alcançados a partir da adequação em concreto dos meios executivos.

2.2.1 COMPLETUDE DO SISTEMA EXECUTIVO PARA A TUTELA DO CRÉDITO

Conforme considerações tecidas anteriormente (item 2.1.2) o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva implica na exigência de um sistema executivo que seja capaz de assegurar todos os meios adequados para a obtenção do bem da vida, qualquer que seja a modalidade da obrigação em jogo. Disso resulta que, respeitados eventuais limites práticos e jurídicos com que a execução pode se deparar no caso concreto (item 4.2), a insuficiência dos meios executivos para assegurar a efetivação do direito do exequente desdobra-se em negativa ao citado direito fundamental. Nesse contexto, avultavam críticas ao tratamento normativo conferido às obrigações pecuniárias no sistema anterior, cuja execução estava atrelada aos meios executivos preordenados em abstrato pelo legislador, na esteira do modelo da tipicidade.

¹²³ Não se ignora que, marginalmente, as obrigações de fazer, de não fazer e de dar coisa podem servir à tutela executiva das obrigações de pagar, como nos casos em que se impõem deveres ao executado ou a terceiros como instrumentos para a medida sub-rogatória voltada à expropriação. Ainda assim, trata-se de tema mais afeito àquelas obrigações, transbordando, assim, aos interesses desta dissertação.

Com o advento do art. 139, IV do CPC/15, estendendo a atipicidade executiva às obrigações de pagar, o cenário normativo resta inteiramente aperfeiçoado, pois se passa a permitir a superação de potencial insuficiência dos meios executivos, idealizando-se, em concreto, as medidas necessárias a fim de que a tutela jurisdicional proporcione a obtenção do resultado prático que represente, na medida do quanto possível, a máxima coincidência com o direito material (item 2.1.3).

Tais reflexões permitem afirmar que o sistema executivo para tutela processual das obrigações pecuniárias passa a seguir a tendência em direção à completude, na esteira da orientação de MICHELE TARUFFO¹²⁴, a qual se assenta na ideia essencial de que a efetivação do direito do exequente, em todas as situações carentes de tutela executiva, não pode ser inviabilizada em decorrência da falta de meios executivos idôneos, devendo o órgão judicial garantir e individualizar, em concreto, a medida adequada para a efetividade da tutela executiva.

A concepção de completude do sistema executivo mereceu arguta abordagem por MINAMI, conforme ideias desenvolvidas em sua tese de doutorado¹²⁵ e incorporadas em texto de artigo¹²⁶.

O autor referido ressalta que o sistema jurídico, por imperativo de acesso à justiça, prevê mecanismos voltados à vedação ao *non liquet*, que se traduz na proibição de o juiz deixar de julgar sob a alegação de não estar convencido da tese vencedora ou não saber qual o direito aplicável ao caso. Contudo, se o comando da decisão judicial que necessariamente há de ser dada não se concretizar, de pouco adianta a vedação ao *non liquet*, pois o acesso à justiça continuará sendo negado.

Assim, estendendo a ideia subjacente à vedação ao *non liquet* ao momento de efetivação prática do direito, pontua o autor ser igualmente vedado deixar de realizar o comando decisório ou a prestação contida em título executivo extrajudicial, quando for

¹²⁴ TARUFFO, Michele. *A atuação executiva dos diretos: perfis comparatísticos*. Op. cit. Versão eletrônica.

¹²⁵ MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. Op. cit., p. 105-112.

¹²⁶ MINAMI, Marcos Youji. *Uma justificativa às medidas executivas atípicas*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

plenamente possível sua consecução, o que batiza de vedação ao *non factible*¹²⁷. Como sentença: “*Proibir o non liquet, mas permitir o non factible seria uma contradição*”¹²⁸.

Nesta esteira, o sistema executivo deve fornecer, na medida do possível, todas as soluções para os problemas que poderiam impedir a realização prática do título executivo, ainda que através de uma resposta residual¹²⁹. No campo da execução por quantia certa, a completude do sistema executivo consubstancia diretriz que deve nortear a interpretação do art. 139, IV, do CPC/15, especialmente para afastar visão que comprima o potencial da cláusula geral em questão no que se refere às medidas executivas atípicas passíveis de adoção para entregar a prestação devida.

Em termos práticos, deve-se moldar um sistema *completo* de tutela executiva, o que significa o seguinte: i) o juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de forma a extrair delas um significado que assegure a maior proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva; ii) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo – o que se reflete em restrição a direito fundamental – sempre que tal restrição não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental, que venha a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito à tutela executiva; iii) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva,

¹²⁷ Explica o autor que expressão adotada não advém de nenhum brocardo latino consagrado, mas, conforme consulta realizada, da tradução, em latim, de algo como “não é factível”. A opção de uma expressão em latim justifica-se no propósito de fazer um paralelo com “non liquet” e facilitar a veiculação da ideia (*Ibidem*).

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ “*Não sendo possível, a priori, indicar todas as situações que impedem a realização prática do título executivo, apontam-se aqui as mais conhecidas. O título executivo, judicial ou extrajudicial, a depender do caso, possui realização impossível/difícultada nos casos de: a) complexidade do problema (basta pensar na implantação de um conjunto de ações por parte da Administração Pública, como o fim de maus tratos em um presídio); b) ausência de patrimônio pelo executado; c) falta de esclarecimento, no comando decisório, da quantidade do bem da vida a ser entregue ou de como determinada prestação deve ser realizada; d) prestação originária que deixou de existir e e) procedimento indicado em lei mostrar-se insuficiente ou inexistente. Para os problemas acima, apontam-se as soluções que seguem. Para resolver problemas complexos, o repertório teórico do processo estrutural pode ser utilizado. Na hipótese de ausência de patrimônio pelo executado, o procedimento de insolvência civil pode ser aplicado. Para resolver o problema de falta de esclarecimento do quantum debeatur ou de como a prestação deve ser realizada, o procedimento de liquidação de sentença é uma saída. Se a prestação originária deixou de existir, resta apenas a tutela do equivalente. Por fim, se o procedimento indicado em lei é insuficiente ou inexistente, a solução é a aplicação de medidas executivas atípicas*” (*Ibidem*).

mesmo que não previstos em lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes¹³⁰.

2.2.2 DA EFETIVIDADE À EFICIÊNCIA DOS MEIOS EXECUTIVOS

No item anterior, tratamos da tendência em direção à completude da tutela executiva, o que reflete na exigência de um sistema que permita sejam adequados os instrumentos executivos para a atuação concreta dos direitos. Essa adequação, contudo, não deve se limitar à colmatagem de potencial insuficiência dos meios executivos em prol da efetividade da tutela executiva. A ideia de completude do sistema executivo, na linha exposta por TARUFFO e MARCELO LIMA GUERRA, ou de vedação ao *non factible*, consoante MINAMI, embora correta como premissa para compreensão da execução civil, não traduz isoladamente o que se deve buscar em termos de tutela executiva no atual sistema processual brasileiro. A essa premissa deve se alinhar outro pilar, consistente na eficiência dos meios executivos.

Nesta proposta de análise, entra em cena o princípio da eficiência jurídica, encartado na parte final do art. 8º, do CPC/15. Para compreender sua repercussão na execução civil, cumpre densificar o conteúdo desse princípio, a fim de dar sustentáculo à sua invocação de maneira mais produtiva e com real interesse prático no manejo dos meios executivos.

2.2.2.1 POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA SEARA JURÍDICA

A eficiência é conceito cuja progênie repousa tanto na Administração, quanto na Economia. Na seara administrativa, eficiência está ligada a “*fazer certo as coisas*”, o

¹³⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. Op. cit., p. 103-104.

que revela enfoque voltado aos meios ou recursos para se atingir os resultados, a demandar análise de como são desempenhadas as tarefas, enquanto que a eficácia está ligada a “fazer as coisas certas”, com enfoque nos resultados¹³¹. Na seara econômica, a eficiência apresenta divisões, compreendendo a eficiência produtiva, que consiste no emprego dos recursos com a maior produtividade possível e sem desperdícios ociosos, a eficiência alocativa, que trata da destinação dos recursos disponíveis, e a eficiência econômica, que corresponde à melhora da condição de alguém sem piorar a de outrem¹³².

Nessa visão interdisciplinar, a regra essencial para avaliar a eficiência de um processo produtivo diz respeito à relação entre esforço e resultado, numa perspectiva inversamente proporcional, pois quanto menor o esforço – incluídos custos e sacrifícios de toda ordem – para produzir um resultado de qualidade, mais eficiente é o processo, sendo “*constante a ideia de que não é possível chegar à eficiência sem flexibilizar procedimentos para adequá-los a situações concretas*”¹³³.

Embora assumam roupagem própria, a eficiência se incorpora no plano do Direito com inescapável influência dessas concepções das ciências de sua origem, voltadas à otimização de resultados com eliminação dos desperdícios, e realização das finalidades com menos custos e em menor tempo. Seu espraiamento na área jurídica foi impulsionado pela passagem do caráter burocrático do Estado Social para um caráter gerencial, ditado pelas necessidades impostas aos Estados modernos pelo capitalismo global e pela democracia¹³⁴. Se num momento anterior a palavra de ordem era a efetividade, no modelo gerencial de Estado o foco é na eficiência¹³⁵, pois todo o

¹³¹ OLIVEIRA, Ana Francisca; ROSA, Eurycibíades Barra; SIQUEIRA, Márcio. *Medindo o desempenho das pequenas indústrias de malhas: um estudo de caso*. E & G Economia e Gestão, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 109-127, dez/2003, p. 114, *apud* CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 03.

¹³² RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição*. Revista de Processo, vol. 275/2018, p. 89-117, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan/2018, p. 91-92.

¹³³ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 19.

¹³⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR, Fred; NUNES, Dierle; FREIRE Alexandre (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Normas Fundamentais*. Salvador: *JusPodivm*, 2016, p. 369.

¹³⁵ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição*. *Op. cit.*, p. 93.

aparelhamento estatal deve funcionar para o propósito que justifica sua criação, não pela sua simples existência.

No Brasil, na esteira da reforma do Estado promovida pela Emenda Constitucional nº 19/98, o princípio da eficiência foi expressamente erigido como diretriz da Administração Pública, ao lado de outros princípios constantes do *caput* do art. 37 da CF/88. Ainda que a exigência de eficiência da Administração Pública já pudesse ser inferida implicitamente de passagens do texto constitucional, até por ser inconcebível admitir pudesse o Estado ser ineficiente¹³⁶, a positivação da eficiência como princípio serve tanto ao propósito de dirigir a atuação da Administração Pública no dever de maximizar a prossecução do bem comum em todos os níveis, desde o agente individualmente, até aos órgãos administrativos isoladamente ou em comunhão na mesma pessoa política, como também ao propósito de moldar garantia aos cidadãos contra atuações abusivas, na vertente negativa do direito fundamental, e de gerar direito público subjetivo à exigência de eficiência administrativa, na vertente positiva.

Em sede infraconstitucional, importante manifestação do princípio foi insculpida no art. 2º da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, tratando-se, assim, de previsão voltada à atividade do administrador público. De fato, a eficiência passou a orientar o modelo de Administração Pública brasileira, tendo promovido novas reflexões sobre várias categorias do Direito Administrativo¹³⁷.

Nada obstante, o art. 37 da CF/88 aplica-se à Administração Pública de qualquer dos Poderes do Estado, sendo inescapável reconhecer que o Judiciário também presta um serviço público alcançado pela previsão constitucional. O clamor social por eficiência, como não poderia deixar de ser, também se estende à atividade jurisdicional, o que impele a função judiciária a se orientar pelo dever de eficiência tanto na organização de sua estrutura administrativa, com os recursos humanos e materiais de que dispõe, como

¹³⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. *Op. cit.*, p. 370; GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 17.

¹³⁷ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 10.

também na adequação do processo judicial, como instrumento necessário ao desempenho da sua atividade-fim, que é a prestação da tutela jurisdicional¹³⁸.

Daí a oportuna previsão trazida no art. 8º do CPC/15 que, ao impor ao órgão jurisdicional a observância do princípio da eficiência, busca dar concretude ao fundamento constitucional na dimensão da administração judiciária e do processo judicial.

2.2.2.2 EFICIÊNCIA NA DIMENSÃO JURÍDICA: CONCEITO E DISTINÇÕES

Antes de adentrar na análise do princípio da eficiência na seara processual, importante esclarecer que a eficiência não se confunde com eficácia ou, ainda, com efetividade, tratando-se de fenômenos jurídicos distintos.

Eficácia consiste “*na aptidão ou capacidade da norma ou do fato jurídico para produzir efeitos, independentemente de sua efetiva produção*”¹³⁹, ou seja, é a qualidade para ser eficaz. Efetividade retrata o cariz empírico das normas jurídicas, e traduz uma medida de realização concreta dos efeitos previstos em abstrato. Assim, enquanto a eficácia concerne à capacidade de gerar resultados, a efetividade diz respeito ao resultado palpável decorrente do cumprimento das normas¹⁴⁰, ou, em outras palavras, à correspondência entre o comando normativo (plano do direito) e o comportamento observado na realidade (plano dos fatos)¹⁴¹.

¹³⁸ GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. Op. cit., p. 16.

¹³⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 366.

¹⁴⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 366; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição*. Op. cit., p. 95-96.

¹⁴¹ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 72. Explica o referido autor que, tecnicamente, a efetividade é sempre do comando normativo da decisão, não exatamente do processo, e apenas de forma metonímica (meio pelo fim) é possível falar em efetividade do processo, pois efetiva é a norma individualizada ou o comando normativo relevado no processo, quando cumprido (*Ibidem*, p. 73).

Por sua vez, a eficiência, atrelada à sua origem nas outras ciências, “*relaciona-se com o alcance de finalidades pré-estabelecidas, dizendo respeito aos meios empregados para tanto*”¹⁴², de sorte a poder falar-se em eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o melhor resultado possível. Neste sentido:

Em um conceito minimamente suficiente, temos que a eficiência é a capacidade de se obter o máximo de produtividade em uma atividade, utilizando-se do mínimo esforço (aí incluídos os recursos em geral) possível. Para tanto, são elementos fundamentais: (i) a maior produtividade possível (maior rendimento – outputs) e (iii) a máxima minimização do desperdício (inputs). Grossíssimo modo, chega-se à concepção do atendimento ótimo da relação custo-benefício¹⁴³.

Nessa ordem de ideias, a eficiência processual pode ser compreendida como um princípio que “*determina ao intérprete a tomada dos comportamentos necessários para que o processo seja conduzido com gestão (e não de forma aleatória), adequando-se a tutela jurisdicional ao direito material perseguido, escolhendo-se o meio mais econômico, dentre os cabíveis, e sem dilações indevidas*”¹⁴⁴.

No enfoque da função judiciária, então, a eficiência relaciona-se com a qualidade da atividade jurisdicional no propósito de atingir suas finalidades com a maior produtividade e mediante o mínimo esforço possível, aí incluídos os custos de todas as naturezas, tanto do órgão judiciário, quanto dos jurisdicionados¹⁴⁵.

Sob tal concepção, a eficiência apresenta reflexos tanto para as atividades administrativas do Poder Judiciário (administração judiciária), quanto para a própria

¹⁴² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 367.

¹⁴³ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição*. Op. cit., p. 95. O equívoco na numeração dos itens consta do texto original.

¹⁴⁴ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 64. Na mesma obra, o autor aborda outras correntes quanto ao enquadramento jurídico da eficiência na seara processual, especialmente se deve ser tratada como postulado ou princípio, optando, ao final, por esta última figura. No mesmo sentido, é a posição de DIDIER, que afirma que o texto constitucional trata a eficiência como princípio, e que, todavia, norma é sentido que se dá a um texto, sendo possível extrair do dispositivo constitucional tanto um postulado como um princípio (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1, 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 99).

¹⁴⁵ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição*. Op. cit., p. 113.

interpretação, condução e aplicação dos atos processuais por parte de todos os sujeitos, no intento de o processo alcançar o melhor resultado, no menor espaço de tempo e trazendo a maior satisfação possível para os jurisdicionados¹⁴⁶.

A dimensão do princípio da eficiência na seara da administração judiciária (eficiência administrativa), conquanto importante, não traz maiores proveitos para o objeto deste estudo, razão pela qual não será examinada. Interessa-nos cotejar a influência da eficiência no processo (eficiência processual), ou seja, em relação aos atos processuais propriamente ditos.

2.2.2.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL

Se a eficiência se relaciona com os meios adotados para a consecução dos fins eleitos por determinado sistema, no caso do sistema processual a eficiência deve ser entendida como a condução do processo e de seus instrumentos de modo a alcançar o melhor resultado, no espaço de tempo adequado e trazendo a maior satisfação possível para os jurisdicionados.

Sob essa visão de gestão do processo, o princípio da eficiência confere poderes-deveres ao órgão jurisdicional para condução do processo visando à obtenção de um determinado “*estado de coisas*”, qual seja, um processo eficiente¹⁴⁷.

Na esteira das distinções apontadas no item anterior, é relevante repisar que a eficiência processual não se confunde com a efetividade processual. Como bem pontua DIDIER:

Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima. Um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente – atingiu-se o fim “realização do direito” de modo insatisfatório

¹⁴⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao art. 8º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 77.*

¹⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, Op. cit., p. 101.*

(com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo: a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo.¹⁴⁸

Tratando da concepção de eficiência no processo civil, MICHELE TARUFFO expõe duas perspectivas distintas para abordar o fenômeno. A primeira enfoca a eficiência a partir do tempo e custo do processo, de forma que tanto mais eficiente será o processo quanto mais rápida e barata for a obtenção do resultado final. A segunda perspectiva conjuga não apenas o tempo e o custo do processo, mas considera também fatores imprescindíveis para preservar a qualidade da decisão final do processo, o que se relaciona à adoção de técnicas justas, corretas, acuradas e equânimes¹⁴⁹.

A primeira perspectiva, conforme LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, apresenta um viés quantitativo (eficiência quantitativa) e redundante em potencial confusão entre a eficiência e a economia processual. A segunda perspectiva enfoca a eficiência em um viés qualitativo (eficiência qualitativa), sendo esta visão mais adequada para identificação do princípio da eficiência no processo, pois busca um equilíbrio entre tempo e custo do processo e o imperativo de buscar uma decisão mais completa, abrangente e legítima, ainda que com algum retardamento¹⁵⁰. A eficiência processual não se deve dar de qualquer forma, não se podendo abandonar a preocupação com a qualidade da eficiência a partir do respeito ao devido processo legal¹⁵¹.

Sob este aspecto, a eficiência processual guarda estreita sintonia com o modelo cooperativo de processo, no qual deve haver participação de todos os sujeitos processuais a fim de que seja tomada a melhor decisão, que é a decisão justa, efetiva e

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 103. No mesmo sentido: “É possível que um processo seja efetivo sem ser eficiente, atingindo-se ao resultado pretendido, mas de forma insatisfatória, demorada ou inadequada. O processo, por sua vez, será eficiente se atingir o resultado pretendido de modo satisfatório. É possível, então, que o processo seja efetivo, sem ser eficiente, mas se for eficiente, será necessariamente efetivo” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. *Op. cit.*, p. 377).

¹⁴⁹ TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. Disponível em: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar.pdf>. Acesso em: março/2018.

¹⁵⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. *Op. cit.*, p. 376-377.

¹⁵¹ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição*. *Op. cit.*, p. 106-107; CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 27.

em tempo razoável, conforme prescreve o art. 6º do CPC/15. O contraditório útil deve ser encarado como valor de real influência no convencimento judicial, contribuindo para enriquecimento do debate e para tomada de uma decisão mais bem fundamentada e com maior potencial de aceitação pelas partes. Por isso a afirmação de que “*participação e eficiência são dois standards imprescindíveis num regime que se pretende democrático*”¹⁵².

À luz das ideias desenvolvidas, é possível inferir variadas aplicações do princípio da eficiência na condução do processo e na prática dos atos processuais, conforme ponderações a seguir, sem pretensão de exaurimento de um tema que, sem dúvida, é pródigo em desdobramentos práticos:

i) Em uma primeira inferência, o princípio da eficiência apresenta função de orientação e de interpretação do sistema processual, especialmente no trato da relação entre os meios e a finalidade a ser alcançada¹⁵³. Como diretriz interpretativa, os enunciados normativos da legislação processual devem ser interpretados de maneira a observar o vetor da eficiência, inclusive na adoção de técnicas executivas atípicas¹⁵⁴. Num exemplo, dispositivos relacionados à suspensão do processo trazem um limite temporal máximo para a suspensão, o que é regra a ser interpretada com temperamento, pois o prosseguimento do processo pode ser medida ineficiente, dependendo do caso¹⁵⁵.

ii) Ainda no prisma da função interpretativa, o princípio da eficiência exerce função bloqueadora em relação a certas regras que, no caso concreto, sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido. Assim, se “*o juiz entender que uma regra expressamente prevista não atende à eficiência processual, deve o magistrado deixar de*

¹⁵² CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 32.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 98-99.

¹⁵⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 378.

¹⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, Op. cit., p. 103.

aplicar a regra ao referido caso”¹⁵⁶, obviamente com o necessário ônus argumentativo para sobreposição do princípio em relação à previsão legal da regra;

iii) Diz-se que exemplo eloquente deste princípio repousa no incentivo à realização, sempre que possível, da autocomposição¹⁵⁷, especialmente pelas reconhecidas vantagens propiciadas pelos métodos consensuais de solução dos conflitos. Afinal, se o objetivo final da jurisdição é atendido, com igual ou até superior qualidade, em termos de satisfação das partes, e com menor esforço, a solução consensual representa lídima manifestação da eficiência¹⁵⁸.

iv) Outro exemplo de gestão eficiente de processos é o estabelecimento de calendário processual, que otimiza o tempo para um processo específico e, em larga escala, para todo o acervo do juízo, especialmente por dispensar a prática de atos processuais cuja finalidade já está acobertada no negócio jurídico processual celebrado. No mesmo quadrante, podem ser inseridas a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, com base no art. 190, e as alterações procedimentais passíveis de adoção pelo juiz, como a ampliação de prazos ou a inversão da ordem de produção das provas, com arrimo no art. 139, VI, do CPC/15¹⁵⁹.

v) Extraí-se do princípio da eficiência, igualmente, a possibilidade de se estabelecer uma conexão probatória entre causas pendentes, unificando-

¹⁵⁶ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 70.

¹⁵⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao art. 8º*. Op. cit., p. 77;

¹⁵⁸ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição*. Op. cit., p. 101.

¹⁵⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 382; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, Op. cit., p. 103. Quanto ao art. 139, VI, do CPC/15, salienta-se inclusive que o legislador cometeu um deslize ao apontar o objetivo maior da norma em questão como sendo a de conferir maior efetividade à tutela do direito, pois, na realidade, trata-se de busca da eficiência (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição*. Op. cit., p. 110).

se a atividade instrutória necessária em todas elas, com ganhos na redução de custos e de tempo do processo¹⁶⁰. A prova emprestada é outro exemplo da consagração do princípio da eficiência.

vi) O princípio da eficiência deve ainda orientar na escolha do meio executivo mais eficiente para promover de modo satisfatório o cumprimento da prestação¹⁶¹.

Traçado esse panorama do princípio da eficiência no processo civil, nossa atenção deve ser voltada para o último aspecto ressaltado, que trata da eficiência na escolha dos meios executivos.

2.2.2.4 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL E OS MEIOS EXECUTIVOS

Como premissa essencial desta dissertação, importa firmar que a eficiência processual, consagrada como princípio no art. 8º do CPC/15, deve guardar estreito diálogo no trato das medidas de efetivação voltadas à tutela executiva. Para melhor desenvolver este ponto de vista, vale iniciar as reflexões a partir da seguinte ponderação de LEONARDO CARNEIRO CUNHA, tratando da eficiência sob enfoque da norma de atipicidade do Código anterior:

O devido processo legal conduz a um processo adequado e eficiente. Não basta o processo ser eficaz e efetivo. É preciso também ser eficiente. Imagine que o juiz conceda uma tutela antecipada para impor o cumprimento de uma obrigação de fazer personalíssima. Embora a norma seja eficaz (pois prevê a

¹⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, Op. cit., p. 103.

¹⁶¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, Op. cit., p. 103; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 378; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição*. Op. cit., p. 110.

possibilidade de tutela antecipada que foi realmente concedida pelo juiz) e efetiva (pois veio a ser cumprida a medida imposta), este seu cumprimento deu-se depois de muito tempo, sendo ineficiente, porquanto o juiz determinou uma medida coercitiva inadequada ou inútil, não sendo criativo na aplicação do disposto no § 5.º do art. 461 do CPC. O meio executivo deve promover a execução de modo satisfatório¹⁶².

A busca pela efetividade das normas jurídicas é uma das características do Estado Social, e consubstancia objetivo que impeliu a dogmática processual a idealizar técnicas cada vez mais refinadas para a obtenção de resultados concretos no processo judicial. Neste diapasão, inserem-se sucessivas reformas implementadas na legislação processual visando à efetividade do processo, o que, dentre outros pontos de destaque, levou à própria consagração da atipicidade executiva para as obrigações específicas¹⁶³, agora estendida às obrigações de pagar com o CPC/15.

No entanto, como apontado nos itens precedentes, na atual fase do Estado Democrático de Direito, e até força do imperativo constitucional de eficiência, a função judicial deve orientar-se não apenas pela efetividade em busca da concretização das normas jurídicas, mas, indo um passo além, pela eficiência na obtenção da tutela jurisdicional, de forma que o resultado final seja alcançado da melhor forma possível¹⁶⁴.

Repise-se, por oportuno, que a mudança de paradigma da efetividade para a eficiência do processo não deixa desabrigado aquele valor da efetividade. Ao revés, pode-se afirmar que a eficiência consagra um salto de qualidade na efetividade, pois, como já anotado, é possível que um processo seja efetivo sem ser eficiente, mas o inverso não ocorre, pois se for eficiente, será necessariamente efetivo.

Transportando essa ideia para os meios de efetivação, é correto afirmar que a eficiência processual deve orientar a atividade jurisdicional também no pormenor da entrega do resultado satisfativo. São as circunstâncias do caso concreto, os valores em jogo e o

¹⁶² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 378.

¹⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. Op. cit., p. 83.

¹⁶⁴ “No contexto do Estado Democrático de Direito, não basta que a norma seja eficaz e efetiva. É preciso que seu objetivo seja eficientemente alcançado” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 369).

direito material em cotejo que trarão os elementos que servirão de suporte à escolha das providências processuais mais eficientes para, no exercício daquela função executiva, alcançar a realização da norma jurídica concreta com o maior rendimento possível, e com a máxima minimização dos sacrifícios impostos tanto ao exequente, como ao executado.

Assim, em matéria de execução, o dever de eficiência imposto ao órgão judicial determina o balizamento e escolha dos meios executivos, típicos ou atípicos, conforme sejam mais apropriados para que a tutela jurisdicional executiva seja eficientemente entregue. Não basta, nesta ótica, que o meio executivo seja capaz de alcançar o resultado satisfativo, pois se outro meio executivo mais eficiente ao caso concreto for descartado, haverá frontal desprezo à orientação normativa imanente ao princípio da eficiência¹⁶⁵.

Frise-se que, num contexto de rigidez determinada por um modelo de tipicidade executiva, há, certamente, menos espaço para se trabalhar na concretização de um processo eficiente, ficando a atuação executiva confinada aos limites da tipicidade. De maneira diametral, quando o sistema se torna flexível à adoção de meios executivos atípicos, confere-se maior abertura ao influxo do vetor da eficiência. Por isso que a exigência de um processo executivo adequado para a tutela processual do crédito, sob o aspecto da eficiência, torna-se ainda mais imperiosa em face da cláusula geral do art. 139, IV, do CPC/15.

Nessa senda, o escopo de um processo eficiente pode ser engendrado não apenas através das tradicionais medidas sub-rogatórias, como também através de técnicas indiretas que busquem incentivar o sujeito passivo, de maneira positiva ou negativa, a adotar comportamentos voltados ao cumprimento do dever ou da prestação que lhe incumbe.

Repercussão de impacto do princípio da eficiência na compreensão e aplicação da cláusula geral executiva citada, a partir da função de orientação e de interpretação

¹⁶⁵ “O meio a ser adotado para alcançar as finalidades deve ser adequado, mas isso não é suficiente em termos de eficiência. Não basta ser adequado. Se for adequado, mas vier a promover o fim de modo insignificante, com efeitos negativos ou com pouca certeza, será ineficiente. Não haverá eficiência” (Ibidem, p. 379).

imane ao princípio, consiste em que o critério determinante para a escolha do meio executivo adequado não perpassa pelo viés da subsidiariedade dos meios atípicos, mas, sim, pela avaliação de qual meio executivo, típico ou atípico, afigura-se mais eficiente no caso concreto. Essa escolha, por sua vez, especialmente no manejo da atipicidade, deve se dar a partir de um método, o qual deve prestigiar a participação dialogal das partes em influência ao órgão judicial, conjugada com a decisão devidamente fundamentada. A eficiência processual não deve se apartar do ideal de uma decisão justa, que respeite todo o espectro normativo do devido processo legal.

Em algumas situações, uma medida sub-rogatória, substitutiva da vontade do sujeito processual obrigado, poderá se afigurar como meio mais eficiente para alcançar determinado resultado¹⁶⁶; em outras, a depender das circunstâncias de cada caso, pode ser recomendável o manejo de técnicas diversas, que atuem sobre a vontade do sujeito passivo, incentivando-o a colaborar para a efetivação do direito, tal como é permitido pela cláusula geral de efetivação¹⁶⁷. Em prol da eficiência, é plenamente possível até trabalhar com cumulação de medidas executivas típicas e atípicas, potencializando a atuação executiva.

É importante registrar, desde logo, que o meio executivo mais eficiente não é, necessariamente, o mais incisivo à esfera jurídica do executado. Bem ao contrário, como veremos quando tratarmos da cláusula geral da menor onerosidade prevista no art. 805 do CPC/15 (entendida neste trabalho como cláusula geral da eficiência), a eficiência orienta no sentido de buscar o equilíbrio do meio executivo, de forma a trazer o maior proveito ao exequente, com o menor sacrifício ao executado, e, ainda, com o melhor resultado em termos de tutela executiva.

¹⁶⁶ Exemplo disso seria, num caso de urgência ou de recalcitrância do sujeito processual, não obstante o disposto na súmula 548 do STJ (“*Incumbe ao credor a exclusão do registro da dívida em nome do devedor no cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, a partir do integral e efetivo pagamento do débito*”), o órgão judicial provocar diretamente o próprio órgão mantenedor de cadastro de inadimplentes para a exclusão do nome da parte contemplada em decisão judicial. Se o devedor tiver urgência para fins de obtenção de financiamento ou fechamento de negócio, o uso medida coercitiva consistente em multa diária para forçar o credor a cumprir seu dever pode até, em algum momento, alcançar efetividade, mas pode ser totalmente ineficiente à outra parte.

¹⁶⁷ Nos itens 3.4.5.2 e 3.4.5.3, trataremos das medidas coercitivas e medidas indutivas, com os critérios distintivos adotados neste trabalho. Nos itens 4.5 e 4.11 trataremos de situações em que a via processual típica da penhora-expropriação não se apresenta como a mais eficiente.

Em fechamento, o processo executivo deve estar comprometido não apenas com a efetividade, mas com a eficiência processual, o que representa conceito mais abrangente no que se refere à obtenção de resultados satisfatórios. Sob tal diretriz, o princípio da eficiência processual, tendo como suporte o já referido critério da proporcionalidade (item 2.1.5), serve como farol que deve iluminar a aplicação da cláusula geral de efetivação do art. 139, IV, a fim de se escolher, em cada caso concreto, o meio que se afigure o mais satisfatório e adequado para a consecução da entrega da prestação jurisdicional com os melhores resultados possíveis.

2.2.2.5 CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA E ADEQUAÇÃO DOS MEIOS EXECUTIVOS EM PROL DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL

Sabendo-se que o processo é um meio que deve atender ao direito material, a construção do modelo procedimental, neste incluídos os atos e as técnicas processuais, deve ser feita tendo em vista seu escopo de servir de instrumento à adequada tutela das diferentes situações litigiosas. As formas procedimentais, portanto, devem ser idealizadas de modo a garantir a ordem e, num passo além da efetividade, a própria eficiência do processo (item 2.2.2)

Nesse desiderato, o ajuste do processo à natureza e às peculiaridades do seu objeto pode ser visualizado em três dimensões: legislativa, jurisdicional e voluntária ou negocial¹⁶⁸. Na dimensão voluntária ou negocial, prepondera a autonomia da vontade das partes, as quais, não estando em situação de desequilíbrio em razão da vulnerabilidade de uma das partes (art. 190, parágrafo único, do CPC/15), tendem a ajustar o procedimento e os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais da maneira mais eficiente a atender aos interesses em oposição, dentro dos limites que o sistema traça para a validade das convenções processuais.

¹⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, Op. cit., p. 114.

Com relação às dimensões legislativa e jurisdicional, deve-se enfatizar a eficácia irradiante ou dirigente dos direitos fundamentais em relação aos órgãos estatais¹⁶⁹, a qual, dentre outros desdobramentos, impõe ao Estado a adoção de medidas que confirmem proteção fática e normativa efetiva (eficiente) aos direitos fundamentais, inclusive determinando a idealização, a estruturação e a interpretação de normas processuais de modo a se assegurar a otimização dos procedimentos e instrumentos processuais para a tutela jurisdicional daqueles direitos.

O enquadramento do direito à tutela jurisdicional executiva como direito fundamental repercute, então, diretamente na esfera de responsabilidade do legislador, impelindo-o a idealizar abstratamente os procedimentos e as técnicas processuais mais adequadas à tutela dos direitos, como também na do órgão jurisdicional, obrigando o juiz a valer-se das normas processuais para prestar a tutela mais eficiente em cada caso concreto¹⁷⁰. A identificação das duas faces desse fenômeno (esfera de responsabilidade do legislador e

¹⁶⁹ A doutrina nacional, em sede de teoria dos direitos fundamentais, seguindo tradição de matriz alemã, tem manifestado aderência à formulação teórica de que essa categoria não congrega apenas fontes normativas de posições subjetivas asseguradas aos indivíduos, mas também consagra valores básicos e constitutivos do ordenamento jurídico (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Op. cit., p. 141). Descortina-se, por esse ponto de vista, a dupla dimensão ou perspectiva dos direitos fundamentais, que repercute na idealização de uma dimensão subjetiva e outra objetiva. A dimensão subjetiva diz respeito à posição jurídica do indivíduo enquanto titular de faculdades e poderes atribuídos pelos direitos fundamentais, perspectiva a partir da qual se reconhece estar o indivíduo credenciado a obter junto ao Estado a satisfação de seus interesses juridicamente protegidos, sejam estes direitos de proteção (negativos) ou direitos de prestação (positivos). A dimensão objetiva, por sua vez, “é aquela em que os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 137, 1998, p. 14), revelando, assim, um conjunto de valores fundamentais de eficácia irradiante na ordem jurídica, que vinculam todos os atores do cenário jurídico, nos âmbitos legislativo, administrativo e judiciário (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. Op. cit., p. 02). Por isso que se afirma que: “A eficácia irradiante dos direitos fundamentais significa, por um lado, que os direitos fundamentais operam como diretrizes para a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário e, por outro lado, que os mesmos devem servir de parâmetro para a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico, exigindo uma releitura de todo o direito positivo à luz dos valores sediados nos princípios fundamentais” (ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 39).

¹⁷⁰ Ao tratarem do impacto do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, assim lecionam BRUNO MARZULLO ZARONI e EDILSON VITORELLI: “Em verdade, tal afirmação é apenas um pequeno reflexo de um fenômeno muito mais amplo, que tem origem na identificação de que o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve ser enquadrado entre os direitos fundamentais e, como tal, incide diretamente na esfera de responsabilidade do legislador e do juiz, adstringindo-os a criar, formatar, interpretar e empregar a técnica processual de forma a dar completa proteção ao direito material” (ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilson. *Reforma e efetividade da execução no novo CPC*. Op. cit., p. 59).

do juiz) autoriza inferências de relevo na interpretação e aplicação prática da cláusula geral de efetivação no contexto das obrigações pecuniárias, como será demonstrado.

Sabe-se que o processo de execução tem sua razão de ser calcada num estado de fato contrário àquele projetado pela norma concreta, sendo sua finalidade precisamente modificar esse estado para a realização do direito. Para a modificação desse estado de fato, cumpre repisar, na esteira do princípio da máxima coincidência, a célebre orientação de CHIOVENDA de que “*o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir*”¹⁷¹.

Partindo dessa orientação, é verdadeiro afirmar que, para alcançar seu máximo potencial, o processo, como instrumento do direito material, deve adequar-se aos sujeitos que o manejam, ao objeto sobre o qual atua e ao fim a que colima. Tal é a conhecida lição de GALENO LACERDA a respeito da adequação do processo:

Instrumento é conceito relativo, que pressupõe um ou mais sujeitos-agentes, um objeto sobre o qual, mediante aquele, atua o agir, e uma finalidade que condiciona a ação. Requisito fundamental para que o instrumento possa atingir e realizar seu objetivo há de ser, portanto, a adequação. Como são três os fatores a considerar, a adequação se apresenta sob tríplice aspecto: subjetiva, objetiva e teleológica. Em primeiro lugar, cumpre que o instrumento se adapte ao sujeito que o maneja: o cinzel do Aleijadinho, forçosamente, não se identificava com um cinzel comum. Em segundo, impõe-se que a adaptação se faça ao objeto; atuar, sobre madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado. Em terceiro, urge que se considere o fim; trabalhar um bloco de granito para reduzi-lo a pedras de calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte, reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos. Assim também há de suceder com o processo, para que possa cumprir a missão de definir e realizar o direito.¹⁷²

A adaptação do processo ao seu objeto e sujeitos, dá-se em regra a partir do plano legislativo, com a elaboração de normas abstratas que buscam projetar uma estrutura processual adequada para a tutela jurisdicional do direito material, através de procedimentos, formas e provimentos ajustados às necessidades dos jurisdicionados em dada referência temporal e espacial. Considerando a premissa de que as regras

¹⁷¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 67.

¹⁷² LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19-20.

processuais devem ser adequadas àquilo a que servirão de meio de tutela, fala-se em princípio da adequação para designar essa imposição dirigida ao legislador para que construa modelos processuais aptos a garantir a tutela jurisdicional efetiva da situação jurídica substancial¹⁷³.

Nesta senda, no plano legislativo, por força do princípio da adequação, impõe-se sejam estruturados procedimentos executivos que levem em consideração alguns parâmetros, como a situação patrimonial do devedor (devedor solvente ou insolvente), a natureza jurídica do sujeito processual (Fazenda Pública ou não), a natureza da obrigação (obrigação de pagar quantia, pagar prestação alimentícia, dar coisa, fazer e não fazer), bem como sejam previstos meios executivos que permitam pôr em prática o fim de que o credor logre obter a prestação a que tem direito (meios de coação e meios de sub-rogação). Em uma frase sintética, incumbe à lei promover em abstrato a adequação do processo às diferentes situações de direito material.

Contudo, considerando que a execução almeja um "*resultado fático que é variável, e suas variantes originam-se de situações e circunstâncias não padronizáveis*"¹⁷⁴, e que sua efetividade se relaciona diretamente com sua aptidão para entregar ao credor a prestação que lhe é devida, é inviável esperar que a adequação dos meios executivos às diferentes situações do caso concreto seja exaurida através de modelos e medidas típicas previstas em abstrato.

Não se descarta, como já frisado, a vantagem e utilidade de meios executivos típicos, que orientam e facilitam o percurso prático de procedimentos que envolvem vários atos, como é o procedimento da penhora-expropriação. Mas também é preciso reconhecer que a adequação legislativa do processo, sendo feita em caráter prévio e abstrato, pode não ser suficiente para atender às variadas situações substanciais subjetivas, considerando as vicissitudes que cada qual pode apresentar nos casos concretos.

¹⁷³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Coleção Atlas de Processo Civil, São Paulo: Atlas, 2008, p. 134. No mesmo sentido, e explicando que o princípio da adequação pode ser inferido do princípio da inafastabilidade da jurisdição, do princípio do devido processo legal ou também do princípio da efetividade: DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. *Op. cit.*, p. 115.

¹⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. *Op. cit.*, p. 92.

Nessa senda, e tendo em vista a inviabilidade de prever em abstrato modelos processuais específicos para todas as situações cotidianas, aquela mesma premissa de que as regras processuais devem ser adequadas ao objeto também impõe ao legislador o compromisso de formular normas abertas que permitam realizar a adequação do processo de forma concreta pelo órgão judicial (adequação jurisdicional) ou pelas partes (adequação voluntária ou negocial).

Sob a perspectiva jurisdicional, cumpre recordar que, se o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva também repercute na atividade jurisdicional, igualmente incumbe ao juiz prestar a tutela executiva mais adequada em cada caso concreto, o que pode exigir justamente a adaptação em concreto do procedimento e dos meios executivos.

Assim, numa visão de adaptabilidade, o princípio da adequação impõe ao órgão jurisdicional o dever de *“prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso”*¹⁷⁵. Isso implica dizer que toda e qualquer solução dada pelo legislador, em matéria de execução civil, *“não raro pode e deve ser complementada pelo órgão jurisdicional, podendo ele, dependendo do caso, e em se tratando de normas infraconstitucionais, rever a própria solução legislativa”*¹⁷⁶, até porque as situações de insuficiência dos meios executivos podem redundar em denegação da tutela executiva, o que consiste em autêntica violação a direito fundamental.

Contudo, esse dever imposto ao juiz de, atento às necessidades dos valores em conflito, aplicar a medida executiva mais idônea à prestação da tutela jurisdicional, deve ter como norte não apenas contornar eventual insuficiência dos meios executivos para a efetividade do processo, mas assegurar a própria eficiência da prestação jurisdicional, pois se trata de meta que engloba o ideal de completude do sistema executivo e efetividade dos meios executivos. Tanto quanto já se reconheceu em relação ao

¹⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, Op. cit., p. 117.

¹⁷⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. Op. cit., p. 97.

princípio da efetividade, o princípio da eficiência “*exerce função interpretativa importante em relação ao princípio da adequação*”¹⁷⁷, de forma que efetividade e eficiência se entrelaçam para moldar a adequação, estando esta voltada a promover aqueles fins.

Por conseguinte, no plano da atividade jurisdicional, o labor de adequação dos meios executivos não deve se limitar à busca pela efetividade, mas pela realização prática do direito de maneira eficiente, ainda que, para tanto, seja necessário construir uma solução individualizada não prevista expressamente em lei, mas legitimada pela eficácia imediata do direito fundamental à tutela executiva, e pela cláusula geral de efetivação idealizada no âmbito infraconstitucional.

Em outro ângulo, é preciso dizer também que, se os meios executivos típicos se revelarem concretamente adequados para atender com eficiência às características do caso, não cabe ao juiz qualquer flexibilização¹⁷⁸, devendo seguir, sem qualquer margem

¹⁷⁷ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 67.

¹⁷⁸ Em sua obra sobre a flexibilidade procedimental no processo civil brasileiro, GAJARDONI concebeu três sistemas de flexibilização procedimental. O primeiro é o sistema da flexibilização por força de lei, pelo qual a autorização para que o juiz proceda à adaptação do procedimento decorre de expressa disposição legal. Essa autorização legal pode ser genérica, conferindo-se ao julgador, mediante cláusula geral, a competência para proceder à variação procedimental adaptadora, como também pode ser alternativa, quando há o estabelecimento legislativo de variantes rituais, cabendo ao juiz eleger, dentre as opções previamente idealizadas, aquela que seja mais adequada para o caso concreto. O segundo é o sistema da flexibilização procedimental judicial, pelo qual, ainda que não haja previsão legal a respeito, compete ao juiz modelar o procedimento para a obtenção da tutela adequada, elegendo os atos processuais que serão praticados na série. O terceiro, por fim, é o sistema da flexibilização voluntária das regras de procedimento, pelo qual cabe às partes eleger os procedimentos ou os atos processuais do encadeamento do processo. Com enfoque sobre o CPC/73, GAJARDONI alinhou a cláusula geral executiva do art. 461, § 5º como exemplo de disposição legal que propiciava ao juiz, de maneira genérica, poderes expressos para adequação da forma ao caso concreto, com vistas à satisfação de obrigações de fazer, de não fazer e de dar coisa. Assim, reconheceu o referido autor na cláusula geral de medidas executivas atípicas para essas espécies de obrigação a adoção do sistema de flexibilização legal genérica do procedimento executivo, com amplo alcance na efetiva satisfação dessas obrigações: “*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 (de coerção) necessário para a satisfação da obrigação. Abandonou-se o vetusto modelo de tipicidade das medidas executivas – no qual estão elas todas previamente explicitadas pelo legislador – para permitir ao julgador a integração da norma jurídica com a eleição da medida mais adequada à satisfação do caso concreto. Obviamente, para a eleição do melhor ato de apoio da série, o juiz há de atentar para as limitações inerentes ao regime geral de flexibilização (como o contraditório útil), além das vedações legais específicas do processo executivo. Deve, por exemplo, rememorar que ainda vige no nosso sistema executivo, pese cada vez de forma mais abrandado, o princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), a impor ao juiz, sempre que houver duas medidas executivas possíveis e igualmente vantajosas ao credor, a eleição da que for menos gravosa ao devedor. Deve, também, atentar para o princípio da*

de discricionariedade, as regras específicas projetadas pelo legislador. A calibração do procedimento e dos meios executivos às circunstâncias da causa é medida que só se revela idônea quando, de maneira motivada, seja demonstrada a necessidade de ajuste do processo por parte do juiz para melhor atender à situação substancial.

Dessa forma e em termos práticos, considerando a incidência imediata e direta do direito fundamental à tutela jurisdicional na esfera de responsabilidade do legislador e do órgão julgador, não há outro caminho a não ser adotar a interpretação de que as normas que veiculam cláusulas gerais executivas, como aquela do art. 139, IV, do CPC/15, foram deliberadamente idealizadas a fim de permitir a máxima integração possível entre o direito material e o processo.

Essa ilação é de capital importância para compreender o espectro do poder geral de efetivação do juiz conferido pela cláusula geral em questão, pois permite repelir duas objeções que podem ser lançadas contra o enunciado prescritivo em foco: i) a de que o preceptivo não representa inovação ou é superestimado quanto à sua aplicação útil no processo civil; ii) a de que o preceptivo deve ser lido de maneira comedida e limitada, pois conferir amplos poderes ao juiz é cancelar arbitrariedades.

Quanto à primeira objeção, comenta-se que o enunciado do art. 139, IV não deve ser superestimado, pois se trata de um dispositivo vestigial que restou de uma proposta, afastada ao longo da tramitação legislativa do Código, cujo objetivo era eliminar efetivamente a ideia de tipicidade¹⁷⁹. Contudo, a leitura mais consentânea com o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva remete à necessidade de se extrair da norma sua máxima eficácia, a fim de se construir um sistema de efetivação dos direitos realmente pleno e eficiente.

*proporcionalidade, corolário do devido processo legal substancial, e para a vedação constitucional da prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII, da CF). De qualquer modo destacar que a presente regra flexibilizadora, mesmo diante das limitações supra, tem enorme alcance na efetiva satisfação das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa certa, especialmente se empregada junto com as multas diárias referidas nos §§ 2º e 4º do art. 461 do CPC, e se os juízes usarem de criatividade no seu uso, inclusive estendendo o alcance da norma para abranger, também, as obrigações de igual natureza constantes dos títulos executivos extrajudiciais” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Op. cit., 137-158, passim).*

¹⁷⁹ ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilson. *Reforma e efetividade da execução no novo CPC*. Op. cit., p. 67.

Quanto à segunda, menciona-se o risco, não de todo equivocado, de o art. 139, IV ser tomado como carta branca para o juiz tomar qualquer medida, descambando em arbitrariedades¹⁸⁰. Deve-se assentar, porém, que “*aquilo que pode ser visto como técnica discriminatória, ou como violação de uma garantia, pode assumir outra configuração, quando analisado em face das necessidades dos direitos*”¹⁸¹. Isso implica afirmar que, entre abordar o poder concedido pelo legislador ao juiz como uma carta aberta a arbitrariedades, e interpretar o dispositivo como a estipulação de um dever normativo ao juiz que o vincule à adoção das medidas necessárias e adequadas à promoção prática de direitos, deve-se evidentemente perfilhar a última opção, por estar alinhada com a ideia de efeito imediato do direito fundamental à tutela jurisdicional na esfera de responsabilidade do legislador¹⁸².

Portanto, as cláusulas gerais executivas compreendem normatização voltada a atender as necessidades dos direitos no âmbito do processo, conferindo-se ao juiz a possibilidade de adequação do procedimento e dos meios executivos, sem descurar, evidentemente da esfera de direitos de proteção de ambas as partes.

A previsão de normas abertas e flexíveis é tendência que vem se refletindo na atividade do legislador também no âmbito do processo civil, uma vez que limitar o processo a fórmulas abstratas, específicas e inflexíveis pode ensejar uma prestação jurisdicional insuficiente para a tutela dos diferentes direitos materiais¹⁸³, cada qual com

¹⁸⁰ Alertando para tal risco, embora, naturalmente, propondo interpretação desvencilhando a norma de qualquer viés autoritário: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: março/2018.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁸² Neste passo, impõe-se esclarecer que o risco de atuação do juiz com excesso de poderes ou arbitrariedades deve ser controlado por outras formas, a serem oportunamente tratadas mais adiante (capítulo 4), não com interpretação que limite de maneira generalizada a eficácia da norma processual.

¹⁸³ MARINONI destaca a importância de se admitir que a técnica processual seja maleável às necessidades do direito material, inclusive através de cláusulas gerais permitam dar efetividade à tutela jurisdicional: “*A ideia de adequação do processo ao direito material exige, em um primeiro momento, que o processo seja visto como técnica processual destinada à efetividade dos direitos, para depois se compreender o processo, como técnica indiferente ao direito material, é fechado em si mesmo, e, portanto, algo inservível. Nessa linha de raciocínio, torna-se fácil perceber que, se o processo ficar limitado à legislação processual ou, melhor dizendo, tiver a sua feição escravizada à lei, muitas vezes ele poderá ficar distante das necessidades dos direitos e da vida. Assim, não há por que ver como sinal de evolução o art. 111 da Constituição italiana, que sublinha que la giurisdizione si attua attraverso il giusto processo regolato dela legge, se daí for retirada a conclusão de que o juiz não mais poderá se valer do seu poder discricionário, ou de eventuais “cláusulas gerais processuais”, para dar efetividade à tutela*

especificidades muitas vezes só aferíveis no caso concreto. Dessa forma, partindo da indispensável integração entre o direito material e o processo, a previsão de normas que permitam a adaptação do procedimento e das técnicas processuais é o caminho mais eficiente para concretizar-se o direito fundamental à tutela jurisdicional, precisamente por permitir que o processo atenda às necessidades do direito material, as quais “*nada mais são do que os resultados jurídico-substanciais que o processo deve proporcionar para que os direitos sejam efetivamente protegidos*”¹⁸⁴, permitindo, assim, a tutela dos direitos.

A compreensão dessa dinâmica entre a atuação do legislador em abstrato e do órgão jurisdicional em concreto para a adequação da atividade executiva em prol de uma tutela jurisdicional realmente eficiente é fundamental para traçar uma das mais importantes reflexões sobre o sistema executivo para efetivação de obrigações de pagar moldado pelo CPC/15, harmonizando a tipicidade e a atipicidade executiva.

2.2.2.6 INVIABILIDADE DE CONTROLE DOS ATOS EXECUTIVOS NEGOCIAIS A PARTIR DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL

No item anterior, tratamos do controle judicial (adequação) dos meios executivos, a partir da cláusula geral executiva e sob orientação do princípio da eficiência. Em perspectiva diversa, cumpre abordar se é possível ao juiz interferir em atos executivos negociais típicos e atípicos, a pretexto de violação ao princípio em comento.

Como é cediço, para além de modelos negociais típicos, preeminente espaço para o autorregramento na seara processual foi aberto com o CPC/15, a partir da cláusula geral do art. 190, que, em enaltecimento ao direito fundamental de liberdade (autonomia privada), confere às partes o poder de convencionar negócios jurídicos processuais

jurisdicional. Perceba-se que uma interpretação radicalmente literal desse dispositivo constitucional, ao tentar anular o poder do juiz, eliminaria, no direito brasileiro, boa parte dos benefícios trazidos pelos arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC” (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. Op. cit., p. 21-22).

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 22.

atípicos, moldando certos aspectos procedimentais e processuais antes ou durante o processo, considerando as especificidades e necessidades do caso concreto.

Para tanto, além da capacidade das partes, é preciso que os direitos envolvidos admitam autocomposição, que não haja violação ao ordenamento jurídico capaz de gerar nulidade, e que as partes estejam em situação de igualdade, como previsto na norma referida.

A cláusula geral da negociação processual encontra eco na tendência incorporada pelo CPC/15 de permitir a adequação processual, desta feita numa dimensão voluntária ou negocial, a fim de que as próprias partes, a partir de manifestação da vontade, promovam a adequação em concreto do processo de acordo com interesses dos acordantes.

O universo de negócios jurídicos processuais passíveis de adoção é significativamente amplo, podendo interferir no início, no desenvolvimento ou no término da relação processual¹⁸⁵. O processo de execução não escapa à abertura ao autorregramento da vontade das partes a partir de negócios processuais atípicos, havendo, aliás, manifestação doutrinária no sentido de ser a execução o foro mais propício à celebração de convenções dessa natureza¹⁸⁶.

¹⁸⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Negócios processuais*. Salvador: *JusPodivm*, 2015, p. 85.

¹⁸⁶ “Desde logo, devemos lembrar 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 disso, a execução é plena de uma variedade de atos negociais de oferta de bens, concorrência pública nos leilões, avaliação etc., o que atrai um viés mais privatista, ao ponto de o exequente ser frequentemente referido como o “senhor” da execução. Enfim, tudo indica uma prevalência dos interesses privados sobre os interesses públicos, o que conspira a favor da permissibilidade à vontade das partes para conformar, em alguma medida, as formas e atos da execução. (...) 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 à 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” (DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. Revista de Processo, vol. 275/2018, p. 89-117, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan/2018, p. 197).

Refoje aos limites propostos para este trabalho tratar verticalmente do tema do autorregramento na atuação executiva dos direitos, o que renderia um estudo específico. O que importa para a presente análise é apenas reconhecer que o sistema processual valoriza a vontade das partes e lhes confere competência para direcionarem os atos executivos e o rumo do processo de execução, seja em momento pré-processual, ou mesmo no curso da execução, a partir de mudanças no procedimento executivo para ajustá-lo às especificidades da causa e de convenções sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, na forma da cláusula geral do art. 190 do CPC/15. Nesse sentido, há manifestações doutrinárias¹⁸⁷ e enunciados científicos¹⁸⁸ a respeito de exemplos de negócios jurídicos processuais afetos à execução.

¹⁸⁷ DIDIER e CABRAL alinham as seguintes hipóteses de negócios processuais atípicos na execução: “i) celebração de *pactum de non exequendo*, pelo qual a parte compromete-se a não requerer a execução de um título executivo, mas sem abrir mão do crédito, podendo usá-lo como um contradireito no caso de compensação ou optar por modalidades extrajudiciais menos invasivas, como o protesto ou inserção do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito; ii) estipulação de cláusula executiva ou cláusula de exequibilidade, para conferir eficácia executiva a um documento, ou, de reverso, cláusula de exclusão de eficácia de título executivo de documento que conste no rol do art. 784, relegando o credor à propositura de ação de conhecimento ou monitoria; iii) negócios jurídicos sobre medidas executivas atípicas que podem ser utilizadas, que passam, então, a ser medidas típicas, de origem negocial, ou sobre medidas atípicas que não podem ser utilizadas; iv) negócios jurídicos sobre a penhorabilidade de bens disponíveis ou alienáveis; v) negócios jurídicos sobre a responsabilidade patrimonial, limitando a execução a certa massa de bens do executado, excluindo um ou mais bens da esfera de incidência da responsabilidade patrimonial, ou estipulando garantias sobre determinados bens sem eficácia de direito real; vi) pacto de prelação, dispondo sobre a ordem dos bens a penhorar; vii) benefício de ordem convencional atípico, em que um devedor passa a ter o direito de, primeiramente, ver executados bens do codevedor, na execução de dívida comum; viii) escolha convencional do depositário e do avaliador” (DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. Op. cit., passim).

¹⁸⁸ Confirmam-se os seguintes enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – 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”; 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)”.

O que importa nesta exposição é afirmar que, a rigor, estando as partes em situação de igualdade e tratando-se de direitos que admitam autocomposição, a convergência de vontades necessária à celebração de negócios jurídicos processuais pressupõe a valoração e equilíbrio dos interesses em jogo, o que é contexto que tende a estipulações que visem à eficiência processual. Consequência de relevo decorrente da negociação processual é a possibilidade de estipulação de meios executivos atípicos para aplicação de forma imediata, não subsidiária, contanto que seja medida admitida pelo ordenamento jurídico, o que pode contribuir decisivamente para a eficiência processual, como tratado no item 4.5.

Por outro lado, e a despeito da referida tendência à eficiência, ponto nevrálgico consiste em saber se o órgão judicial pode controlar a validade das convenções processuais executivas a partir do princípio da eficiência; ou seja, se o juiz pode invalidar uma cláusula processual por reputar que ela, no caso concreto, conspira contra a eficiência processual.

Sabe-se que, em regra, a produção de efeito do negócio jurídico processual não depende de intervenção judicial, salvo nos casos que dependam da autovinculação do juiz, em comum acordo com as partes (a exemplo da calendarização processual, conforme art. 191). A função do juiz, portanto, é de fiscalizador, e não de homologador, de modo que só deve se pronunciar na hipótese de verificar algum defeito insanável¹⁸⁹, nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, ou, ainda, se constatar ausência de capacidade de alguma das partes ou constatar que o direito envolvido não admita autocomposição.

Assim, a indagação se volta a saber se seria possível reconhecer nulidade de eventual negócio jurídico processual pelo viés do confronto com o princípio da eficiência processual, considerando sua função interpretativa bloqueadora (item 2.2.2.3).

¹⁸⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Negócios processuais*. Salvador: *JusPodivm*, 2015, p. 526-527.

A propósito da questão, EDUARDO LUIZ CAMPOS sustenta que quando negócios processuais tornem ineficiente o processo, isto é, “*quando esses atos das partes não promoverem os fins enunciados pelo princípio da eficiência, eles poderão ser invalidados, por conterem um vício*”¹⁹⁰.

No entanto, pensamos que tal orientação não deve ser aplicada no processo de execução, considerando, até como outro desdobramento do direito fundamental à liberdade, o princípio da disponibilidade da execução, pelo qual o exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva, conforme art. 775 do CPC/15. Seria um contrassenso admitir que o exequente possa, através de negócio jurídico típico unilateral, desistir de toda a execução ou de um meio executivo sem passar pelo filtro da eficiência, e, em contrapartida, submeter eventual negócio jurídico atípico bilateral a controle deste jaez. Saliente-se, ainda, que eventual cláusula negocial que possa ser tida como ineficiente por minimizar a potência da execução pode estar inserida num contexto de negociação mais amplo, inclusive envolvendo aspectos da relação de direito material ou outras avenças processuais.

Aliás, sobre o tema, vale mencionar que os negócios jurídicos de garantia real são negócios jurídicos típicos sobre a penhorabilidade, havendo divergência doutrinária quanto ao alcance do art. 835, § 3º, do CPC/15, qual seja, i) se a norma confere garantia tanto ao credor quanto ao bem que poderá ser penhorado para garantir o crédito, como ao devedor no que tange ao bem sobre o qual recairá primeiramente a responsabilidade patrimonial, escudando o restante de seu patrimônio¹⁹¹; ou ii) se a norma confere garantia apenas ao credor, que poderá optar pelo dinheiro para fins de penhora, em detrimento do bem dado em garantia¹⁹².

Se a garantia é acessória em relação ao direito do credor à responsabilidade patrimonial do devedor, e se a execução corre no interesse do credor e com o objetivo de arrecadar

¹⁹⁰ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 115.

¹⁹¹ Posição manifestada por DIDIER e CABRAL (DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. *Op. cit.*, p. 217).

¹⁹² Posição manifestada por ABELHA (ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. *Op. cit.*, p. 342-343), e por MEDINA (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.209).

dinheiro para satisfação da prestação, o princípio da eficiência naturalmente leva à interpretação que prestigia a segunda linha de entendimento acima, de modo a ser admissível a penhora direta de dinheiro, ainda que haja garantia real sobre bem do patrimônio do devedor, pois se trata de garantia estipulada em favor do credor. Embora ambos os meios possam, em tese, levar à efetividade da norma concreta, a penhora de dinheiro acelera a satisfação do credor, conferindo maior eficiência à execução.

Contudo, e conforme premissa firmada anteriormente acerca da ponderação entre o princípio da eficiência e o princípio da disponibilidade da execução, nada obsta que a própria cláusula negocial disponha expressamente acerca do tema, estipulando pacto de prelação alçando o bem dado em garantia em patamar prioritário na penhora (art. 848, II, do CPC/15). Aliás, disposição expressa em um ou outro sentido se afigura recomendável precisamente para evitar impasse e discussão processual que delongue o procedimento e, assim, conspire contra a eficiência da execução.

Em rápida conclusão, as possibilidades abertas pela cláusula geral de negociação processual permitem uma participação mais ativa das partes na atividade executiva, dando ensejo a uma prática negocial que pode contribuir para adequação do processo executivo em direção à eficiência processual. Contudo, não se revela viável o controle judicial dos negócios jurídicos atípicos sob o prisma da eficiência, em se tratando de direitos disponíveis.

2.3 TUTELA EXECUTIVA DO CRÉDITO E PROTEÇÃO DOS VALORES DO EXEQUENTE E DO EXECUTADO

De maneira sintética, e desconsiderando nessa abordagem as peculiaridades e problemas atinentes à execução a título universal (falência, concordata e insolvência civil) e às situações de superendividamento no consumo, a atividade executiva deve congrega e

harmonizar três grandes interesses: a) o interesse do exequente; b) o interesse do executado; c) o interesse do processo¹⁹³.

Do lado do exequente, como é consabido, os atos da execução são realizados em seu interesse, tal como já dispunha a norma do art. 612 do CPC/73, e como se extrai da norma parelha do art. 797 do CPC/15, o que significa dizer que a atividade executiva é dirigida no sentido de realizar em concreto a satisfação do direito do exequente. Tal norma, como reconhece balizada doutrina, veicula princípio específico da execução¹⁹⁴, o qual, sem dúvidas, vincula-se à concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, o que é premissa adotada neste estudo para a adequada compreensão dos meios de execução. Nessa toada, a atividade executiva somente atenderá ao imperativo de um processo justo (*giusto processo*) se estiver estruturalmente vinculada à premissa de tutela do direito do credor¹⁹⁵, a qual, como visto, deve se dar com alinhamento na eficiência processual.

Pelo lado do executado, milita o princípio da execução pelo modo menos gravoso ou princípio do menor sacrifício possível, conforme previa o art. 620 do CPC/73, em norma reformulada e aprimorada no art. 805 do CPC/15¹⁹⁶. Esse princípio implica balizar a execução a fim de que a satisfação do credor seja buscada com o menor sacrifício possível para o devedor, de forma que as medidas executórias devem sopesar os dois interesses opostos. Tal princípio “*deve nortear a realização da tutela executiva justamente porque não é justo nem legítimo submeter o executado (seu patrimônio) a uma situação de maior onerosidade do que a que seria indispensável para a satisfação do direito do exequente*”¹⁹⁷.

¹⁹³ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 37.

¹⁹⁴ GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução. Op. cit.*, p. 305.

¹⁹⁵ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil. op. cit.*, p. 09; ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 37.

¹⁹⁶ Diz-se que a disciplina normativa do princípio em tela foi aprimorada porque o CPC/15, de maneira inovadora, passou a exigir que o executado que alega ser a medida executiva mais gravosa deve indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados, como previsto no parágrafo único do art. 805, o que se vincula ao dever geral de todas as partes de colaborarem (princípio da cooperação) para a consecução da atividade satisfativa em tempo razoável. Trataremos mais dessa norma, inclusive de sua conexão com o princípio da eficiência, no item 3.4.3.

¹⁹⁷ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil. Op. cit.*, p. 63.

Quanto ao interesse do processo, este decorre do caráter publicístico do processo, o qual, no pormenor da execução, manifesta-se no interesse do Estado na efetivação prática da norma de direito material e na efetividade e eficiência dos mecanismos postos à disposição da atividade executiva¹⁹⁸, até como forma de desestímulo aos conflitos através da prevenção geral à comunidade quanto à necessidade de observância das normas jurídicas.

Sabe-se que a função jurisdicional executiva tem por arquitetura um módulo processual em que se desenvolve atividade voltada ao desfecho único atinente ao cumprimento da norma concreta e conseqüente satisfação do direito do exequente, estribando-se, para tanto, em atos imperativos e invasivos em face da esfera jurídica do executado. De tal ângulo, observa-se que a atividade executiva envolve uma relação de poder e sujeição entre alguém com direito constitucional fundamental à obtenção da justa tutela contra alguém que quer preservar ao máximo seu patrimônio¹⁹⁹.

É por isso que, naquele conjunto de interesses envolvidos na execução, evidencia-se que a relação de maior tensão se estabelece entre os interesses antagônicos do sujeito ativo da relação jurídica de direito material, em favor de quem a execução se desenvolve, e entre o sujeito passivo, em favor de quem pesa a regra de que a execução deve se dar do modo menos gravoso²⁰⁰.

O equilíbrio dessa relação, dentro da balança estruturada pelas normas que compõem o devido processo legal, deve ser alcançado ponderando-se não apenas o princípio da execução no interesse do credor com o princípio do menor sacrifício possível, como também possível colisão entre direitos fundamentais do credor, dentre os quais se sobrepõe o direito à tutela executiva, e eventuais direitos fundamentais do devedor que, concretamente, podem servir de anteparo contra atos executivos. Tais valores são os recursos ou elementos a serem laborados para extração do meio executivo mais eficiente

¹⁹⁸ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 39.

¹⁹⁹ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil. Op. cit.*, p 07.

²⁰⁰ "A história da atividade de execução é a história da tentativa de equilíbrio entre os direitos do credor e do devedor, com o interesse público na manutenção do respeito à lei e à autonomia privada" (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 54).

à obtenção da tutela executiva, pensando-se na fórmula de maior rendimento possível com a máxima minimização de sacrifício dos interesses em jogo.

No trato do tema, portanto, não se deve descurar da posição jurídica do devedor, considerando o potencial prejuízo que a atividade executiva, caso excessiva e desmedida, pode provocar em sua esfera jurídica, sobretudo com a abertura do sistema processual, através da cláusula geral de efetivação, para a adoção de atos executivos atípicos. Mas também é curial, mormente nas execuções para obrigação de pagar, pensar-se além do crédito quando se abordam os interesses em cheque sob o ponto de vista do credor. Neste conflito de interesses, não há mais espaço para persistir em interpretação desvirtuada da menor onerosidade a ponto de inviabilizar a execução, conforme reflexões retomadas no item 3.4.3, que denotam que a cláusula da menor onerosidade há de ser entendida sob a ótica da eficiência executiva.

2.3.1 INEXISTÊNCIA DE DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE E PROTEÇÃO PATRIMONIAL DO EXECUTADO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na esteira de reflexões preliminares assentadas no tópico anterior, e no pormenor dos valores a serem tutelados em prol do executado, adere-se à premissa perfilhada por ZANETI, com base na doutrina de LUIGI FERRAJOLI, de que não há no ordenamento jurídico um direito fundamental de propriedade. Segundo o autor referido, o direito de propriedade é disponível e privado, e sua assimilação aos direitos fundamentais foi uma operação ideológica que deve ser descortinada e superada. O direito fundamental previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88 deve ser compreendido como o direito fundamental à propriedade, ou seja, o direito de tornar-se proprietário, o direito universal e

indisponível de acesso à propriedade, o qual não se confunde com o direito privado de propriedade²⁰¹.

Por isso, como propõe o referido professor, faz-se necessário proceder a uma reclassificação dos direitos que permita efetuar a purificação deste desvio ideológico, dimensionando o direito de propriedade como um direito privado e o direito à propriedade como um direito fundamental.

Dessa forma, enquanto o direito fundamental à propriedade constitui-se em direito fundamental que protege tanto os credores como os devedores, por consistir no direito de tornar-se proprietário, o direito de propriedade não é fundamental, mas um direito privado e disponível que, muito antes de servir de anteparo à execução, justifica o princípio da responsabilidade patrimonial, pela qual o executado responde à execução com todos os seus bens.

Com tais considerações teóricas, infere-se que não cabe invocar, naquela equação em que se busca o equilíbrio e a eficiência da execução, o direito de propriedade do executado, pois é inerente à execução o potencial de provocar gravames em bens de propriedade do executado. A assertiva, evidentemente, não deve ofuscar o fato de que o direito de propriedade do executado é resguardado pela observância das regras do jogo

²⁰¹ Como anota ZANETI, FERRAJOLI distingue o direito fundamental à propriedade e o direito privado de propriedade, desenvolvendo seu estudo crítico tendo como enfoque a equivocada assimilação entre os conceitos de liberdade e de propriedade, cuja origem remonta ao liberalismo burguês. Em uma exposição resumida da análise feita pelo professor gaúcho acerca da teoria traçada por FERRAJOLI, extrai-se que a sobreposição das dimensões da liberdade e da propriedade encontrou forte esteio na concepção liberal burguesa, pela qual se buscou justificar os direitos de liberdade com a afirmação de que cada um é, no mínimo, proprietário da própria pessoa. Tal operação teórica identifica na vida, na saúde, na liberdade e na propriedade os bens igualmente tutelados pela lei natural, cuja conservação insere-se na finalidade do Estado. Num passo seguinte, equipara-se o direito de propriedade à segurança, à resistência à opressão e à liberdade (conforme art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789). Dessa forma, passa-se à positivação da propriedade como direito natural e imprescritível do homem, ao lado, dentre outros, do direito à liberdade. Tal concepção, na ciência jurídica contemporânea, encontrou aval na doutrina dos direitos subjetivos, que buscou justificar dogmaticamente os direitos de liberdade e de propriedade como direitos da mesma espécie. Assim, na base do direito moderno, encontra-se uma série de operações teórico-políticas de cunho ideológico, voltadas à supralégitimação política e moral da propriedade enquanto fundamento e corolário da liberdade. Segundo ZANETI, essa assimilação do direito de liberdade ao direito de propriedade, em termos de concepção do modelo de processo executivo, resultou numa distorção em benefício do devedor, que repercutiu no estabelecimento da premissa de que, pela gravidade da invasão dos direitos de propriedade, apenas um procedimento complexo para expropriação, com muitas garantias para o executado, poderia estar de acordo com o processo justo. (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 44-52).

da atividade processual executiva, dentre as quais se destacam aquelas que tratam da menor onerosidade (art. 805), da proibição de inutilidade dos atos executivos (art. 836), e da responsabilidade processual objetiva do credor pela execução indevida²⁰², mesmo porque ninguém deverá ser privado de seus bens sem o devido processo legal, conforme mandamento constitucional.

O que se pretende asserir é que o direito de propriedade, por si só, não é valor que deva ser prestigiado para contenção da atividade executiva. A proteção do devedor, neste aspecto patrimonial, deve se dar por outro enfoque: o direito de propriedade deve ser resguardado apenas no que for essencial à preservação do mínimo existencial do devedor, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio, não o direito de propriedade, é que serve de vetor de limitação contra o pendor invasivo da execução.

Como já ressaltado, algumas normas processuais, como aquelas que tratam de hipóteses de impenhorabilidade²⁰³, já buscam, abstratamente, dar densidade normativa ao princípio da dignidade da pessoa humana, evitando a dilapidação de bens do executado a ponto de deixá-lo em situação de penúria ou de dificuldade extrema. Concretamente, contudo, pode haver outras situações, especialmente no contexto da atipicidade da atividade executiva, que ensejarão necessidade de considerações acerca da preservação desse valor constitucional, ou mesmo de outros, ligados à liberdade, ao livre exercício de qualquer trabalho e atividade econômica, dentre outros.

²⁰² Quanto à responsabilidade processual objetiva pela execução indevida, ao exequente imputa-se, de maneira objetiva, a responsabilidade por eventuais danos (morais ou patrimoniais) comprovadamente sofridos pelo executado, decorrentes de quaisquer atos emanados do processo executivo indevido, assim reconhecido por decisão judicial transitada em julgado que infirme a obrigação encartada no título executivo provisório ou definitivo que serviu de base para a execução. Trata-se de responsabilidade civil objetiva decorrente da assunção de riscos inerente à deflagração de qualquer processo executivo. A incidência da responsabilidade independe de comprovação de culpa, bastando a existência de dano que possa ser atribuído a atos efetivados no curso da execução indevida, assim declarada em decisão judicial definitiva. Essa disciplina da responsabilidade processual objetiva é uma forma de proteção do direito de propriedade do executado, que deverá ser recomposto em caso de execução injusta, assim desvelada após demanda cognitiva que infirme, no todo ou em parte, a obrigação espelhada no título executivo, tornando injustos os efeitos substanciais eventualmente decorridos do processo executivo, na forma dos arts. 302, 520, § 4º, e 776 do CPC/15.

²⁰³ O princípio da dignidade da pessoa humana, em sua vertente de resguardo ao mínimo existencial, é o que subjaz às normas que estabelecem impenhorabilidades.

2.3.2 PROTEÇÃO DO EXEQUENTE E ADEQUAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA COM BASE NO DIREITO MATERIAL

Partindo-se do reconhecimento da existência de um direito fundamental à tutela executiva adequada, tempestiva e efetiva, ou seja, eficiente, é possível afirmar, com base na lição de ZANETI, e com especial enfoque sobre as obrigações de pagar quantia, que “*o comportamento das partes (the applicant’s conduct), a atividade judicial (conduct of the competent authorities), a complexidade da causa (complexity of the cause) e o critério do bem jurídico tutelado ou da natureza do crédito (posta in gioco, what is at stake in the dispute) deverão ser analisados para se determinar ou não a adequação do procedimento executivo por penhora e expropriação, como procedimento típico e preferencial*”²⁰⁴.

Com luzes sobre o último critério citado, a premissa do citado autor é a de que, como a tutela dos direitos está ligada às máximas da adequação, da tempestividade e da efetividade (em nosso modo de ver, da *eficiência*), a natureza do crédito em jogo poderá implicar uma diferenciação dos procedimentos executivos.

Tal enfoque dogmático apresenta distinta relevância quando se observa, ao menos a partir de uma análise preliminar e superficial, que, com exceção dos créditos alimentares, o sistema processual de tutela executiva do direito de crédito foi concebido de forma a não diferenciar, no que se refere à adequação dos atos executivos, a origem, a natureza ou as necessidades do direito material que está na base dos títulos executivos.

A lógica vigente, até como decorrência de toda a construção teórica a respeito da abstração do título executivo, é a de que o crédito é um fim em si mesmo, sendo despiciendo perquirir, com a ressalva já feita quanto aos créditos alimentares, as peculiaridades do direito material, como se o interesse do credor fosse exclusivamente financeiro, desvinculado de qualquer situação existencial ou de outros interesses que possam eventualmente merecer guarida.

²⁰⁴ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 40.

Contudo, não se pode tratar com a mesma medida execuções que, embora igualmente envolvam valores pecuniários, estejam ligadas a situações de direito material absolutamente distintas. É iníquo, por exemplo, conferir a uma instituição financeira que tenha deixado de receber certos valores o mesmo tratamento processual dado a uma pessoa física credora que busca o ressarcimento de valores cuja ausência repercute de maneira deletéria na consecução de projetos relacionados a necessidades afetas à dignidade da pessoa humana, como moradia, transporte, lazer, segurança, educação, entre outras. Igualmente, não cabe tratar uma cobrança de valores relacionada a ressarcimento de danos ambientais como uma mera execução por quantia certa, igual a outra qualquer.

Mesmo os créditos fazendários não escapam a essa lógica. Para fins de cobrança executiva da dívida ativa²⁰⁵, não se confere qualquer relevância ao fato de o crédito se originar de um mero inadimplemento de uma obrigação tributária regularmente declarada, ou se o crédito se origina de imposição de ressarcimento ao Erário em razão de conduta que se amolda a um tipo penal, como, por exemplo, nos casos de estelionato contra a Previdência Social, ou se o crédito decorre de ato ilícito que configura improbidade administrativa. O devedor inadimplente e o devedor estelionatário são tratados de maneira igual. A força com que se empenham os mecanismos de execução e o tratamento que se confere aos executados em ambas as situações são, na prática, os mesmos, não se enxergando além dos valores pecuniários enquanto meras cifras. Até a multa criminal, após inscrita em dívida ativa da Fazenda Pública, passa a ser tratada, no âmbito da execução judicial, como uma obrigação de pagar quantia como outra qualquer²⁰⁶.

Não há dúvidas de que essa visão superficial do crédito, tratado como um fim em si mesmo, não contribui no empenho de idealização de uma execução eficiente, pois os

²⁰⁵ Vale lembrar que a dívida ativa fazendária abrange créditos tributários e não tributários, conforme art. 39 da Lei nº 4.320/64.

²⁰⁶ Assim dispõe o art. 51 do Código Penal: “*Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição*”. No âmbito da Fazenda Nacional, um tratamento diferenciado, pré-processual, que as multas criminais recebem é que a elas não se aplicam os limites de valor para inscrição em Dívida Ativa da União e ajuizamento, periodicamente estabelecidos pelo Ministério da Fazenda.

interesses em jogo pelo lado do exequente acabam não entrando na equação para obtenção o maior rendimento possível com o mínimo desperdício de recursos, é dizer, com o mínimo sacrifício das situações de direito material, inclusive aquelas encobertas pelo crédito.

O que se quer ressaltar, nesse cenário, é a necessidade de descortinar o crédito e aferir o que está por trás do valor em cobrança, a fim de se ponderar qual o prejuízo ou necessidade do direito material que foi frustrada, de maneira a se calibrar a intensidade das medidas executivas a serem adotadas, com base no poder geral de efetivação encartado no art. 139, IV, do CPC/15 e sob orientação do princípio da eficiência. O processo de execução deve deixar de ser pensado como *ready-to-wear* ou *one size fits all* para *made to measure*²⁰⁷, inspirando-se na tendência amplamente reconhecida pela doutrina processual de adequação do processo de conhecimento.

Nesse sentido, vale citar as colocações de ZANETI:

A obrigação de pagar quantia certa poderá ter um procedimento diferenciado em razão do direito material à base do título executivo. Isso vale para os títulos executivos judiciais e para os títulos executivos extrajudiciais, como se verá (arts. 139, IV, 771 e 513 do CPC/2015). Os direitos decorrentes de especial tutela de interesse público, como os direitos coletivos, os direitos do consumidor individual, os direitos de idosos etc, poderão influir no equilíbrio da execução. Não é a parte em si, grupo, consumidor ou idoso, que interfere, mas os próprios direitos materiais na base dos títulos executivos, que regem a relação material entre exequente e executado, que justificam o tratamento diferenciado e permitem, potencialmente, mais atividades atípicas na execução para pagamento de quantia certa.²⁰⁸

Por outro lado, é curioso observar que análises críticas de casos envolvendo a aplicação da cláusula geral de efetivação do art. 139, IV do CPC/15 colocam em evidência uma preocupação excessiva e exclusiva com os direitos do devedor, sem que se renda um mínimo de atenção ao direito material do credor, quando não se trate de crédito alimentar.

²⁰⁷ Expressões colhidas de ZANETI, inclusive com breve referência à moderna ideia de *design* de litígios (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 91).

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 40-41.

Lança-se, por exemplo, toda sorte de catilinária contra as medidas coercitivas atípicas que redundem em restrição parcial a direitos não patrimoniais do devedor²⁰⁹, sem que haja qualquer consideração com relação ao que está por trás do crédito do exequente. Ignora-se por completo se o credor, em razão da inadimplência do devedor, também sofreu privações em sua liberdade ou restrições para a prática de atos negociais do cotidiano.

Ora, o crédito pode ter origem em situações obrigacionais que, não obstante não tenham repercussão em aspectos alimentares, também afetam de maneira deletéria a esfera jurídica do credor, como nos casos de ressarcimento por danos provocados ao consumidor em razão do não cumprimento de avenças contratuais que dizem respeito ao lazer, ao bem-estar ou mesmo a situações existenciais da pessoa humana²¹⁰.

Pertinente, ainda, apontar que a progênie do crédito pode estar atrelada não a uma relação obrigacional, mas a ato ilícito decorrente de violação de dever jurídico de relevante interesse social, como nos deveres relacionados à proteção do meio ambiente, da probidade administrativa, dentre outros.

Nesse diapasão, o modelo executivo germânico, que prevê para cada espécie de obrigação uma espécie de execução pode se revelar insuficiente em variadas situações. Basta pensar que a execução por expropriação, que é o procedimento típico para obrigação de pagar quantia, pode não atender adequadamente à tutela de obrigações de pagar quantia certa decorrentes de deveres relacionados à preservação do meio ambiente, na medida em que, sendo um procedimento demorado, caro e burocrático, enfraquece os elementos de prevenção geral e prevenção especial, que são interesses subjacentes à tutela do bem jurídico²¹¹. Também em casos de tutela coletiva envolvendo obrigações pecuniárias que tocam a grupo indeterminado ou que gerem execuções multitudinárias, o modelo individualista típico da relação credor-devedor, baseado na

²⁰⁹ As posições doutrinárias restritivas com relação ao uso de medidas executivas atípicas em obrigações de pagar quantia serão apreciadas com verticalidade no capítulo 4.

²¹⁰ Neste pormenor, basta referir-se aos diversos casos noticiados de consumidores que compraram pacotes de turismo sem a devida contrapartida pela agência de turismo ou de pessoas que aplicaram investimentos de uma vida em imóveis que não saíram do papel, para ficar em alguns rápidos exemplos.

²¹¹ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 94.

exortação ao pagamento sob pena de penhora-expropriação, é absolutamente ineficiente (conforme tratado no item 4.11).

Tal é a linha de pensamento esgrimida por ZANETTI:

Não se pode tratar todos os direitos materiais como se fossem direitos de crédito decorrentes das relações comerciais privadas, abstraindo a sua causalidade. A complexidade e dinamicidade dos direitos subjetivos atuais, os direitos-deveres e a tutela do interesse público nas obrigações de pagar quantia justificam um tratamento diferenciado a depender do tipo de direito material que está na base do título executivo. Condenações decorrentes de atos ilícitos coletivos, por exemplo, para reparação do meio ambiente, do consumidor e da improbidade administrativa merecem adaptação procedimental que torne mais efetiva sua tutela.²¹²

Nessa linha de considerações, cumpre enfatizar que uma análise mais acurada do sistema processual, especialmente a partir da abertura à atipicidade asseguradas pela cláusula geral executiva e por outras regras abertas, permite extrair a ilação de ser possível a diferenciação dos procedimentos e atos executivos a partir de adequação feita em concreto, com base no direito material em jogo, visando à eficiência da tutela executiva. Deve-se privilegiar a escolha de meios e fins executivos que sejam adequados às diferentes situações postas em juízo, pois *“não existem regras fixas, gerais e abstratas relativamente aos meios executivos, tendo-se em vista a diferença abissal entre as pessoas e respectivos conflitos que levam ao Poder Judiciário”*, de maneira que *“[p]recisam ser tratados desigualmente, na exata proporção das suas desigualdades, mesmo na tutela executiva”*²¹³.

Para tanto, deve-se deixar de lado uma abstração excessiva do título, ao menos no que repercute numa indevida equiparação no tratamento processual executivo de certos tipos de obrigação, especialmente as de pagar quantia certa, de maneira a se conferir relevância ao conteúdo de direito material que deu suporte à obrigação encartada no título, pois se trata de interesse a ser sopesado pela regra da proporcionalidade no momento de concretização da eficiência da execução.

²¹² *Idem, ibidem.*

²¹³ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil. Op. cit.*, p. 08.

Note-se que não se está a defender o uso indiscriminado de medidas executivas atípicas, tampouco se está a pregar dever-se prescindir de qualquer atenção para com os direitos do devedor eventualmente atingidos por medidas executivas atípicas. A crítica é dirigida não contra a preocupação com a posição do devedor, mas contra a *exclusividade* dessa preocupação, a qual, por tal perfil, descamba em protecionismo exacerbado. É necessário que se tragam a lume os interesses do credor, a fim de se reequilibrar a balança dos interesses conflitantes na execução, encontrando-se o ponto ideal sob o influxo do princípio da eficiência processual.

2.4 O PAPEL DO JUIZ NA ATUAÇÃO EXECUTIVA DOS DIREITOS

2.4.1 CRIAÇÃO JUDICIÁRIA DO DIREITO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Ao se tratar da missão atribuída aos órgãos jurisdicionais de assegurar a medida processual mais eficiente à prestação da tutela jurisdicional em cada caso, por força da incidência do direito fundamental à tutela jurisdicional em sua esfera de responsabilidade, abre-se margem para tratar do papel dos juízes na interpretação e aplicação dos enunciados normativos que disciplinam o instrumento de aplicação do direito, o processo.

A concepção filosófica de que aos juízes caberia unicamente declarar o direito existente, eliminando-se, especialmente a partir de um ideal de completude da codificação, qualquer vestígio de uma atividade criadora do direito, soçobrou, dentre outros motivos, e por mais paradoxal que possa parecer, diante do próprio fenômeno da expansão do direito legislativo²¹⁴.

²¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 18.

Na verdade, a expansão da produção legislativa é um dos aspectos decorrentes da transformação do papel do Estado, que, especialmente no período pós Segunda Guerra Mundial, consolidou a ruptura da formatação liberal para um modelo social, o qual, na prática, implicou a expansão do Estado em todos os seus ramos. Isso porque, se esse modelo social, ao trazer exigências de políticas públicas variadas para a promoção do bem geral, repercutiu no recrudescimento das atividades inerentes às funções legislativas e executivas, seria inescapável à função judiciária acompanhar tal expansão, haja vista os litígios atrelados aos novos direitos que passaram a ser reconhecidos e o florescimento dos movimentos pelo acesso à justiça. Daí a afirmação de CAPPELLETTI de que “*a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de ‘checks and balances’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno*”²¹⁵.

A compreensão da ampliação do papel dos juízes na aplicação das leis (= normas) encontra alicerce, como premissa lógica, na negação de possível antítese que se queira fazer entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes.

Para melhor explicar tal ponto, quadra expor que, nos tratos intersubjetivos, os homens fazem uso de código linguístico e formulam enunciados a fim de externar determinada proposição aos destinatários. Neste desiderato, são variados os níveis de linguagem que podem ser utilizados, de acordo com o grau de precisão linguística empregado pelos sujeitos do processo comunicativo. É dizer, o rigor terminológico com que a linguagem é empregada varia conforme as regras explícita ou implicitamente adotadas em determinado palco de comunicação²¹⁶.

Num contexto coloquial ou informal, a linguagem dita vulgar é a mais adequada para se entabular o processo comunicacional, pois as regras vigentes em tal contexto orientam no sentido do uso de linguagem mais despojada. Em outro extremo, apresenta-se a linguagem científica, a ser usada em contexto que demanda maior rigor terminológico para interpretação da realidade que se pretende reconstruir, a fim de evitar imprecisões,

²¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

²¹⁶ GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. 10. ed. Buenos Aires: Eubeda, 1993, p. 20-23; VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 239-240.

vaguidades e ambiguidades, e de modo a permitir a mais perfeita identificação do sentido da mensagem que se pretende passar²¹⁷. Num grau intermediário, encontra-se a linguagem técnica, que busca aproveitar, em quantidade considerável, palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio da linguagem científica, não chegando, contudo, a atingir o grau de esmero e precisão do discurso científico²¹⁸.

Para transmitir informações imediatas acerca da funcionalidade do objeto, o legislador vale-se de linguagem de nível intermediário para a elaboração dos enunciados legislativos. Portanto, a compreensão dos significados dos signos do sistema linguístico do direito legislado está sujeita a todos os problemas de valência (ambiguidade, vagueza, imprecisão etc.), o que repercute diretamente na própria identificação das normas jurídicas pelos órgãos e sujeitos aplicadores do direito.

Em outras palavras, por maior que seja o cuidado que se confira à linguagem legislativa, sempre haverá, de qualquer modo, ambiguidades ou imprecisões que, em última análise, deverão ser resolvidas na via judiciária, o que implica reconhecer que “*na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade*”²¹⁹.

²¹⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. Op. cit., p. 30-31.

²¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 56.

²¹⁹ Aliás, em belíssima passagem sobre a interpretação e a criação do direito, assim expressa CAPPELLETTI sua reflexão: “*Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruidoso vizinho? E, na verdade, quem poderia confundir as interpretações geniais de Rubinstein, com as também geniais, mas bem diversas, de Cortot, Gieseking ou de Horowitz? Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu “texto”, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas da música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas*” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Op. cit., p. 20-22).

Por isso se afirma que “*mesmo a regra jurídica clara e aparentemente unívoca pode ser transformada em certa medida, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por valorações e ideias do próprio juiz*”²²⁰.

Dessa forma, o direito, como objeto cultural linguístico artificialmente construído pelo homem, manifesta-se tanto pela emissão de enunciados prescritivos (direito legislado), quanto a partir das interpretações (proposições) formuladas com base nos signos dessa camada linguística no palco de sua aplicação concreta no âmbito do processo. Nessa qualidade de sistema linguístico, as valências de seus signos podem cambiar, propositalmente ou não, o que permite inferir que as normas do direito podem ser manipuladas ou modificadas com as variações culturais verificadas no tempo e no espaço.

A partir dessas ideias, constata-se que a interpretação, em maior ou menor grau, é atividade criadora que implica na realização de escolhas em face do objeto de cognição, a fim de preencher lacunas, identificar nuances e esclarecer incertezas. Nesse diapasão, permite-se afirmar que a oposição entre *interpretação* e *criação* do direito é um falso problema, pois essa oposição, na realidade, não existe. O verdadeiro problema, como anota CAPPELLETTI, é outro, qual seja, “*o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais*”²²¹.

No campo da interpretação judicial, é necessário demarcar que a escolha criativa do intérprete, embora apresente um elemento de discricionariedade, não pode ser confundida com uma ideia de total liberdade, a descambar em inaceitável arbitrariedade.

²²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Op. cit., versão eletrônica. Tratando da aplicação em concreto do direito, assim discorre o autor no mesmo texto ora referenciado: “*E nessa aplicação da regra ou do princípio, do direito tout court, o sistema funciona como língua, isto é, como sistema de regras de uso das palavras da linguagem jurídica na qual se nomeiam os fatos a serem apreciados e valorizados. Na verdade, os significados expressos na língua jurídica, empregada na aplicação operativa do direito, são tão ambíguos e opináveis como as regras de uso da língua jurídica ditada pelas normas. Daí a permanente necessidade de contextualizá-los, pela inserção no contorno específico fático da causa, para se extrair a decisão justa e adequada do caso concreto, especialmente com a ajuda dos princípios*”.

²²¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Op. cit., p. 21.

Uma decisão baseada em equidade, ou em que se promove ponderação de princípios, ou, ainda, que busca dar concretude a normas abertas, com cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, naturalmente ensejará um grau de criatividade interpretativa mais amplo do que uma decisão baseada em norma que, por apresentar enunciados com descrições mais detalhadas e específicas de seus elementos, permita menores critérios de valoração.

Igualmente, quanto maior o grau de interpretação, maior será o dever do juiz de apoiar sua valoração em argumentação racional, inclusive respeitando os limites de significados normalmente aceitos para as palavras empregadas nos enunciados prescritivos.

Essas considerações são relevantes para destacar o grau de atividade interpretativa e criadora do juiz no exercício da função executiva, especificamente no processo de adequação eficiente dos meios executivos no momento de concretização de cláusula geral executiva como a do art. 139, IV, do CPC/15.

2.4.2 PODERES-DEVERES DE EFETIVAÇÃO DO JUIZ: FUNDAMENTOS E FINALIDADE

Dissemos que a tutela jurisdicional executiva é um direito fundamental que toca ao credor e, como tal, trata-se de escopo a ser alcançado pelo processo, pela força normativa constitucional atinente ao atributo da aplicabilidade imediata. Ademais, não basta qualquer tutela executiva, devendo-se buscar a entrega da prestação jurisdicional da maneira eficiente.

A adequada compreensão do escopo da cláusula geral do art. 139, IV, do CPC/15 demanda perscrutar a posição subjetiva que o juiz ocupa nesse espaço normativo e os respectivos fundamentos atinentes aos poderes-deveres conferidos por tal cláusula.

Embora possa haver um núcleo invariável, a delimitação da finalidade da função jurisdicional não prescinde do cotejo de um determinado ordenamento jurídico, sendo

significativa a mudança dessa função em razão do perfil constitucional adotado em determinado Estado. Em outros termos, o papel que se espera do Poder Judiciário não apresenta o mesmo conteúdo ou forma quando se considera a função jurisdicional num Estado Liberal e quando se a analisa num Estado Democrático de Direito com viés social²²².

As nuances dessa mutação se evidenciam especialmente pela expansão da jurisdição constitucional e pelo reconhecimento dos direitos fundamentais como elementos normativos estruturantes do ordenamento jurídico, o que impõe ao Poder Judiciário um papel de controle mais incisivo dos atos dos demais poderes e de atuação na defesa da liberdade e da cidadania não apenas numa esfera negativa, mas também com a realização de prestações positivas, tudo sob uma hermenêutica que consagre a força normativa da Constituição.

A definição conceitual de “*poder*” encontra, por certo, mais de uma direção, por se tratar de termo vago e plurívoco, examinado por várias áreas do conhecimento humano. Numa visão mais direcionada ao objeto de investigação, compreendendo poder como poder do Estado, permite-se, no campo da elaboração jurídica, definir poder como a possibilidade reconhecida ao Estado de interferir na esfera jurídica das pessoas e impor-lhes obediência, inclusive por meio da força²²³.

Sob um aspecto teórico, o exercício desse poder decorre de prévio consenso entre aqueles que a ele se sujeitarão, sendo a Constituição o elemento central dessa concordância. Insere-se nesse consenso, ao menos num Estado Democrático, a feição instrumental que se confere a esse poder, de forma que este não deve ser exercido como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para consecução de finalidades (= bem comum) que interessam a todos os que se sujeitam ao poder estatal. Esse delineamento permite extrair a indelével vinculação que há entre o poder estatal e as finalidades a

²²² PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26 (Coleção direito e processo). O autor também aponta que essa variação não diz respeito somente à jurisdição, pois também segue outras trilhas, com repercussão na ação e no processo.

²²³ *Ibidem*, p. 28.

serem alcançadas, num arranjo marcado por um compromisso que, naquele prévio consenso, não constitui mera faculdade, mas verdadeiro dever.

Portanto, à posição subjetiva de poder do Estado também se une a posição de dever, numa relação de que decorre a noção de função, a qual, sob o aspecto jurídico, consiste no exercício de competências destinadas a atingir finalidade predeterminada, por meio de poderes outorgados no interesse da coletividade. Nesse sentido, remarcando o caráter meramente ancilar e instrumental dos poderes dos órgãos estatais, destaca ZANETI que se deve “*verificar que, no Estado Democrático de Direito, as competências públicas são plexos de autoridade atribuídos aos órgãos do Estado para que efetivem os poderes no atendimento do interesse público primário*”²²⁴.

Nessa esteira, e cingindo ao prisma estatal que nos interessa, quando se fala em função jurisdicional, exprime-se justamente o exercício de atividade que é desempenhada com poderes vocacionados ao cumprimento de deveres para atingir determinadas finalidades.

Isso quer significar que, para o cumprimento dos deveres que lhe incumbem, o sistema normativo precisa conferir ao órgão jurisdicional os poderes compatíveis com os escopos a serem atingidos pela função jurisdicional. Como tais poderes só existem e se justificam como meios para consecução dos deveres atribuídos ao órgão jurisdicional, é adequado falar, assim, em poderes-deveres²²⁵.

Neste passo, a questão que se coloca seria averiguar quais as finalidades que tocam à função jurisdicional, o que igualmente abriria vários caminhos no propósito de se ponderar a suficiência ou validade das linhas teóricas sobre o assunto, desde a proposta de jurisdição tendo por fim a atuação concreta da lei, conforme CHIOVENDA, ou a justa composição da lide, como CARNELUTTI, até a teoria instrumentalista, com enfoque nos escopos sociais e políticos da jurisdição, segundo a ideia difundida por DINAMARCO²²⁶.

²²⁴ ZANETI JR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. Op. cit., p. 146.

²²⁵ Determinada linha doutrinária, por reputar que o eixo metodológico da função pública gira em torno da ideia de dever, não de poder, prefere a expressão deveres-poderes. (PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes executórios do juiz*. Op. cit., p. 33-34).

²²⁶ *Ibidem*, p. 34-35.

Por mais instigantes que sejam tais incursões teóricas, que descortinam um panorama amplo sobre a finalidade da jurisdição, a pesquisa ora empreendida, ao tratar dos poderes executivos outorgados pela cláusula geral de efetivação, reclama um corte mais específico, bastando para nosso propósito, num primeiro passo, focar duas finalidades tratadas expressamente no texto positivo, conforme plasmado no art. 4º do CPC, que estatui que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Realmente, decompondo o preceptivo legal em duas vertentes, descortina-se que o direito à solução integral do mérito compreende o direito à resolução do conflito mediante a revelação da norma jurídica concreta, enquanto que o direito à atividade satisfativa diz respeito à atuação dessa norma na realidade factual. Esses direitos, por certo, representam o lado de uma moeda em cuja faceta oposta se encontram os deveres dirigidos a quem se impõem tais direitos. Em outro giro verbal, a leitura do enunciado prescritivo permite extrair norma jurídica que, de um lado, confere direitos subjetivos aos jurisdicionados, os quais, desdobrados do direito constitucional fundamental à tutela jurisdicional, asseguram-lhes prestações jurídicas consistentes na resolução do mérito e na atividade satisfativa, ambas em tempo razoável, e, de outro lado, atribui ao órgão jurisdicional os deveres de garantir, em concreto, no processo, a entrega desses direitos.

Contudo, em outro passo, não se pode deixar de reconhecer que a solução integral do mérito e a atividade satisfativa devem ser qualificadas pelo vetor principiológico da eficiência, o que implica dizer que os poderes-deveres do órgão judicial não devem ser exercidos visando apenas a realização prática da norma concreta (efetividade), mas a melhor solução possível.

Por isso é essencial remarcar que a cláusula geral de efetivação apresenta ligação intrínseca com o conteúdo normativo do art. 4º e do art. 8º do CPC/15, na parte que toca ao princípio da eficiência, na medida em que aquela cláusula confere poderes ao juiz que devem ser interpretados como instrumentos para a consecução dos deveres impostos nestas normas fundamentais do processo civil.

É bem verdade que os poderes-deveres conferidos ao juiz pela cláusula geral de efetivação enfocam, por excelência, a realização da atividade satisfativa, com a entrega

do bem jurídico a que determinado sujeito tem direito, porquanto tais poderes visam fazer cumprir a norma jurídica concreta individualizada no processo, de modo a trazer efetiva modificação no mundo fático e implementar a satisfação do interesse tutelado. Frise-se, ademais, que, como as atividades de cognição e execução podem ser compartilhadas num mesmo módulo processual, na linha do fenômeno da infiltração da execução na fase cognitiva ou da relativização do binômio cognição e execução, do que é reflexo por excelência as tutelas antecipatórias²²⁷, os mecanismos judiciais de efetivação podem ser deflagrados não apenas no módulo executivo, mas também no módulo cognitivo, no interesse de uma atividade satisfativa arrimada em título judicial provisório.

Contudo, parece possível reconhecer, ainda que marginalmente, utilidade dos poderes de efetivação também para a solução integral do mérito, pois, não raro, o amadurecimento do processo para a resolução meritória do conflito demanda certas providências concretas, como a atuação prática de decisões proferidas com base no poder instrutório (v. g., a obtenção coativa de determinados elementos probatórios), ou de decisões prolatadas com base no poder decisório cautelar (quando se fizerem necessárias medidas concretas, descritas na decisão, para assegurar a utilidade final do processo).

O órgão jurisdicional deve ser adequadamente instrumentalizado para perseguir o cumprimento desses deveres de entrega eficiente da prestação jurisdicional. Na perspectiva subjetiva, os poderes de efetivação do juiz somente se justificam para a consecução desses deveres e merecem leitura condizente com a atual fase metodológica quanto aos direitos dos jurisdicionados. A interpretação construtiva da norma que confere os poderes executórios ao juiz deve ter como alicerce os direitos fundamentais do art. 4º do CPC/15 e o princípio da eficiência em sua função interpretativa do sistema.

²²⁷ Com efeito, a chamada infiltração da execução no processo de conhecimento (MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sergio. Curso de Processo Civil: Execução. Vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 54), a provocar verdadeiro enfraquecimento ou relativização do binômio cognição e execução (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 97 e ss.), é uma realidade processual da qual a efetivação das tutelas provisórias é o exemplo mais eloquente. Não cumprida a decisão concessiva de tutela, inclusive determinando o imediato cumprimento de obrigações pecuniárias, devem entrar em cena, de igual modo, mecanismos processuais típicos da atividade executiva, pois trata-se de problema característico dessa atividade.

2.4.3 REFLEXOS DO IDEÁRIO LIBERAL NO PLANO PROCESSUAL: PONTOS DE CONTENÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL EXECUTIVA E EVOLUÇÃO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS

A temática do direito à tutela executiva sob o prisma de direito fundamental envolve a necessidade de compreensão da reconstrução democrática do processo civil brasileiro, especialmente a partir dos influxos da ordem constitucional inaugurada em 1988. Esse debate demanda, dentre outros pontos de análise, uma incursão, ainda que breve, sobre a superação e distanciamento das soluções processuais típicas do Estado Liberal para fins de aprimoramento da atividade jurisdicional executiva. Tal exame é capital para melhor aquilatar o progressivo incremento dos poderes de efetivação ao juiz, desde as reformas implementadas na codificação passada, até a recodificação do processo brasileiro promovida com o CPC/15, com especial destaque para a norma geral de efetivação encartada no art. 139, IV.

Nesta esteira, cumpre inicialmente expor que, em sua concepção original, que passaremos a identificar, forte em linha doutrinária, como Código Buzaid²²⁸, o CPC/73 foi marcado por deitar suas raízes nos princípios vetores do liberalismo, e, não obstante se lhe possa reconhecer grande apuro técnico, especialmente por incorporar as premissas fincadas pelo desenvolvimento da ciência processual de autonomia do processo em relação ao direito material, as modernas tendências e ideias atinentes ao acesso à justiça, em ebulição à época, não foram prestigiadas na codificação.

²²⁸ A expressão é referida e assim explicada por DANIEL MITIDIERO: "*Utilizamos a expressão Código Buzaid, a uma, para denotar a existência de um verdadeiro sistema processual proposto por Alfredo Buzaid, e, a duas, para separar este sistema do modelo processual hoje vigente, para o qual reservamos a expressão Código Reformado. O Código Buzaid, como sistema, teve vigência entre nós de 1974 a 1994, ano em que se iniciaram as reformas estruturais do Código de Processo Civil. Ultimadas estas reformas em 2006, pode-se cogitar hoje de um novo sistema processual civil, o Código Reformado, a que a doutrina vem tentando incansavelmente imprimir ordem e unidade. A contraposição entre Código Buzaid e Código Reformado é uma das bases teóricas de nosso Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. São Paulo: Ed. RT, 2008, escrito em parceria com Luiz Guilherme Marinoni, e de nosso Curso de processo civil. São Paulo: Atlas, 2009. vol. 1, escrito em parceria com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*" (MITIDIERO, Daniel Francisco. *O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo*, vol. 183/2010, pp. 165-194, Maio/2010).

Neste sentido, em estudo que traça uma análise histórica envolvendo o Direito Processual Civil brasileiro, RODRIGO MAZZEI, inclusive tratando de preocupação assinalada na exposição de motivos daquele Código, afirma que “*ainda que involuntariamente, não se idealizou o processo civil como meio para o resultado, pois se forjou um Código de Processo Civil com a preocupação mor de fixar a ideia do processo como ciência própria, tal qual tratado nos ‘povos mais civilizados’*”²²⁹, o que culminou numa legislação tida como individualista, patrimonialista e, originalmente, com cunho eminentemente repressivo²³⁰.

A inspiração no liberalismo concebeu um Código sem maiores preocupações sociais quanto à necessidade de se garantir amplo acesso à justiça para a efetiva pacificação dos conflitos, o que se reflete com bastante evidência, num exemplo comumente citado, em sua total incompatibilidade com a tutela coletiva, pois foi um Código estruturado para resolver conflitos de dimensões individuais²³¹. Mas não só nesta temática é possível identificar repercussão da formatação do CPC/73 em consonância com o Estado liberal clássico, pois, para o tema que nos interessa mais de perto, também são identificáveis pontos de contenção da tutela executiva, o que acabou por criar uma “*fragilidade na potência do processo de execução*”²³², especialmente pela restrição do papel reservado ao juiz.

Tal fragilização pode ser bem representada em, pelo menos, *cinco pontos principais*, referentes a opções feitas na codificação de 1973 que repercutem na atividade executiva. É importante identificar esses pontos e compreender as influências vigentes à época, a fim de se poder entender que a evolução da ciência processual caminha junto à

²²⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 16, p. 177-203, 2014, p. 195. Prossegue o referido autor no mesmo texto referenciado: “*Note-se, por outra banda, que enquanto cultuávamos a autonomia do processo civil, paralelamente, em outras nações, os estudiosos fixavam-se em novas preocupações com o processo civil, estudando-o não mais apenas como ciência autônoma (ou com focos limitados a determinadas figuras jurídicas), mas como instrumento fundamental para pacificação dos conflitos e a proteção dos direitos fundamentais*”.

²³⁰ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. *Op. cit.*, p. 54.

²³¹ Com mais detalhes sobre a insuficiência do CPC/73 para atender as demandas da nova realidade social, especialmente para a tutela de interesses coletivos, confirmam-se, dentre outros: ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e o Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003; ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. *Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro*. *Op. cit.*

²³² MAZZEI, Rodrigo Reis. *Breve história (ou ‘estória’)... Op. cit.*, p. 195.

superação dos valores de outrora, sendo essa compreensão determinante para a correta interpretação dos preceitos normativos de uma nova codificação.

Nessa senda, e em breve digressão na esteira da explanação de MARINONI, pode-se dizer que o liberalismo clássico, haja vista sua finalidade principal de meramente garantir e conservar a liberdade dos cidadãos, foi marcado pela delimitação estrita dos poderes de intervenção do Estado na esfera jurídica privada, o que, evidentemente, também repercutiria na estruturação normativa do processo²³³. A ideologia liberal, formada precipuamente a partir da Revolução Francesa, ligava a liberdade política à certeza do direito, de forma que não seria possível ao Estado-juiz interpretar a lei em face da realidade social, cabendo-lhe, no exercício da jurisdição, tão somente se guiar pelo previsível caminho traçado estritamente na legislação²³⁴.

Sob o influxo dessa ideologia, o papel do Poder Judiciário era bastante limitado, reduzido a uma tarefa mecânica e silogística de aplicação da lei, meramente reproduzindo o que já decidido abstratamente pelo legislador. Como reflexo no âmbito jurisdicional, caberia ao Poder Legislativo moldar o processo de forma a se conferir um escudo de proteção da liberdade do cidadão contra atos invasivos, excessivos ou arbitrários de parte do juiz, limitando seus poderes.

Um reflexo dessa ideologia foi a separação das atividades de certificação e efetivação do direito em dois processos autônomos. Ora, se a função do juiz, no exercício da cognição, era basicamente declarar²³⁵ a vontade da lei, então haveria de se regulamentar um processo de conhecimento em que a atividade do juiz se restringisse a repercutir no plano normativo, com a identificação da lei aplicável e o julgamento do caso. Da mesma

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. *Op. cit.*, p. 30-31.

²³⁴ Na formulação teórica de MONTESQUIEU sobre a separação dos poderes do Estado, os atos de aplicação concreta da lei inseriam-se na função do Poder Executivo. Conforme sua clássica doutrina, a liberdade política do cidadão dependeria de um Governo que garantisse a tranquilidade dos cidadãos, onde um não temesse o outro. Assim, não existiria liberdade se o poder de julgar não fosse separado do poder legislativo e do executivo: “*Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor*”. Daí sua afirmação sempre lembrada de que: “*Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor*”. (O Espírito das Leis, Liv. XI, Cap. VI).

²³⁵ No ponto, fala-se em sentença de declaração em sentido amplo, que se constitui em gênero do qual é espécie a sentença declaratória. Rememore-se, como lição clássica de teoria do processo, que toda sentença possui carga declaratória.

forma, e a fim de se impedir a concentração de poderes do juiz, reservava-se eventual necessidade de garantir a atuação concreta do julgador, com o exercício de atos de império no plano dos fatos, a um processo de execução autônomo e específico.

Na verdade, como explica OVÍDIO BAPTISTA, a própria função executiva, compreendendo não mais o dizer o direito aplicável ao caso, mas a atuação prática sobre a realidade empírica, foi introduzida a custo na esfera da jurisdição. Contudo, a ideia de que não caberia ao juiz dar ordens às partes ainda rendia influência na concepção da jurisdição moderna, o que redundou no entendimento de que o conteúdo do ato jurisdicional do processo de conhecimento estaria desprovido de ordem²³⁶. É nesse sentido, aliás, que se enquadra a proclamação de LIEBMAN: “*Não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente*”²³⁷, concepção que não se mostra mais adequada para as aspirações de efetividade e eficiência do processo.

Assim, e conquanto já houvesse à época leis contemplando procedimentos que autorizavam atos executivos no bojo do processo de conhecimento, a exemplo do mandado de segurança e da proteção processual da posse, fato que, conforme DIDIER²³⁸, já comprometia a pureza da distinção e da divisão que se fazia²³⁹, o CPC/73, seguindo a tradição liberal ainda vigente na ciência processual brasileira, manteve como regra

²³⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Op. cit., p. 41. Também LIEBMAN explica que: “*Nesta altura é quase desnecessário declarar que deve rejeitar-se a opinião, que é feita, aliás, com frequência sempre menor em tempos recentes, segundo a qual a execução seria atividade puramente administrativa. Remonta ela à época em que o processo era definido como resolução de controvérsias, e não abrangia portanto a execução. O conceito moderno de função jurisdicional abrange necessariamente também a execução como atividade não simplesmente complementar da cognição e sim como pacificada com esta em importância prática e interesse científico*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. Op. cit., p. 19).

²³⁷ *Ibidem*, p. 31.

²³⁸ DIDIER JR, Fredie. *Esboço de uma teoria da execução civil*. Op. cit, versão eletrônica.

²³⁹ A despeito da regra geral pela qual, para evitar abuso ou arbítrio do credor e do órgão jurisdicional, o emprego da força executiva não se justificaria quando não houvesse prévia razão para assim proceder, em conformidade com o elemento de segurança jurídica exigido pelo sistema para conferir certeza suficiente da existência da causa (título executivo definitivo), LIEBMAN já reconhecia certa fissura no modelo procedimental de separação estanque das atividades de cognição e execução: “*Mas esta exigência lógica e jurídica pode ser satisfeita em medida e com métodos diferentes que já tiveram seus exemplos na história e que em parte coexistem nos direitos positivos modernos. As duas atividades distintas de conhecer e executar podem reunir-se e misturar-se em único procedimento, examinando-se e resolvendo-se as dúvidas e as questões à medida que surgirem; ou podem separar-se e suceder-se numa ordem nem sempre fixa e invariável. O direito vigente deu a estes problemas soluções que são o resultado de longa e interessante evolução histórica.*” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. Op. cit., p. 24).

procedimental geral essa compartimentalização entre conhecimento e execução, estipulando um procedimento autônomo para cada uma dessas funções.

Assim, e como cediço, por força dessa opção legislativa, nos casos em que a sentença por si só não bastava para satisfazer o direito nela reconhecido, seria necessário um novo processo judicial para que se pudesse desempenhar a atividade jurisdicional de execução do direito. Como primeiro ponto de contenção da atividade executiva, trata-se, sem dúvida, de formulação imbuída do ideal liberal de preservar o cidadão em face do órgão judicial, através do fracionamento da função jurisdicional, interditando-se o exercício de atividade satisfativa fora de um processo estritamente dirigido à atividade executiva.

Um segundo consectário da base axiológica do CPC/73 foi o prestígio à sanção ressarcitória em detrimento da tutela específica dos direitos, com a estruturação de técnicas executivas inaptas para tutelar uma vasta diversidade de situações substanciais.

Dentro da lógica do liberalismo, as necessidades das pessoas eram abstratamente consideradas iguais, como também eram equivalentes os bens, de sorte que a tutela pelo equivalente em dinheiro era suficiente para o tratamento uniforme e isonômico das diversas necessidades sociais²⁴⁰. Ou seja, considerava-se que os direitos podiam ser adequadamente tutelados por meio do ressarcimento em dinheiro.

Emergiu, nesse contexto, a superestimação da ideia da autonomia da vontade, com grande reverência ao princípio da incoercibilidade da vontade humana, segundo o qual o indivíduo livre não poderia ser compelido ao cumprimento senão mediante o próprio arbítrio (ideal clássico representado pelo axioma latino *nemo potest praecise cogi ad factum*), o que contribuiu decisivamente para a formatação das técnicas executivas, com resguardo da liberdade individual na arena processual. A preservação da liberdade do devedor merecia maior reverência que o direito do credor à prestação *in natura*, cabendo a este apenas se conformar com a indenização do prejuízo²⁴¹, na esteira da vetusta regra napoleônica²⁴².

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. Op. cit., p. 45.

²⁴¹ “Não havia como se obter a tutela em natura da prestação inadimplida, mas apenas a sua conversão em dinheiro, até porque o Estado, nesta época, não estava preocupado em garantir ao credor o bem objeto do contrato, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, para o que

Embora não se possa deixar de reconhecer certo avanço do CPC/73 na disciplina da execução indireta, as técnicas executivas ainda eram insuficientes para esse propósito, pois eram limitados os mecanismos processuais capazes de atuar, por coerção, sobre a vontade do indivíduo, para dobrar eventual resistência ao cumprimento da obrigação que lhe cabia²⁴³. A multa pecuniária teve seu potencial bastante reprimido como medida coercitiva, pois não era aplicável à execução para entrega de coisa, dependia de requerimento do credor na fase de conhecimento²⁴⁴ e, quanto às obrigações de não fazer, pressupunha um desfazer, o que é diferente de não fazer²⁴⁵.

Em síntese, o sistema processual, ainda influenciado sobremaneira pelo dogma da intangibilidade da vontade, apresentava óbices à possibilidade de coagir a vontade do demandado, o que carrou a uma excessiva proteção em seu favor, em detrimento do direito subjetivo do credor, cuja fruição *in natura* ficaria ao alvedrio da contraparte²⁴⁶.

Nesse modelo processual de matriz liberal, a garantia da liberdade e da segurança jurídica também dependeria de um modelo procedimental executivo que definisse prévia, abstrata e taxativamente os meios executivos passíveis de utilização quando a sentença houvesse de interferir na realidade, controlando, assim, pelo princípio da legalidade, a possibilidade de arbítrio pelo órgão judicial.

bastava uma sanção negativa, como a nulidade ou o pagamento do equivalente em pecúnia” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: execução*. Op. cit., p. 72).

²⁴² Conforme art. 1.142 do Código de Napoleão, “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*”, ou, em tradução livre, “*toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros em caso de inexecução pelo devedor*”.

²⁴³ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, op. cit. p. 156 e 159-160.

²⁴⁴ Confirmam-se os seguintes dispositivos originários do CPC/73: “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*”.

²⁴⁵ Confirmam-se os seguintes dispositivos originários do CPC/73: “Art. 642. *Se o devedor praticou o ato, a cuja abstenção estava obrigado pela lei ou pelo contrato, o credor requererá ao juiz que lhe assine prazo para desfazer o ato à sua custa, havendo recusa ou mora do devedor, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à sua custa, respondendo o devedor por perdas e danos. Parágrafo único. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos*”.

²⁴⁶ Nesse sentido, em crítica ao CPC/73 em sua concepção originária: “*a técnica processual executiva, posta originariamente no Código de Processo Civil, não foi feita para viabilizar a tutela específica dos direitos, mas apenas para permitir o alcance da tutela ressarcitória pelo equivalente e da tutela da obrigação contratual inadimplida*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: execução*. Op. cit., p. 46).

Daí, num terceiro ponto de contenção, falar-se em princípio da tipicidade dos meios de execução, pois caberia à lei definir os meios de execução que poderiam se ligar à sentença ou ao título executivo extrajudicial, ao tempo em que também evidenciaria que nenhum outro meio executivo poderia ser utilizado no procedimento de execução²⁴⁷.

O prestígio ao rigor das formas processuais executivas, com excessiva racionalização e previsibilidade dos poderes executivos do juiz, era medida que assegurava a liberdade e a segurança do executado, que saberia de antemão, com plena certeza, de que forma sua esfera jurídica poderia ser atingida na atividade executiva.

Por fim, e com estreita ligação com o princípio da tipicidade dos meios de execução, deve-se sublinhar a regra orientada a garantir o respeito à absoluta correlação ou congruência entre a condenação e a execução.

A regra geral da correlação, que reflete um ideal de segurança jurídica, alude à noção de que o juiz deve ater-se ao alegado e ao pedido pelo autor, sendo vedada a prolação de sentença de natureza diversa da pedida, bem como a condenação em quantia superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, conforme era previsto nos arts. 128 e 460 do CPC/73, com paralelo nos arts. 141 e 492 do CPC/15.

Segundo MARINONI, a regra da correlação, ao tratar da proibição de sentença de “*natureza diversa da pedida*” alude ao pedido imediato, ou seja, ao provimento jurisdicional pretendido, e, ao impor a vedação de condenação em “*quantia superior ou em objeto diverso*”, trata do pedido mediato, ou seja, ao bem da vida pretendido²⁴⁸.

A limitação subjacente à regra em comento também repercutia na tutela executiva, inclusive para as obrigações de fazer e de não fazer. Em detalhamento mais específico, o juiz não poderia, por força da congruência, dar conteúdo diverso ao fazer ou ao não fazer pedido, ou seja, impor outro fazer ou não fazer que fossem igualmente idôneos a conferir um resultado prático equivalente àquele que seria obtido em caso de adimplemento da obrigação originária. A atividade executiva estaria inapelavelmente manietada ao pedido especificamente formulado pelo autor e contemplado na sentença,

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. Op. cit., p. 34.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 104-105.

ainda que uma providência diversa pudesse tutelar o direito material com menor restrição à esfera jurídica do réu.

Por fim, a estruturação da técnica processual no CPC/73 não se apresentava adequada à necessidade de tutela preventiva, pois a sentença condenatória, dado seu cariz repressivo, revelou-se uma técnica idônea apenas no campo dos direitos que se satisfaziam com o ressarcimento pelo equivalente em dinheiro²⁴⁹.

Dessa forma, o modelo sobre o qual foi concebido originariamente o CPC/73 perfilhou opções processuais que, ao tempo em que serviam de vetores para estruturação normativa do processo de execução, também consubstanciavam fontes de contenção da atividade executiva do juiz em face do jurisdicionado, conforme características a seguir sintetizadas: i) a segmentação entre processo de conhecimento e processo de execução, ii) a insuficiências das técnicas executivas indiretas; iii) a tipicidade dos meios executivos; iv) a regra da absoluta congruência entre o pedido e a tutela jurisdicional; v) a inaptidão do sistema a prover a tutela preventiva dos direitos

Exposta essa perspectiva histórica, é oportuno dizer que, se do ponto de vista interno "*a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal*"²⁵⁰, a estruturação do sistema processual de tutela executiva não resta imune à mutação desses fatores. Embora esteja sempre presente a inexorável disputa entre os valores da efetividade e da segurança jurídica, as atuais soluções processuais em busca de um equilíbrio para que ambos possam conviver da maneira mais harmônica possível não podem, evidentemente, ser as mesmas que nortearam o vetusto sistema executivo elaborado sob influência dos valores liberais já superados.

Exatamente por isso que as mencionadas formas de contenção da atividade executiva já

²⁴⁹ Nesse sentido: "A correlação da condenação com a execução por sub-rogação, além de expressar os valores liberais, revela que o sistema clássico de tutelas dos direitos não foi pensado para permitir a tutela preventiva dos direitos, o que certamente tinha relação com a idéia de que a única tutela contra o ilícito constituía-se na reparação do dano" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31).

²⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: *Revista de Processo*, vol. 113/2004, p. 9-21, Jan-Fev/2004.

não mais encontram espaço no sistema executivo moldado a partir das reformas promovidas no CPC/73 a partir da década de 90 sob os auspícios do novo ordenamento constitucional, e é por esse prisma que deve ser compreendido o papel do juiz na atuação executiva dos direitos, em especial para aquilatar a extensão da evolução das técnicas executivas em favor da tutela do crédito no CPC/15.

A apresentação desse panorama histórico não é despropositada; bem ao contrário, serve a um papel essencial, qual seja, o de colocar em evidência que um modelo processual que permita ao juiz, dentro de certas diretrizes, adaptar a via executiva para melhor adequação a cada situação concreta, inclusive para a tutela de obrigações de pagar, embora inimaginável outrora, reflete o atual estado da arte em termos de evolução da técnica executiva e representa a melhor solução para sobrelevar a eficiência executiva em reequilíbrio com o valor da segurança jurídica

A partir dessa perspectiva, pode-se alterar que a refutação à atipicidade executiva, inclusive sob a pecha de inconstitucionalidade, pelo receio de se abrir a jurisdição à arbitrariedade, é uma preocupação napoleônica, não no sentido de grandeza, mas de retrocesso histórico. A visão de que o juiz deve ser a boca da lei e se restringir, no campo executivo, a um modelo abstrato fechado e previsível representa solução totalmente superada e ultrapassada²⁵¹.

Passe o truísmo, isso não quer significar uma ode à arbitrariedade judicial. O controle da atividade executiva do juiz não deve se dar pelo fechamento peculiar à estrita legalidade, como se concebia em tempos passados, mas por outras formas de controle tão eficazes na contenção da arbitrariedade, mas desprovidas do efeito colateral de engessamento e diminuição da eficiência da execução. O princípio da legalidade, embora não seja inteiramente suprimido, cede parcial espaço para a regra da proporcionalidade, a exigência de fundamentação adequada e ao contraditório, em prol de uma prestação jurisdicional executiva mais eficiente.

²⁵¹ Dentre os autores que, na posição doutrinária minoritária, rechaçam a atipicidade executiva, podem-se citar os seguintes: GRECO, Leonardo. *Execução Civil - entraves e propostas*. Op. cit.; ASSIS, Araken de. *Cabimento e adequação dos meios executórios "atípicos"*. Op. cit., no prelo.

2.4.4 O PAPEL DO JUIZ NA CONSTRUÇÃO DA SOLUÇÃO JURÍDICA EFICIENTE E ADEQUADA PARA A EFETIVAÇÃO PRÁTICA DOS DIREITOS

Em fechamento às ideias desenvolvidas nos itens anteriores, podemos afirmar que, superadas as ideias principais oriundas do Estado Liberal, o modelo atual do ordenamento jurídico é informado por aspirações que exigem a presença de um juiz atuante.²⁵²

Para tanto, o ordenamento jurídico, que outrora buscava manietar a atuação do órgão judicial na crença de que a lei poderia trazer soluções específicas para quaisquer situações, passa a se valer de normas jurídicas que apenas explicitam padrões genéricos a servirem de balizas para que o juiz construa a solução mais adequada ao caso concreto. Tal panorama resta bem evidenciado na atividade executiva: se antes as medidas executivas eram taxativamente preordenadas pelo ordenamento jurídico, atualmente o juiz é chamado a determinar qual a medida executiva, dentre os limites informados pelo sistema processual, deve ser aplicada em determinado caso.

Dessa forma, além do papel tradicional de controle da validade das medidas executivas, atribui-se também ao juiz a função de garantir a adequação de tais medidas sob o prisma da eficiência, não mais apenas da efetividade. É importante deixar claro que tal ajuste quanto à medida a ser adotada pode se dar mesmo no contexto da tipicidade, quando, por exemplo, decide-se acerca de atos executivos relacionados à expropriação, como na escolha do bem objeto de constrição, ou quando se buscam soluções que não fogem ao padrão delimitado pelo tipo. Mas certamente a participação do juiz na construção da via executiva adequada se apresenta com maior amplitude no contexto da atipicidade das medidas executivas, especialmente a partir da cláusula geral executiva do art. 139, IV, do CPC/15 e das demais cláusulas gerais de idêntica natureza espalhadas no texto normativo.

²⁵² MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 285.

A atuação do juiz na escolha adequada da medida executiva, naturalmente, repercute nas esferas jurídicas de ambos os polos envolvidos, o da parte exequente e da parte executada. Nessa confluência de interesses, o resultado final da atividade executiva será tanto melhor quanto mais concretamente se realizar o direito do exequente, observando-se seu direito à tutela executiva, e quanto menos sacrifício se impuser à esfera jurídica do executado, na esteira do princípio da menor restrição possível ou da menor onerosidade, encampado no art. 805 do CPC/15²⁵³.

Neste cenário, alerta MEDINA²⁵⁴ que a criação judicial de soluções jurídicas fundadas em princípios ou normas abertas exige do juiz um modo peculiar de pensar o Direito, atentando não apenas à identificação da regra a ser aplicada no caso concreto, mas também à repercussão da solução jurídica criada na realização da própria atividade jurisdicional. Isso porque, certas soluções, conquanto possam apresentar aptidão de pressionar o executado e, assim, materializar o princípio da máxima efetividade, podem causar danos irreparáveis ao executado e também a terceiros, o que, em nosso sentir, pode descambar em efetividade sem o resguardo da eficiência.

Deve-se buscar o equilíbrio a fim de que a atividade jurisdicional, a pretexto de resolver a situação do exequente, não se transmude em fator de criação de litigiosidade, com consequências sociais e econômicas que repercutem interna e externamente ao processo, conforme assim explica o citado autor:

Quanto ao primeiro aspecto, deve ser considerada pelo órgão jurisdicional a repercussão da decisão judicial entre as partes e a reação (feedback) deste evento em relação à própria atividade jurisdicional. É que o desenvolvimento dos atos processuais não é linear e unidirecional – isto é, não se esgota com a publicação da decisão judicial – mas circular e bidirecional, pois aos atos judiciais podem suceder comportamentos das partes que lhe são contrários, exigindo-se novos atos judiciais (do próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão ou de órgão hierarquicamente superior), e assim sucessivamente.

Além disso, os pronunciamentos judiciais são atos que repercutem – positiva ou negativamente – na sociedade, razão pela qual devem ser vislumbrados em sua relação com o meio social e econômico em que devem atuar, devendo ser examinados em sua globalidade, tomando-se em consideração outros fatores sociais²⁵⁵.

²⁵³ *Ibidem*, p. 35.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 35-36.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 36.

A partir das reflexões apresentadas, a conclusão é a de que o processo é um fenômeno cultural e, como tal, é moldado de forma a refletir os valores da sociedade em determinada quadra temporal. O sistema processual de tutela executiva, naturalmente, não foge a esse padrão, o que permite observar que as vetustas razões que levaram à adoção de soluções processuais que, sobrelevando em excesso a segurança jurídica, engessaram a potência da atividade executiva, estão atualmente superadas em face dos valores constitucionais de efetividade da tutela executiva, e, assim, não devem mais orientar, senão para contrastar com o que não deve ser, a interpretação do alcance das normas atuais.

Não se deve, assim, revisitar preocupações típicas do liberalismo à cata de razões para limitar o alcance e a potência da cláusula geral de efetivação do art. 139, IV, do CPC/15, sob pena de se laborar em base axiológica incongruente com o atual modelo constitucional. A ideia do legislador foi efetivamente idealizar uma norma processual aberta conferindo autorização para que o juiz, dentro das regras constitucionais, possa adequar o procedimento e os meios executivos para melhor conformação com cada situação concreta, prestigiando-se, assim, um sistema eficiente de tutela executiva.

2.4.5 TIPICIDADE E ATIPICIDADE EXECUTIVA E O RESGUARDO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Qualquer provimento judicial que deva repercutir sobre a realidade para a prestação da tutela jurisdicional deve ser ligado a meios de efetivação que sejam capazes de proporcionar o resultado objetivado. Os procedimentos e as técnicas com que se pode desenvolver a atividade executiva são normativamente idealizados de acordo com os valores e ideologia predominantes no ordenamento jurídico de determinada sociedade, podendo haver, conforme o caso, maior restrição ou flexibilidade no desenvolvimento da execução.

Como visto, no contexto marcado pelo liberalismo, a forma de efetivação dos títulos executivos refletia os valores da *liberdade* e da *segurança jurídica* em face do poder

jurisdicional, conforme concepção vigente. Para preservação desses valores, moldava-se o processo de forma a limitar os poderes do órgão judiciário na atividade executiva, o que era feito primeiro com a definição dos meios de execução que poderiam a ela se ligar, depois evidenciando que nenhum outro meio de execução poderia ser utilizado²⁵⁶.

Essa opção de sistematização da atividade jurisdicional, sob a égide dos valores do Estado liberal, tinha por premissa a necessidade de manietar a possibilidade de arbítrio por parte do órgão jurisdicional, em prestígio ao resguardo da garantia de liberdade do cidadão e à preservação da intangibilidade de sua esfera de autonomia. Tais objetivos eram refletidos na normatização da função executiva, com a restrição dos modos de invasão na esfera patrimonial do devedor, prevendo-se na lei processual, de maneira rígida e em forte exaltação ao princípio da legalidade, os meios para desenvolvimento da atividade de realização empírica da norma concreta em execução.

Como valores idealmente opostos, reconhecia-se verdadeira tensão entre *poderes do juiz* e *segurança jurídica do cidadão*. Para garantir a liberdade e a segurança jurídica do jurisdicionado na execução civil era necessário assegurar a certeza do direito. Para tanto, não se podia dar margem para o juiz trabalhar com qualquer outro meio de execução, deixando-se claro que a esfera jurídica do réu não poderia ser invadida senão pelo meio executivo previsto em lei²⁵⁷. Tal desiderato se alcançava a partir de tipos legais executivos.

O tipo legal traduz a ideia de um modelo. Num aspecto funcional, fala-se em tipologia como método de organização e sistematização de dados existentes da realidade²⁵⁸. Tipicidade é a qualidade do tipo, de forma que “há tipicidade quando o tipo reveste realmente as características necessárias à sua configuração lógica”²⁵⁹, pois é preciso haver descrição mínima dos elementos do tipo.

A tipologia na seara jurídica pode ser manejada com distintos propósitos de segurança, pois a descrição típica pode servir para impor limites (restrição), como também para

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. Op. cit., p. 34.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 36 e 45.

²⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O princípio da tipicidade no direito tributário*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45134>. Acesso em: março/2018.

orientar certos comportamentos e fenômenos a partir da generalização (simplificação)²⁶⁰. Em clássico estudo sobre o tema, OLIVEIRA ASCENSÃO identifica três métodos quanto às figuras de tipicidade: i) num extremo, a tipologia taxativa, na qual não há possibilidade de moldar novas formas além daquelas que foram especificadas por lei²⁶¹, como é usual no âmbito do direito tributário e penal; ii) em outro extremo, a tipologia exemplificativa, a qual não exclui a criação de novas figuras típicas além das previstas em lei²⁶², como é o caso dos contratos no direito civil e das ações no direito processual; iii) num patamar intermediário, a tipologia delimitativa, que é quando a lei especifica um determinado conceito e “*se não é possível a livre expansão a novos tipos, ao contrário do que acontece na tipologia exemplificativa, também não está vedada toda e qualquer expansão, ao contrário do que acontece na tipologia taxativa*”, sendo possível, dessa forma, “*a elaboração de novas figuras, mas somente se forem análogas a algum dos tipos normativamente previsto*”²⁶³, o que ocorre quando se admite legalmente a expansão analógica do tipo.

Com essa explicação dogmática, é possível afirmar que, sob a égide do liberalismo, a forma de organização dos meios executivos pode ser identificada como um modelo fechado de tipicidade executiva, baseado na tipologia taxativa. Isso porque, em tal modelo, os meios a serem aplicados em busca da realização do direito eram prévia e abstratamente estipulados na lei (tipicidade), não se conferindo qualquer abertura para a adoção de outras providências senão aquelas elencadas na disciplina legal (taxatividade).

Dessa forma, conferia-se ao jurisdicionado sujeito à atividade executiva a segurança decorrente da previsibilidade quanto aos atos coativos passíveis de adoção em seu desfavor para desenvolvimento da execução forçada. Isso se daria, contudo, ao preço da privação do jurisdicionado titular do direito a ser concretizado da possibilidade de desviar do arquétipo legal para percorrer um caminho processual mais adequado para a situação concreta, pois, sob o enfoque da jurisdição, a atividade do juiz cingia-se totalmente ao princípio da legalidade.

²⁶⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 44-50, *passim*.

²⁶¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Editora Minerva, 1968, p. 51.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ *Ibidem*, p. 52-53.

Esse modelo de tipicidade foi adotado de maneira generalizada pelo CPC/73, em sua disciplina legal originária, mas, com o decorrer do tempo, mostrou-se insuficiente para atender aos valores de acesso à justiça trazidos pela Constituição de 1988, exatamente porque não provia a adequada proteção das diferentes situações de direito material carentes de tutela.

Nesse horizonte de rematerialização da Constituição, a exigência de compatibilidade das normas infraconstitucionais com o conteúdo normativo constitucional também se faz presente no campo das normas instituidoras de técnicas processuais, pois *“da mesma forma que as normas de direito material são avaliadas à luz de sua harmonia com os princípios constitucionais e direitos fundamentais, as normas processuais devem revelar integração e compatibilidade com o plano constitucional”*²⁶⁴.

Neste esteira, o modelo fechado de tipicidade da atividade executiva não se coaduna com o imperativo constitucional de proteção integral a todas as situações carentes de tutela, precisamente porque *“é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos merecedores de tutela executiva (...) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades”*²⁶⁵.

É certo que o legislador, mesmo optando pela sistematização típica fechada dos meios executivos, tem como propósito a construção de um sistema completo para a tutela executiva, pois do contrário estaria abdicando de sua competência e responsabilidade. Porém, essa aparente completude é desnudada quando se examina o sistema a partir de perspectivas concretas, das quais é exemplo a baixa eficácia dos meios sub-rogatórios em face de devedores de obrigações pecuniárias que se valem de formas cada vez mais requintadas de blindagem e ocultação patrimonial.

Isso implica dizer que a opção de tipificação dos meios executivos e sua correlação a situações de direito material específicas desvela potencial de redundar na inexistência de um meio executivo adequado a proporcionar a pronta e plena satisfação de um dado

²⁶⁴ ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilson. *Reforma e efetividade da execução no novo CPC*. *Op. cit.*, p. 61.

²⁶⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. *Op. cit.*, p. 66.

direito, circunstância que representa inefetividade da execução a partir da insuficiência dos meios executivos, ou, em última análise, denegação da própria tutela jurisdicional executiva²⁶⁶.

O modelo de atipicidade executiva apresenta-se justamente como opção para se suplantar a ineficiência inerente à previsão abstrata e inflexível dos meios executivos, abrindo maior possibilidade de atuação executiva por parte do órgão jurisdicional, ao não cingir a atividade executiva aos arquétipos típicos sem qualquer possibilidade de desvio. É um modelo que reflete a tendência de deslocamento do eixo de resolução dos conflitos jurídicos, antes assentado preponderantemente nas regras jurídicas, para a atividade exercida pelos juízes em diálogo participativo com as partes, passando a caber ao órgão judicial um papel ativo para a atuação executiva dos direitos, em fenômeno semelhante ao ocorrido com o prestígio e primazia alcançados pelos direitos fundamentais e princípios jurídicos como elementos centrais do ordenamento jurídico²⁶⁷.

A forma alcançada pelo sistema processual para assegurar a atipicidade executiva foi através da estruturação de cláusulas gerais, cuja aplicação demanda a integração judicial dos espaços normativos a fim de se construir a norma concreta que irá definir a medida executiva a ser empregada²⁶⁸.

A atipicidade executiva, no sentido de ausência de um modelo definido, pode se verificar tanto (a) em relação à multiplicidade de medidas executivas diversas que podem ser aplicadas, como (b) em relação ao modo pelo qual podem ser aplicadas.

Exemplificando, há atipicidade parcial, ou seja, apenas com relação ao modo, na medida executiva consistente na multa coercitiva prevista no art. 537, pois é uma figura típica enquanto medida executiva de que se pode lançar mão, a qual, por outro lado, revela

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 67 e 69.

²⁶⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 291. Próximo ao tema, ZANETI explica que o paradigma do Estado Constitucional envolve processos de recodificação do direito, com a introdução de princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, enfim, normas abertas e flexíveis, para harmonia e plasticidade ao ordenamento, com sua constante atualização e conformação à finalidade constitucional (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925*, p. 90).

²⁶⁸ O tema é retomado na análise da cláusula geral executiva do art. 139, IV, do CPC/15, no item 3.4.

atipicidade quanto à forma de aplicação, dada a inexistência de limites temporais e quantitativos, que dependem de valoração pelo juiz dos critérios abertos previstos na normatização. Há atipicidade plena, por outro lado, nas cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, que dispõem que o juiz pode adotar as medidas necessárias ou adequadas para efetivação da tutela, sem predeterminação seja em relação às espécies de medidas, seja em relação à forma de aplicação²⁶⁹.

É importante que se fique claro, contudo, que a atipicidade pode conviver com a tipicidade, já que esta não precisa necessariamente apresentar função de restrição (tipologia taxativa). Como visto, os tipos podem exercer a função de segurança a partir da orientação e simplificação quanto a certos modelos legais. Como tratado à frente (item 3.4.4), o sistema executivo para a tutela das obrigações de pagar é um modelo misto, que consagra a tipicidade e também a atipicidade executiva, ou seja, admite tanto a imposição de medidas executivas que se enquadrem no modelo legal, quanto medidas executivas que não encontram tipo legal específico²⁷⁰.

Nessa ordem de ideias, tema não abordado na doutrina é que a quebra da tipicidade fechada dos meios executivos (taxatividade) logicamente leva o sistema processual a também contemplar a tipologia delimitativa dos meios executivos, conforme concepção de OLIVEIRA ASCENSÃO. O que se pretende dizer com isso é que os meios executivos não precisam ser figuras novas sem qualquer correspondência legal, mas figuras análogas a algum dos tipos normativamente previstos, o que leva à proposição da possibilidade de idealização de meios atípicos a partir de figuras típicas, como veremos em algumas passagens do trabalho.

Ponto sensível que merece atenção concerne ao fato de que a tipicidade das medidas executivas, entendida sob o viés da tipologia taxativa, possibilitava ao demandado

²⁶⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 293.

²⁷⁰ A dinâmica entre os meios típicos e atípicos, sob o ponto de vista da primazia de uns ou outros, há de ser compreendida sob o ângulo da eficiência executiva. O tema é tratado ao longo do trabalho, especialmente no item 4.5, em que defendemos a possibilidade de aplicação direta, não subsidiária, dos meios atípicos, dependendo das circunstâncias concretas.

algum grau de previsibilidade acerca dos modos de atuação executiva possíveis²⁷¹, sendo esta uma forma de se alcançar a segurança jurídica.

De fato, seguir a forma prevista em lei é um modo de evitar abusos e insegurança jurídica²⁷². Ao traçar um caminho prévio para os sujeitos do processo, estabelecendo-se de antemão e com clareza como estes devem se comportar e deixando claras as consequências jurídicas de suas condutas, "*o formalismo assegura um mínimo de previsibilidade (ao procedimento e à relação jurídica processual) e, ao mesmo tempo, fomenta o respeito às garantias constitucionais o processo*"²⁷³.

Um possível problema da atipicidade executiva concerne justamente ao potencial prejuízo à segurança jurídica, em virtude do risco de aplicação errática ou arbitrária dos meios executivos pelo órgão judicial. A atipicidade é assegurada a partir de cláusulas gerais executivas e, como já se advertiu em doutrina, um sistema que prevê cláusulas gerais e deixa de instituir a forma de fixação de normas jurídicas com caráter geral "*comporta-se de forma irresponsável e em desacordo com a Constituição, em especial com as normas que garantem a segurança e a igualdade*"²⁷⁴.

Nada obstante essa advertência, exarada sob a égide do CPC/73, pensamos que se trata de problema que comporta solução mais visível no Código atual, bastando que se assegure, a partir das normas gerais do processo, um método para a fixação da cláusula geral, à guisa de parâmetros mínimos de controle da atuação judicial.

Um paralelo é conveniente para expor o ponto de vista. As hipóteses de direito material concernentes à figura da desconsideração da personalidade jurídica já estavam previstas em diversos diplomas normativos, como no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na legislação ambiental e tributária, a partir de normas abertas em cuja

²⁷¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 291.

²⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140.

²⁷³ MACHADO, Marcelo Pacheco. Op. cit., p. 38-39.

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/O-Precedente-na-Dimens%C3%A3o-da-Igualdade.docx>. Acesso em: março/2018.

estrutura se inserem conceitos jurídicos indeterminados e nas quais já se encontra determinado o consequente normativo.

No entanto, a legislação processual carecia da previsão de um método procedimental para aplicação concreta dessas normas no processo, o que consubstanciava fonte de insegurança jurídica²⁷⁵. Essa omissão foi suplantada no CPC/15, que, a partir das regras estatuídas nos arts. 133 a 137, estabeleceu de maneira clara como se deve dar o procedimento para se promover a desconsideração da personalidade jurídica, com respeito ao contraditório, garantia de instrução probatória e decisão fundamentada, promovendo inegáveis ganhos em termos de segurança jurídica e sem prejuízo de medidas de urgência, se for o caso.

Note-se que a sistematização do incidente em prol da segurança jurídica se justifica pela gravidade das consequências jurídicas da desconsideração da personalidade jurídica, dentre as quais está a extensão da responsabilidade patrimonial a determinada pessoa, submetendo-a atos executivos que podem encontrar esteio em cláusula geral executiva.

Não houve, porém, idêntico cuidado do Código em estabelecer um procedimento expresse para a concretização de cláusulas gerais no processo. E percebe-se, ainda, que a aplicação de norma envolvendo conceitos jurídicos indeterminados é operação logicamente menos complexa que a aplicação de norma estruturada sobre cláusulas gerais²⁷⁶.

Contudo, é possível, em simetria, traçar um método semelhante, considerando as normas processuais fundamentais que estabelecem o dever de assegurar o contraditório efetivo e participativo, com real capacidade de influenciar a convicção judicial, e o dever de exarar decisão fundamentada, inclusive com explicitação dos motivos para concretização de normas de caráter aberto, como são aquelas que empregam conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

²⁷⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Comentários aos arts. 133 a 137*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 425-426.

²⁷⁶ Vide item 3.4.1, em que se apontam os pontos comuns e diferentes entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Essa solução como forma de garantir a previsibilidade e a segurança jurídica segue proposta já engendrada, dentre outros, por GAJARDONI, ainda no contexto do vetusto sistema processual codificado. Em seu estudo sobre a flexibilização do procedimento, propõe o autor que a rigidez do procedimento pode ser flexibilizada sem perder a segurança do sistema, sendo requisitos indispensáveis para tanto a demonstração da finalidade da variação ritual, o respeito ao contraditório útil e a motivação adequada da decisão²⁷⁷.

No atual Código, essa solução se revela ainda mais clara e impositiva. É possível, assim, harmonizar a atipicidade executiva com a aspiração de segurança jurídica, devendo-se observar para tal mister, como método de concretização da cláusula geral executiva, o contraditório e o imperativo de motivação adequada, num aspecto procedimental. Quanto ao aspecto finalístico, cumpre sejam observadas as demais normas que orientam o preenchimento dos espaços normativos da cláusula geral, a fim de legitimar a concretização de medidas executivas atípicas. Esses pontos serão reiterados com frequência ao longo do trabalho.

Com tais critérios, permite-se fiscalizar o exercício do poder executivo do juiz e evitar ou combater eventuais excessos. Afinal, atipicidade executiva não significa conferir permissão incondicional para que o juiz adote quaisquer medidas, num exercício arbitrário do poder geral de efetivação. A segurança jurídica deve ser preservada e conciliada com a opção do sistema processual em admitir, em prol da eficiência executiva, o uso dos meios executivos adequados, ainda que estes não estejam previstos em lei.

²⁷⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Coleção Atlas de Processo Civil, São Paulo: Atlas, 2008, p. 84-95, *passim*.

**PARTE II - MEIOS EXECUTIVOS NO SISTEMA PROCESSUAL
BRASILEIRO E A TUTELA DO CRÉDITO**

**3. A CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA DO ART. 139, IV E O
SISTEMA DE TUTELA EXECUTIVA DO CRÉDITO NO CPC/15**

**3.1 TÉCNICAS EXECUTIVAS PARA ATUAÇÃO DOS DIREITOS:
NOÇÕES ESSENCIAIS**

A remoção do estado de insatisfação do direito substancial consagrado no título executivo é o objetivo da tutela executiva²⁷⁸. Nas obrigações de pagar, não havendo impossibilidade material de cumprimento da prestação, esse estado de insatisfação decorre de uma conduta omissiva espontânea do devedor. A execução deve estar funcionalmente aparelhada a suprir, no plano fático, essa insatisfação, devendo, para tanto, contar com todas as medidas aptas (completude do sistema executivo) para que o órgão jurisdicional, optando pelas melhores medidas (eficiência do sistema executivo), trilhe o caminho adequado para alcançar o resultado prático em favor do credor.

Para poder identificar as medidas executivas que podem ser adotadas pelo juiz, com apoio na cláusula geral do art. 139, IV, do CPC/15, para a tutela das obrigações pecuniárias, impende traçar linhas teóricas acerca das técnicas que o ordenamento jurídico pode adotar para balizar a conduta humana.

²⁷⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. *Op. cit.*, p. 23.

3.1.1 FUNÇÕES REPRESSIVA E PROMOCIONAL DO DIREITO E TÉCNICAS DE CONTROLE SOCIAL SEGUNDO NORBERTO BOBBIO

Para falar das funções repressiva e promocional do Direito, convém uma breve explicação sobre a abordagem estruturalista e funcionalista da teoria do Direito. De maneira sintética, a análise estrutural se preocupa em saber como o Direito é organizado ou estruturado, enquanto que a análise funcional se dedica a saber para que serve ou qual a função do Direito.

No que se refere à análise estrutural, uma das principais referências quanto ao tema, sem dúvida, é a Teoria Pura do Direito de HANS KELSEN. Na obra kelseniana, faz-se a separação entre a análise funcional e estrutural, traçando-se, dessa forma, um corte metodológico para servir de base à sua teoria, a qual tem por objeto de investigação os elementos estruturais do Direito²⁷⁹. Nesse enfoque estrutural, parte-se do elemento unitário consistente na norma jurídica, cuja característica é estabelecer um nexo de imputação entre a conduta e a sanção, até o elemento global formado pelo ordenamento jurídico, o qual consiste no conjunto escalonado das normas jurídicas.

Por outro lado, dizer que o Direito, enquanto ordenamento jurídico, tem estrutura própria que pode ser identificada e descrita a partir de uma análise teórica que a tome como objeto, não quer significar que o fenômeno só possa ser analisado a partir desse ponto de vista estrutural. O próprio KELSEN, ainda que marginalmente, tratou do aspecto funcional do Direito, o qual, nesse viés, seria uma ordem social coativa da conduta humana, ou seja, uma técnica específica de organização social²⁸⁰. Nesse aspecto, a

²⁷⁹ Sem maiores aprofundamentos que fugiriam aos limites do presente trabalho, basta recordar que KELSEN teve como objetivo desenvolver uma teoria pura do direito, escoimando da pesquisa científica qualquer juízo de valor ou brechas para contaminações ideológicas que pudessem ensejar promiscuidade entre o direito positivo e o direito ideal. Destarte, para KELSEN, a teoria do direito, como ciência, "*não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura*", de modo a assim evitar servir a quaisquer interesses políticos, recusando fornecer o suporte ideológico por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 75)

²⁸⁰ Para KELSEN, embora colocando numa perspectiva dita sociológica, "*a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente - isto é, em relação*

função da ordem jurídica seria organizar as relações intersubjetivas e reagir contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas, com um ato de coação, isto é, “*com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física - coativamente, portanto*”²⁸¹. Na visão do referido autor, para cumprimento de sua função, a ordem jurídica deve conferir a um determinado indivíduo, inserido na estrutura estatal, poder ou competência para aplicar a outro indivíduo um ato coativo como sanção.

Sob esta ótica, o Direito seria um ordenamento puramente coativo, que tende a recorrer à força institucionalizada para fazer valer seus objetivos. Para tanto, o ordenamento jurídico estatui sanções, cuja aplicação e execução nos casos concretos são tornadas conteúdo do dever funcional dos órgãos aplicadores do Direito²⁸².

Há, contudo, proposta de compreensão mais ampla quanto à função do Direito, enfatizando não apenas seu aspecto coativo, mas também um aspecto promocional. Interessantes considerações sobre essa proposta foram trabalhadas por NORBERTO BOBBIO, cujas linhas teóricas sobre o tema passaremos então a explorar.

Ao tratar da função do direito, BOBBIO observa, com olhar crítico, que a teoria geral do direito europeia, por estar atrelada a uma origem liberal que parte de uma imagem simplista do Estado como ente que apenas estabelece as regras do jogo e institui um árbitro, confere importância proeminente ao conceito de obrigação, explicando-a invariavelmente com suporte nos elementos *sanção* e *coação*²⁸³.

Com a mudança do papel do Estado na sociedade, no contexto de transformação identificado como *Welfare State*, ou Estado Social, foram carreados aos entes públicos

às outras pessoas - prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis. Esta função motivadora é exercida pelas representações das normas que prescrevem ou proíbem determinadas ações humanas" (*Ibidem*, p. 17).

²⁸¹ *Ibidem*, p. 23.

²⁸² *Ibidem*, p. 94.

²⁸³ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 01.

novos fins a serem alcançados em prol da sociedade, o que também haveria de repercutir nas técnicas de controle social a serem normativamente manejadas.

Tomando como ponto de partida a transformação por que passou a estrutura estatal moderna, em sua evolução do Estado Liberal clássico, preocupado estritamente com a manutenção da ordem pública, para o Estado Social, que, em ampliação de seu escopo, também busca implementar políticas públicas variadas para a promoção do bem geral, BOBBIO propõe-se a examinar essas novas técnicas de controle social que caracterizam a ação do Estado Social, haja vista “*o emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas tradicionais de desencorajamento*”, o que corresponde a uma abordagem teórica que se confronta com as teorias tradicionais segundo as quais o Direito se caracteriza pela emanção de comandos e organização de sanções negativas, formando um aparato exclusivamente coativo²⁸⁴.

Anota o autor que a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo vem perdendo espaço no Estado contemporâneo, na exata medida em que vem sendo dado prestígio à função promocional do ordenamento jurídico, como ocorre especialmente sob a égide das Cartas Constitucionais pós-liberais²⁸⁵, nas quais a função

²⁸⁴ No ponto, afirma ainda o referido autor: “*É indubitável que essa inovação coloca em crise algumas das mais conhecidas teorias tradicionais do direito, que se originam de uma imagem extremamente simplificada do direito. Refiro-me, em particular, à teoria que considera o direito exclusivamente do ponto de vista de sua função protetora e àquela que o considera exclusivamente do ponto de vista de sua função repressiva. É desnecessário acrescentar que, com frequência, as duas teorias encontram-se sobrepostas: o direito desenvolve a função de proteção em relação aos atos lícitos (que podem ser tanto atos permitidos quanto obrigatórios) mediante a repressão dos atos ilícitos*” (Ibidem, p. 02).

²⁸⁵ Trazendo à lume a contraposição entre, de um lado, medidas autoritárias e coercitivas, e, de outro, medidas de estímulo ou de incentivo, há muito já compreendida pelos estudiosos do direito constitucional, BOBBIO destaca a função de promover da Constituição italiana, a qual, segundo o autor, faz demandar o uso cada vez mais frequente de técnicas de encorajamento. Em suporte a esse ponto de vista, destaca as seguintes passagens daquele texto constitucional, concluindo na sequência: “*Segundo a constituição italiana, a República “promove as condições que tornam efetivo” o direito ao trabalho (art. 4º, parágrafo 1º); “promove as autonomias locais” (art. 5º); “promove o desenvolvimento da cultura” (art. 9º, parágrafo 1º); “promove e favorece os acordos e as organizações internacionais voltadas a afirmar e regular os direitos do trabalho” (art. 35, parágrafo 3º); “promove e favorece a ampliação” da cooperação (art. 45, parágrafo 1º). Além disso, “facilita, com medidas econômicas e outras providências, a formação da família” (art. 31, parágrafo 1º); “dispõe de medidas em favor das zonas de montanha” (art. 44, parágrafo 2º); “encoraja e tutela a poupança” (art. 47, parágrafo 1º); “favorece o acesso da poupança popular à propriedade, etc.” (art. 47, parágrafo 2º). A contraposição entre o velho e o novo modelo constitucional emerge do confronto entre o art. 2º, no qual está dito que a “República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem”, e o art. 3º, no qual está dito que “é tarefa da República remover os obstáculos, etc.”, isto é, entre a afirmação de uma tarefa meramente protetora,*

de promover caminha com igual importância ao lado da tradicional função de tutela ou garantia.

Num ordenamento protetivo-repressivo interessam, em especial, os comportamentos socialmente não desejados, por isso avulta a preocupação em impedir ao máximo possível a sua prática. Para tanto, são utilizados três tipos de operações, considerando serem três os modos típicos de impedir uma ação não desejada: i) torná-la impossível; ii) torná-la difícil; iii) torná-la desvantajosa. De outra guinada, num ordenamento promocional, interessam os comportamentos socialmente desejáveis, tomando-se como meta promover a realização destes até mesmo aos recalcitrantes. Simetricamente, são três as medidas que podem ser utilizadas em busca da ação desejada: i) torná-la necessária; ii) torná-la fácil; iii) torná-la vantajosa²⁸⁶.

Segundo BOBBIO, o primeiro tipo de operação em ambas as funções repressiva e promocional (tornar impossível ou necessária uma ação ou resultado) busca atingir seu objetivo independentemente da vontade do destinatário da norma, e, para tanto, coloca-o em condição de não poder materialmente violá-la ou subtrair-se à sua execução. Esse tipo de operação vale-se de medidas diretas, que são as várias formas de vigilância e o recurso ao uso da força.

As operações do segundo e terceiro tipo, também em ambas as funções (tornar difícil, desvantajosa, fácil ou vantajosa uma ação ou resultado), atuam indiretamente sobre o comportamento do agente destinatário da norma, influenciando-o por meios psíquicos a adotar ou não um determinado comportamento. São medidas indiretas porque o comportamento não desejado é sempre possível, embora seja mais difícil ou mais fácil, ou então, uma vez realizado, venha a produzir certas consequências desagradáveis ou agradáveis, conforme o caso.

Em definição sintética a respeito das medidas indiretas de desencorajamento e encorajamento, assim coloca o referido autor:

que se realiza quase sempre mediante a técnica das medidas negativas, e a afirmação de uma tarefa promocional, que se realiza quase sempre por medidas positivas". (Ibidem, p. 13-14)

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 15.

Em um ordenamento repressivo, o desencorajamento é a técnica típica por meio da qual se realizam as medidas indiretas. Em um ordenamento promocional, a técnica típica das medidas indiretas é o encorajamento. A esta altura, podemos definir “desencorajamento” como a operação pela qual A procura influenciar o comportamento não desejado (não importa se comissivo ou omissivo) de B, ou obstaculizando-o ou atribuindo-lhe consequências desagradáveis. Simetricamente, podemos definir “encorajamento” como a operação pela qual A procura influenciar o comportamento desejado (não importa se comisso ou omissivo) de B, ou facilitando-o ou atribuindo-lhe consequências agradáveis.²⁸⁷

Observa-se que as técnicas de desencorajamento ou encorajamento podem se dar tanto pelo segundo tipo de operação acima indicado, ou seja, tornando o comportamento a ser realizado mais difícil ou mais facilitado, quanto pelo terceiro tipo, caso em que se aplica uma consequência pelo comportamento não desejado ou desejado já praticado. Essa consequência de que trata o terceiro tipo é precisamente a sanção jurídica, que será sanção dita negativa se a resposta for juridicamente desfavorável ao sujeito que praticou a ação desencorajada, ou, diametralmente, será sanção positiva ou premial se a resposta for favorável ao comportamento estimulado já realizado. Note-se que a sanção vem depois de realizado o comportamento, sob a forma de desvantagem ou de recompensa²⁸⁸.

Para melhor visualização, podemos propor os seguintes exemplos de operações com medidas que atuam sobre o comportamento do agente destinatário da norma, com incursão na seara jurídica:

- Se o Estado deseja que os cidadãos não façam uso de determinada substância prejudicial à saúde, pode desencorajar a conduta tornando-a: i) difícil, como, por exemplo, sobretaxando o imposto sobre produtos como cigarro ou bebida alcoólica, deixando custosa, mas não impossível, a aquisição; ou ii) desvantajosa, imprimindo à conduta de consumir determinadas drogas a pecha de ilicitude, reprimindo-a com pena, à guisa de sanção negativa.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 16.

²⁸⁸ O tema das sanções negativas e positivas ou premiaias é abordado no item 3.1.2, adiante.

- Se o Estado, na promoção dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, deseja estimular determinado tipo de empreendimento em certa circunscrição espacial, pode encorajar a conduta tornando-a: i) fácil, através da desburocratização quanto às formalidades necessárias para abrir o negócio, em comparação com o procedimento normal; ii) vantajosa, concedendo isenção condicional e temporária, como sanção positiva, que é caracterizada pela obtenção de uma vantagem ou o desaparecimento de uma desvantagem uma vez observado o comportamento.

É preciso destacar que, se os sistemas jurídicos dos Estados sociais se valem cada vez mais de técnicas de encorajamento, que tratam da promoção de comportamentos desejados, isso não quer significar um completo abandono das técnicas de desencorajamento, que consistem na repressão dos comportamentos não desejados. O que se pode constatar, na verdade, é uma quebra da hegemonia, firmada no contexto do liberalismo, das técnicas de desencorajamento, que passam a conviver em paralelo com as medidas de incentivo ou promocionais, conforme estas se relevam mais eficientes para obtenção de determinado comportamento desejado.

Disso resulta que a proposta teórica ora apresentada não visa descaracterizar a função coativa do ordenamento jurídico, mas apenas sobrelevar a importância da valorização das técnicas de encorajamento no Estado contemporâneo, concedendo, assim, espaço para o reconhecimento da função promocional do ordenamento jurídico mediante o emprego de sanções de conteúdo positivo. A coercitividade será marca sempre presente, de maneira geral, no ordenamento jurídico. No entanto, ao lado da função protetivo-repressiva, os ordenamentos modernos, em maior ou menor grau, também têm prestigiado a função promocional, de modo a realizar o controle social não apenas com técnicas punitivas, mas também com técnicas de encorajamento²⁸⁹.

²⁸⁹ Tal ponderação levou BOBBIO a reconhecer o seguinte: “*Já há algum tempo, os juristas têm ressaltado que uma das características mais evidentes do sistema jurídico de um Estado assistencial é o aumento das chamadas leis de incentivo ou leis-incentivo. O elemento novo das leis de incentivo, aquele que permite o agrupamento dessas leis em uma única categoria, é exatamente o fato de que elas, diferentemente da maioria das normas de um ordenamento jurídico, denominadas sancionatórias (com referência ao fato de que preveem ou cominam uma sanção negativa), empregam a técnica do encorajamento, a qual consiste em promover os comportamentos desejados, em vez da técnica do*”

Em sua abordagem funcionalista, BOBBIO não descarta de fazer uma análise crítica da obra de KELSEN, especialmente para refutar a ideia de que, como ordenamento coativo, a técnica específica do direito consiste no uso de sanções negativas. Afinal, não há como desconsiderar que o uso de incentivos é uma técnica eficiente para organização social e balizamento da conduta humana, do que se extrai a importância de se reconhecer o viés promocional que o Direito pode assumir, com o uso de sanções positivas para alcançar comportamentos desejáveis.

Nada obstante as críticas, BOBBIO ressalta que a função promocional do direito “*não invalida, de modo algum, os resultados da análise estrutural kelseniana*”²⁹⁰, de modo que a teoria estrutural do ordenamento jurídico desenvolvida pelo referido autor pode absorver, sem maiores perturbações, as reflexões acerca do caráter promocional descortinado pela análise funcional.

Em desfecho, se as recompensas ou incentivos servem como alavancas do movimento social, o Direito pode assumir uma faceta promocional, com normas que incorporem sanções positivas ou que facilitem determinada ação desejada, as quais induzem positivamente o exercício de atos conformes, tornando-os particularmente atraentes, sem, evidentemente, abrir mão de técnicas repressivas e de desencorajamento. Esses pontos serão desenvolvidos adiante.

3.1.2 SANÇÕES JURÍDICAS NEGATIVAS E PREMIAIS

desencorajamento, que consiste em reprimir os comportamentos não desejados. No âmbito dessa categoria geral, é possível discernir os dois expedientes – o da facilitação (por exemplo, no caso de uma subvenção, de uma ajuda ou de uma contribuição financeira, ou mesmo de uma facilitação de crédito) e o da sanção positiva, como no caso da consignação de um prêmio para um comportamento superconforme ou de uma isenção fiscal. Com o primeiro expediente, deseja-se tornar menos oneroso o custo da operação desejada, ora acrescentando os meios necessários à realização da operação, ora diminuindo o seu ônus; com o segundo, tende-se a tornar a operação atraente, ou assegurando a quem a realiza a obtenção de uma vantagem ou, então, o desaparecimento de uma desvantagem, uma vez observado o comportamento” (Ibidem, p. 17-18).

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 77.

Tratando da etimologia da palavra sanção, o Dicionário Houaiss explica que o vocábulo origina-se do latim “sanctio,ōnis”, que significa a ação de tornar sagrado ou inviolável²⁹¹. Contudo, para a cultura pagã clássica, o sagrado podia manifestar-se quer como recompensa, quer como castigo²⁹², o que gerou uma ambiguidade que se reflete nas definições formais e atuais da palavra. Por isso os contornos semânticos do termo sanção são amplos e vagos, de forma que seu conceito é relativo, podendo variar de acordo com os diferentes contextos em que a palavra pode ser empregada e analisada²⁹³.

Evidentemente, e até com arrimo na amplitude de significações que o vocábulo pode apresentar, as sanções não são exclusividade da ordem jurídica. A ordem social também se vale de sanções para direcionar o comportamento subjetivo, entendendo-se a sanção, nessa hipótese, como “aprovação ou reprovação que a sociedade ou o grupo social dá ao comportamento de um indivíduo ou conjunto de indivíduos, e que se manifesta através de atos informais ou formalizados, individuais ou coletivos”²⁹⁴. Disso resulta que a sanção é gênero, do qual a sanção jurídica e a sanção social são possíveis espécies.

No campo jurídico, BOBBIO observa que, enquanto a literatura filosófica e sociológica emprega o termo em sentido mais amplo, nele incluindo não apenas as consequências negativas da inobservância das normas, mas também as consequências positivas ou agradáveis da observância, a literatura jurídica tradicional reserva ao termo sanção um sentido estrito, atrelando a noção de sanção jurídica à ideia de punição pelo descumprimento de uma norma jurídica²⁹⁵.

²⁹¹ Dicionário Houaiss eletrônico da língua portuguesa. Versão eletrônica consultada em fevereiro de 2018.

²⁹² CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Fundamentos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 302.

²⁹³ O já referido Dicionário Houaiss apresenta os seguintes significados: “parte coativa da lei, que comina penas contra os que a violam”; “pena ou recompensa que corresponde à violação ou execução de uma lei”; “ato pelo qual o chefe do poder executivo aprova uma lei votada pelo órgão legislativo”; “aprovação ou confirmação que se dá, ou se impõe à lei”; “aprovação formal”; “reconhecimento público; aprovação”; “medida de coação imposta por órgão ou autoridade” (Dicionário Houaiss eletrônico da língua portuguesa. Versão eletrônica consultada em fevereiro de 2018).

²⁹⁴ Dicionário Aurélio eletrônico século XXI. Versão eletrônica consultada em fevereiro de 2018.

²⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, *Op. cit.*, p. 07.

Tal visão decorre da valorização da concepção exclusivamente repressiva da ordem jurídica – que ainda prevalece, de maneira geral, no campo da teoria do Direito – o que contribuiu para desenvolver a ideia de que a sanção jurídica será sempre um efeito negativo a repercutir coativamente na esfera jurídica do sujeito, como consequente decorrente da conduta em desconformidade com a norma jurídica²⁹⁶.

A despeito dessa constatação, e como premissa teórica, BOBBIO parte de um certo consenso em entender como sanção, num aspecto filosófico e metajurídico, “*a resposta ou reação que o grupo social manifesta por ocasião de um comportamento por algum motivo relevante de um membro do grupo*”²⁹⁷, de forma que, especialmente a partir da função promocional do ordenamento jurídico, é possível compreender sanção como reações previstas por determinado sistema de regras a fim de orientar a conduta subjetiva.

Se a sanção, nesse viés, tem por objetivo exercer controle sobre o conjunto de comportamentos sociais, de modo a direcioná-los a certos objetivos mais do que a

²⁹⁶ Nesse sentido, não desconhecia KELSEN que a ordem social pode estatuir vantagens ou prêmios como consequências por determinadas condutas humanas, e que, embora tal não seja usual, estas podem ser compreendidas no conceito de sanção: “*A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer conseqüências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (Vergeltung). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal - a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos - a aplicar como conseqüência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa*”. Contudo, por reputar que a marca da ordem normativa é prescrever atos de coerção como reação contra uma determinada conduta humana, de maneira que a sanção seria o mal a ser aplicado contra a vontade do atingido e, em caso de resistência, através do recurso à força física, Kelsen desenvolve sua célebre obra sobre um sentido mais estrito de sanção: “*(..) o conceito de sanção pode ser estendido a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica, desde que com ele outra coisa não se queira exprimir senão que a ordem jurídica, através desses atos, reage contra uma situação de fato socialmente indesejável e, através desta reação, define a indesejabilidade dessa situação de fato. É esta, na verdade, a característica comum a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica. Se tomarmos o conceito de sanção neste sentido amplíssimo, então o monopólio da coerção por parte da comunidade jurídica pode ser expresso na seguinte alternativa: a coação exercida por um indivíduo contra outro ou é um delito, ou uma sanção (entendendo, porém, como sanção, não só a reação contra um delito, isto é, contra uma determinada conduta humana, mas também a reação contra outras situações de fato socialmente indesejáveis)*.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 17 e 29). Da mesma forma, VILANOVA estabelece vinculação entre ato desconforme (ato ilícito) e sanção, sendo aquele pressuposto de sua aplicação (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. *Op. cit.*, p. 51).

²⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. *Op. cit.*, p. 29.

outros, a sanção jurídica, numa ótica mais ampla, pode compreender não apenas as consequências negativas da inobservância das normas, mas também as consequências positivas ou agradáveis da observância. Isso porque, considerando que o ordenamento jurídico visa regular o comportamento humano, variáveis são os expedientes com os quais se pode exercer controle sobre os membros do grupo social, inclusive com técnicas de estímulo e propulsão a atos considerados úteis e adequados, em paralelo às tradicionais técnicas de repressão de atos considerados nocivos ou inadequados.

Por conseguinte, para cumprimento daquele desiderato de direcionar a conduta humana, a sanção não precisa ter necessariamente um cunho negativo, de reprimenda, de castigo ou de sujeição a uma situação jurídica de desvantagem, pois a perspectiva de uma situação positiva de vantagem também pode cumprir de maneira eficiente o papel de direcionar a conduta humana a comportamentos desejáveis.

A partir dessa concepção de que as sanções podem representar vantagens ou prêmios, não necessariamente desvantagens ou punições, é possível, a partir da consequência decorrente do cumprimento ou descumprimento da norma, classificar a sanção jurídica como um gênero que alberga duas espécies: as sanções negativas, que visam reprimir ou desencorajar o comportamento desconforme à norma com uma desvantagem ou punição imposta coativamente, e as sanções premiaias ou positivas, que visam estimular ou encorajar o comportamento normativamente adequado, retribuindo-lhe com uma recompensa, uma vantagem ou um prêmio, também institucionalmente protegido pelo poder estatal ²⁹⁸.

As sanções sob o aspecto negativo, sem dúvida, são as que mais atraem a atenção dos juristas, não apenas por serem mais abundantes, mas também pela concepção clássica que vincula a noção de sanção a esse viés repressivo. O jurista português OLIVEIRA

²⁹⁸ Importante explicação é que, do ponto de vista analítico, não se deve confundir a distinção entre normas positivas e normas negativas, que dizem respeito a comandos e proibições, e entre sanções positivas e sanções negativas, que se referem a prêmios e castigos. As sanções reforçam as normas, sendo perfeitamente possível que o sistema jurídico se valha de sanções positivas ou negativas para reforçar tanto normas positivas, quanto negativas. Dito de outra forma, é possível tanto desencorajar a fazer e a não fazer, quanto encorajar. Nessa linha, BOBBIO identifica quatro situações distintas: a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos (*Ibidem*, p. 06-07).

ASCENSÃO²⁹⁹ propõe profícua classificação das sanções negativas, conforme a finalidade da consequência desfavorável em reação à violação de uma regra, apresentando o seguinte rol: a) compulsórias; b) reconstitutivas; c) compensatórias; d) punitivas; e) preventivas. Convém abordar cada uma dessas subespécies, por se tratar de tema proveitoso à diferenciação entre medidas processuais executivas (em especial, as coercitivas) e medidas processuais punitivas (item 3.4.6)³⁰⁰.

As sanções compulsórias são aquelas que se destinam a atuar sobre o infrator da norma para o levar a adotar, conquanto tardiamente, a conduta devida. Apesar da ocorrência da infração, a sanção incide com o objetivo de chegar à situação que resultaria da devida observância da norma, abstraindo-se do fator tempo, através do próprio comportamento do infrator. Cita o autor, como exemplos, a prisão civil por dívidas para pressionar o alimentante ao cumprimento de sua obrigação, o direito de retenção, através do qual o possuir de boa-fé retém o bem sobre o qual fez benfeitorias úteis e necessárias como forma de compelir o proprietário à indenização das despesas realizadas, bem como

²⁹⁹ O autor citado reconhece a concepção teórica acerca das sanções premiaias, mas, conforme sua explicação, não desenvolve o tema pois sua “*integração no capítulo da sanção nos não parece suscetível de levar ao esclarecimento da sanção como meio de reforçar a imperatividade da norma*”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 58-59).

³⁰⁰ A classificação, como ato intelectual de agrupar objetos individuais em conjuntos ou classes, segue a lógica da liberdade de estipulação. Mais de uma classificação pode ser proposta acerca do objeto de estudo, cada qual com sua utilidade ou conveniência científica de acordo com as características que se pretendem realçar. Sobre o tema, TALAMINI apresenta proposta classificatória que, a partir dos aspectos substancial e instrumental da norma sancionatória, distingue a sanção em sentido estrito, que identifica como comando sancionatório, e os mecanismos sancionatórios. Os mecanismos sancionatórios representam o aspecto instrumental e correspondem aos mecanismos que visam a atuação prática da sanção. Envolvem mecanismos de sujeição, os quais constituem providências aptas a atingir o resultado determinado pelo comando sancionatório independente da participação do sancionado (o que, segundo o autor, engloba, mas não se resume aos atos de substituição ditos “sub-rogatórios”), e os mecanismos de indução, que se prestam a influenciar psicologicamente o sancionado, a fim de que ele mesmo adote a conduta pretendida, abarcando as medidas indutivas negativas, tradicionalmente chamadas de meios coercitivos, e as medidas indutivas positivas, que dão operatividade a sanções positivas. Os comandos sancionatórios encontram a seguinte classificação: a) sanções preventivas, que se desenvolvem antes do comportamento do sujeito sancionado e se prestam a evitar o ilícito ou a incentivar o sujeito a adotar a conduta preferida pelo ordenamento jurídico, subdividindo-se em providências de controle, de encorajamento, de intimidação e de preclusão; b) sanções simultâneas, que se efetivam através de medidas sub-rogatórias em sentido estrito, com a prática, por outrem, do comportamento devido, ou na forma de medidas repressivas diretas, com o impedimento físico de que o sujeito faça aquilo que não pode fazer; c) sanções sucessivas, que operam depois de já concretizada a conduta conforme ou desconforme a norma jurídica, e subdividem-se em providências que visam reparar a transgressão e suas consequências, o que engloba as sanções restitutórias e ressarcitórias, e em providências que visam retribuir com um prêmio ou um castigo a conduta do sujeito sancionado, que compreende as sanções premiaias e punitivas (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. São Paulo: RT, 2003, p. 169-186).

agravamentos fiscais progressivos, que estimulam pela desproporção o sujeito a pagar o quanto antes³⁰¹. Trata-se, assim, de sanções que também podemos referir como coativas³⁰² ou coercitivas, sendo outro exemplo a multa coercitiva (*astreintes*).

As sanções reconstitutivas são aquelas cuja reação visa reconstituir, repor ou restaurar a situação que existiria se não tivesse havido violação da norma jurídica. São as sanções ligadas à execução específica de obrigações, nas quais o credor busca receber a prestação originalmente devida, e à indenização específica, em que se busca reconstituição *in natura* do direito violado³⁰³.

As sanções compensatórias encontram espaço quando a reconstituição natural ou não é equitativa ou não é possível, e são aquelas que visam constituir uma situação que, embora diferente daquela que se verificaria se tivesse havido a observância da norma, seja valorativamente equivalente. Na impossibilidade de recompor o estado anterior ao ilícito, as sanções compensatórias impõem indenização para o fim de suprir a falta do bem devido, suprir outros danos patrimoniais ou mesmo suprir danos não patrimoniais³⁰⁴.

As sanções punitivas representam um sofrimento e uma reprovação para o infrator, não mais interessando, para a finalidade dessas sanções, a reconstituição da situação que existiria se o fato não tivesse se verificado, mas apenas aplicar o castigo previsto ao violador. Englobam as penas criminais, aplicadas quando da violação de uma norma penal e as penas civis ou não criminais, aplicadas como punição por violação a normas que não estabelecem crimes, incluindo-se, nesta categoria, as penas disciplinares, aplicáveis por infração a normas administrativas³⁰⁵, como também as sanções processuais por infração a normas da legislação processual.

Finalizando a lista do jurista português, as sanções preventivas são reações a violações de normas jurídicas que apresentam a finalidade de prevenir violações futuras, por

³⁰¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*, *Op. cit.*, p. 59-61.

³⁰² Adjetivo usado por FRANCISCO AMARAL, ao tratar da classificação do jurista português (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2ª ed., Renovar: Rio de Janeiro, 1998, p.60).

³⁰³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*, *Op. cit.*, p. 61-63.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 64-66.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 66-67.

receio de reiteração do ilícito. Exemplo típico são as medidas de segurança no direito penal, cuja função não é punir, mas evitar a prática futura de crimes, bem como todas as sanções que se assentam primariamente na ideia de garantia contra a prática de um ilícito, como nas hipóteses de inibição ao exercício da tutela às pessoas que tenham incorrido em situações que fazem temer o mau exercício do cargo, o vencimento antecipado das parcelas vincendas em face do devedor que se revelou indigno de confiança pelo atraso no pagamento, a inabilitação para o exercício de funções públicas ou profissões regulamentadas, dentre outras³⁰⁶.

Também nesse viés de consequências negativas (sanção negativa), podem ser enquadradas outras espécies de sanção reconhecidas na doutrina, como a sanção caducificante³⁰⁷, consistente na perda de uma posição jurídica ativa, e a sanção de invalidação, consiste na supressão de efeitos de um ato ilícito³⁰⁸.

Em outro enfoque classificatório, é possível agrupar, de um lado, as sanções executivas, e de outro, as sanções de direito material.

A referência à sanção executiva é bastante comum na doutrina processual³⁰⁹, e, como anota LIEBMAN, pode ser entendida como o conjunto de medidas que, com ou sem o concurso da vontade do obrigado, voltam-se a produzir o mesmo resultado a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida³¹⁰, ou seja, cada uma dessas medidas é uma sanção, sendo a sanção executiva “o conjunto sistemático das sanções que ao longo da

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 67-68.

³⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. *Op. cit.*, p. 424-425.

³⁰⁸ Com amplas referências doutrinárias sobre o tema: SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momentos de formação, suportes fáticos*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 48-49. Contra o reconhecimento da ineficácia como sanção: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*, *Op. cit.*, p. 58.

³⁰⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. *Op. cit.*, p. 18; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV, *Op. cit.*, p. 31-32; GREGO, Leonardo. *O processo de execução*. *Op. cit.*, p. 161-162; ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. *Op. cit.*, p. 73 e 136; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. *Op. cit.*, p. 550.

³¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. *op. cit.*, p. 18. Na mesma obra, LIEBMAN reconhece que à palavra sanção se pode dar uma significação mais ou menos ampla. No campo jurídico, entende que elas são as medidas cuja imposição é estabelecida pelas leis como consequência normativa da inobservância dos imperativos jurídicos, o que permite divisar várias formas de classificação, como, em outro exemplo dado pelo doutrinador, sanções penais e civis (*ibidem*, p. 14-16, *passim*).

*execução forçada vão sendo impostas”, as quais se resolvem em “atos práticos de invasão patrimonial ou de pressão sobre a vontade da pessoa”*³¹¹.

As sanções de direito material, por sua vez, são aquelas que criam, extinguem ou modificam relações jurídicas, mas não tem em si próprias a capacidade de impor resultados práticos em caso de descumprimento por parte do sujeito³¹².

Nessa classificação de sanções executivas e sanções de direito material, entendemos possível constatar que tanto uma como outra podem prever consequências favoráveis (sanções premiaias) ou desfavoráveis (sanções negativas) a determinado sujeito.

Do ponto de vista da estrutura normativa condicionada, a sanção negativa se apresenta sob a seguinte fórmula: “se faz A, deve B”; ou seja, incidindo a hipótese normativa, o sujeito tem a obrigação ou o ônus de se submeter ao mal do consequente normativo. Na sanção positiva, a fórmula é: “se faz A, pode B”, ou seja, o sujeito tem o direito à vantagem prometida³¹³.

Isso quer significar que, para evitar a desvantagem prevista com a aplicação da sanção, o meio adequado para tanto é o sujeito adotar o comportamento que não se amolde à hipótese do antecedente da medida sancionatória. Por exemplo, para a hipótese de não pagamento da obrigação pecuniária no prazo legal, então deve incidir multa de 10% prevista no art. 523, §1º do CPC/15. Logo, para evitar a incidência da norma e a aplicação da sanção, o sujeito deverá fazer o pagamento dentro do prazo.

De maneira simétrica, para conquistar a vantagem prometida e a aplicação da sanção positiva, o meio adequado é o sujeito agir em conformidade com a hipótese normativa. Num exemplo, se o executado deseja obter a redução pela metade do encargo de honorários advocatícios, na forma prevista no art. 827, §1º do CPC/15, então deverá pagar a obrigação no prazo legal, conforme prevê a lei processual.

Em desfecho, adotamos a linha de entendimento que aborda a sanção em sentido *lato*, representando, assim, toda consequência prescrita para uma determinada conduta que

³¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV, *Op. cit.*, p. 31-32.

³¹² *Ibidem*, p. 32.

³¹³ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. *Op. cit.*, p. 19.

represente a observância ou inobservância da hipótese prevista na norma jurídica. Essa consequência pode ser uma situação jurídica de vantagem ou de desvantagem, um prêmio ou uma punição³¹⁴.

Essa visão, especialmente a partir da noção de que as sanções podem ser premiais, não prejudica o tradicional viés da coercitividade do Direito, pois, conforme explicação conciliatória de MIGUEL REALE, deve-se diferenciar a coação *virtual* da coação *atual*, o que significa que a nota característica da ordem jurídica, no pormenor em cotejo, é a tendência ao recurso da coação, o que implica dizer que “*não é de sua essência a inexorável passagem do virtual para o atual, pelo menos enquanto nos situarmos de um ponto de vista lógico ou deontológico*”³¹⁵, de modo que o Direito é logicamente coercível, pelo potencial ou compatibilidade com o cumprimento forçado de suas normas, podendo conviver com outras técnicas jurídicas de direcionamento das condutas.

3.2 MEIOS EXECUTIVOS NO PROCESSO CIVIL

A tutela jurisdicional executiva há de ser cotejada não apenas como resultado, mas também sob o enfoque dos meios tendentes à sua consecução³¹⁶.

Reafirme-se que processo é o instrumento pelo qual a jurisdição atua para solucionar as crises do direito material, valendo-se, para tanto, de um conjunto de técnicas que devem ser adequadas a cada tipo de conflito. Para resolver uma crise de cumprimento da norma

³¹⁴ Opinião um pouco distinta apresenta DANIEL NEVES. O autor reconhece a diferente natureza dos fenômenos jurídicos, mas entende desaconselhável a designação de sanção aos meios executivos (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC. Op. cit.*, versão eletrônica). Igualmente, refuta o autor o emprego dos termos “*sanções premiadoras*” ou “*sanções premiais*”, porque, apesar de entender correta a ideia de prêmio, pontua não ser possível confundir sanção com pressão psicológica (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 1057-1058). Como se percebe, não há diferença substancial entre os fenômenos jurídicos discorridos no texto e a visão do autor, havendo apenas divergência de opção terminológica para identificar cada qual.

³¹⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 683.

³¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro. Op. cit.*, p. 45.

concreta e entregar a prestação determinada pelo direito substancial, o processo deve congrega técnicas que alcancem a implementação prática da decisão judicial que identifica a necessidade de efetivação da prestação devida.

A partir desse objetivo de qualquer execução, o órgão jurisdicional deve atuar mediante o emprego de atos que se encadeiam e se articulam em operações chamadas de meios executivos ou meios executórios, os quais visam a repercussão prática na esfera jurídica do executado a fim de satisfazer a pretensão do exequente³¹⁷. Os meios executivos, portanto, são os métodos ou medidas adotadas como técnicas processuais tendentes à efetivação da execução, as quais correspondem à reunião de atos processuais executivos, organizados no procedimento, para fins de obtenção da prestação pretendida pelo exequente.

Como os meios executivos visam ao cumprimento ou à efetivação da prestação, conforme considerações traçadas anteriormente acerca da função executiva (item 1.2), é igualmente possível falar-se em medidas executivas, medidas de cumprimento ou medidas de efetivação.

Sob o enfoque da tradicional doutrina alemã, os meios executivos se encontram ligados ao bem jurídico postulado pelo exequente, que podem ser os seguintes: “(a) coisa certa ou determinada (*corpus*); (b) soma em dinheiro, ou uma quantidade de coisas em dinheiro passíveis de conversão (*genus*); e, finalmente, (c) atividade ou uma abstenção do executado (*facere e non facere*)”³¹⁸. Esse itinerário clássico para identificação do meio executivo conforme a prestação a ser satisfeita reflete-se na estruturação concebida pelo CPC/15 para desenvolvimento da função executiva, que, reproduzindo o modelo do CPC/73, reparte os procedimentos conforme se trate de prestação de pagar, de dar coisa e de fazer ou de não fazer³¹⁹.

Para alcançar o escopo da execução, três são os caminhos possíveis na atividade executiva: i) a utilização de técnicas em que o Estado-juiz adota as ações necessárias à

³¹⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 181.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 182.

³¹⁹ O modelo teórico mais contemporâneo, que estrutura os meios executivos de acordo com dois escopos centrais da execução, o de eliminar os efeitos da infração a algum direito e o de impedir a própria infração do direito, não foi adotado na organização das espécies de execução pelo CPC/15, embora seja possível tal construção dogmáticamente. Optou-se pela obrigacionalização da tutela executiva no Código (ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*, *Op. cit.*, p. 34).

realização da prestação devida; ii) a utilização de técnicas que buscam influenciar o executado ou um terceiro nesse sentido; iii) a combinação de técnicas mesclando iniciativas ora pelo Estado, ora pelo executado ou terceiro³²⁰.

3.3 EXECUÇÃO DIRETA E EXECUÇÃO INDIRETA

O sistema jurídico pode valer-se de diferentes medidas voltadas ao controle social, considerando as técnicas passíveis de manejo para a obtenção do resultado almejado, as quais podem buscar o objetivo independentemente da vontade do destinatário da norma, como também podem encorajar uma ação desejável, tornando-a mais fácil ou vantajosa, ou desencorajar, tornando-a mais difícil ou atribuindo consequências desagradáveis (item 3.1.1).

Buscando a definição e adequação das medidas passíveis de adoção no exercício da função executiva, é oportuno considerar os seguintes parâmetros: i) saber se a satisfação do direito depende ou não da participação do executado; ii) identificar se a participação do executado é imprescindível, ou oportuna; iii) analisar se a participação do executado é totalmente inconveniente; iv) se, embora possível, a atuação do executado é irrelevante ou está em segundo plano³²¹.

Com esses parâmetros, e partindo da constatação de que a execução pode ocorrer com ou sem a participação do executado, a doutrina diferencia dois modos para o desenvolvimento dessa função: a execução direta e a execução indireta³²².

³²⁰ MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal da Bahia, 2017, p. 114.

³²¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*, *Op. cit.*, p. 48.

³²² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. *Op. cit.*, p. 187-197; ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. *Op. cit.*, p. 49-50; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 1.056-1.059; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. *Op. cit.*, p. 17-28; DIDIER *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 50-56.

Em ambas, a realização dos atos materiais para efetivação prática da norma jurídica concreta depende de uma conduta voltada àquele fim. Na execução direta, o Estado prescinde da conduta daquele obrigado a exercê-la (o executado), e adota, por intermédio de seus agentes ou terceiros, os atos que geram a satisfação do direito encartado na norma concreta. Na execução indireta, o Estado não substitui a conduta do executado, mas atua sobre sua vontade no intuito de convencer ao cumprimento voluntário, embora não espontâneo.

Na execução direta, portanto, há substitutividade da conduta do executado, pois as medidas executivas para a efetivação da prestação devida são levadas a efeito sem sua colaboração ou mesmo contra a sua vontade. Essa modalidade de execução se dá por meio de sub-rogação ou substituição, daí falar-se em medidas sub-rogatórias. Essas medidas são realizadas através de atos de expropriação, desapossamento e transformação, as quais compreendem atos executivos instrumentais ou preparatórios (como a penhora, a apreensão, o depósito ou a indisponibilidade de bens), e atos executivos finais (como a adjudicação, a alienação judicial, a apropriação de frutos e rendimentos, e a entrega de dinheiro ou coisa).

Na execução indireta, contudo, não há substitutividade, pois nessa modalidade, em vez de tomar as providências que deveriam ser tomadas pelo executado, o Estado adota medidas baseadas em técnicas de coerção ou indução que atuam sobre a vontade do sujeito passivo, a fim forçá-lo ou estimulá-lo a cumprir a prestação, conquanto o comportamento não desejado continue sendo possível. Essa modalidade de execução pode ser patrimonial, com medidas que buscam pressionar o executado através de constrição sobre seus bens, ou pessoal, com medidas de pressão que restringem direitos não patrimoniais do executado³²³.

Vale ressaltar que há antiga discussão doutrinária sobre se a chamada execução indireta pode ser considerada verdadeiramente uma execução. Determinada linha, na esteira do entendimento firmado por LIEBMAN³²⁴, reputa caracterizar atividade executiva apenas se houver atos de sub-rogação, com efetivação da sanção executiva independentemente da

³²³ Sobre a admissibilidade de medidas atípicas de conteúdo não patrimonial, confira-se o item 4.7.

³²⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. *op. cit.*, p. 20.

vontade do devedor, de modo que, como as medidas atinentes à execução indireta visam a que o próprio devedor cumpra a prestação, não haveria, nesses casos, execução propriamente dita. Outra linha, seguindo posição sustentada por CHIOVENDA³²⁵, considera como meios executivos tanto os meios sub-rogatórios, como os meios coercitivos, pois ambos representam medidas passíveis de adoção pelo órgão jurisdicional para o fim de satisfazer o direito do credor.

Como explica TALAMINI a propósito dessa celeuma, enquadrar ou não os meios coercitivos no âmbito da execução propriamente dita depende da perspectiva que se adote:

CARNELUTTI destacou o caráter híbrido dessas medidas, comparando-as com a "estrutura" e a "função" da "execução" (por sub-rogação, "restituição") e da "pena" ("punição", "penitência"). Sob o aspecto funcional, a "execução" é meio adotado a fim de que se atinja a situação a que o direito tende com o comando desobedecido; a "pena", ao invés, emprega-se porque aquela situação não se verificou. A "execução", em outros termos, visa à "satisfação" do direito violado; a "pena" impõe uma "aflição" em virtude da violação. Estruturalmente, a "execução" sacrifica o mesmo interesse (ou interesse equivalente ao) que se afetaria caso observado o comando; a "pena" golpeia um interesse diverso. A medida coercitiva constitui um terceiro gênero, entre a "pena" e a "execução". Apresenta em comum com a "pena" sua estrutura, pois recai sobre bem do devedor diferente daquele que é objeto do dever violado. Já funcionalmente, identifica-se com a "execução": tem finalidade "satisfativa", antes que "aflitiva". CHIOVENDA, quando reputa propriamente executivo o emprego dos "meios de coação", toma em conta tal identidade funcional. A doutrina prevalente, ao negar o caráter de "verdadeira execução" à "execução indireta", tem em mira a incompatibilidade estrutural, a diversidade quanto ao modo de operar, de uma e outra.³²⁶

Parece-nos que, valorizando o prisma funcional da execução, os meios indiretos de coerção devem ser compreendidos como manifestação da tutela jurisdicional executiva, considerando não só sua precípua vocação de tornar efetivo o comando da norma jurídica concreta, mas também o fato de atuarem dentro da relação jurídica processual, com a marca da estatalidade e inevitabilidade do poder jurisdicional. Tais como as medidas sub-rogatórias, as medidas indiretas realizam-se dentro de um processo, com as garantias constitucionais inerentes, mediante ordem judicial e são voltadas

³²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 349.

³²⁶ TALAMINI, Eduardo. *Prisão civil e penal e "execução indireta" (a garantia do art. 5.º, LXVII, da Constituição Federal)*. Revista de Processo, vol. 92/1998, p. 37 – 51, versão eletrônica.

funcionalmente à satisfação da prestação devida, ainda que por técnicas processuais diferenciadas das primeiras³²⁷.

De toda forma, o fundamental é reconhecer a diferença substancial entre a atuação através de meios sub-rogatórios, com o Estado substituindo-se ao devedor, e através de meios indiretos, com técnicas que pressionam o devedor a ele mesmo cumprir sua prestação.

Indo mais além, se a perspectiva funcional permite contemplar na execução indireta todos os meios adotados a fim de que se concretize a efetivação do direito não satisfeito, inclusive os mecanismos de pressão volitiva, então há amparo, sob tal prisma, para considerar que a execução indireta pode se dar de duas formas, porque duas são as formas de atuar psicologicamente sobre a vontade: através de ameaça de piorar a situação ou através da oferta de uma melhora na situação³²⁸. Isso permite pontuar que as medidas indiretas abrangem não apenas as sanções negativas, que visam repreender o comportamento não desejado, mas também as sanções positivas, que repercutem em técnicas de estímulo e propulsão a comportamentos desejados.

Como a execução por quantia certa visa um “*corte na porção patrimonial correspondente ao valor da dívida*”³²⁹, o sistema processual estabelece técnicas processuais típicas de execução direta, voltadas à expropriação forçada do patrimônio do executado em favor do exequente. A expropriação forçada se dá pela força imperativa inerente ao Estado e se justifica pelo direito potestativo do exequente de exigir o cumprimento da responsabilidade patrimonial do executado³³⁰.

Duas observações se fazem importante antes de encerrar este item.

³²⁷ Segundo MARCELO ABELHA, não se pode excluir das medidas executivas o papel executivo, de modo que “ou se revisita o conceito de tutela executiva para abraçar as medidas coercitivas sobre a vontade do executado, ou então se muda a terminologia para que outra expressão (tutela da efetividade) possa abraçar os dois tipos de atividades, as sub-rogatórias e as coercitivas” (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. Op. cit., p. 50).

³²⁸ Reconhecendo essas duas formas de atuação sobre a vontade do devedor: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Op. cit., p. 1.057-1.058; DIDIER, et al. *Curso de direito processual civil: execução*. Op. cit., p. 51-52.

³²⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. Op. cit., p. 194.

³³⁰ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. Op. cit., p. 274.

A primeira é que a execução direta para pagamento de quantia, cujo método subrogatório é a expropriação, em não se logrando obter de imediato o dinheiro³³¹, faz-se geralmente por um caminho mais tortuoso e complexo, pois muitas são as etapas para transformar bens em dinheiro, as quais abarcam a localização, afetação, avaliação, desapossamento, e alienação da porção patrimonial do executado³³². Para fins de segurança jurídica, previsibilidade e mesmo para fins didáticos, o sistema processual traz um conjunto detalhado de regras acerca do itinerário executivo a ser seguido para a tutela executiva, sendo sobremaneira oportuna e útil a previsão desses meios em um modelo de tipicidade.

Além da complexidade, os custos envolvidos na execução direta são maiores, envolvendo gastos com pessoal para realização da penhora, custos gerados pelo depósito do bem, gastos na alienação etc.³³³, o que também gera um natural alongamento do procedimento, com maior consumo de tempo útil das partes e do órgão jurisdicional.

Em síntese, o itinerário expropriatório é custoso, complexo e moroso. Essas características, sem dúvida, pesam na balança da eficiência do processo executivo, considerando-se o modo para alcançar o resultado.

De maneira contrária, a execução indireta tende a não envolver custos elevados³³⁴ e, estando calibrada de maneira adequada ao caso concreto, o que pressupõe prévia avaliação da efetiva capacidade de o executado adimplir sua prestação, o procedimento para obter seu cumprimento pode ser acelerado, indo direito para a fase final de satisfação da obrigação.

Isso leva à segunda observação. A despeito da previsão de um procedimento e meios típicos voltados à penhora e expropriação, não fica descartada a utilização de medidas executivas indiretas em certas situações concretas, consoante válvula aberta justamente

³³¹ Pelo bloqueio e penhora de dinheiro por meio de sistema eletrônico ou pelo desconto em folha de pagamento no caso de crédito alimentar.

³³² ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. Op. cit., p. 277.

³³³ MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. Op. cit., p. 117.

³³⁴ *Ibidem*.

pela cláusula geral de efetivação do art. 139, IV, do CPC/15. Essas medidas devem ser aplicadas conforme seja determinado pelo princípio da eficiência. Para tanto, não de ser considerados os valores a serem protegidos tanto do lado do exequente, quanto do executado, sob o filtro do princípio da proporcionalidade e da menor onerosidade, e mediante contraditório e decisão fundamentada.

Por motivo de eficiência, é possível conjugar técnicas de coerção com as de sub-rogação³³⁵, visando reforçar e acelerar o procedimento expropriatório, ou, conforme o caso, aplicar meios coercitivos diretamente para forçar o pagamento da prestação. As espécies de medidas executivas não devem ser vistas como “*um fim em si mesmas, mas apenas como meios que devem ser conjugados a fim de se proporcionar a tutela substancial do direito*”³³⁶.

Frise-se que, em nosso entender, os meios indiretos podem ser usados independentemente do prévio esgotamento dos meios diretos típicos, pois a concepção de subsidiariedade daqueles colide frontalmente com o princípio da eficiência. Tal reflexão, contudo, será melhor desenvolvida adiante (item 4.5).

3.4 A CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO DO ART. 139, IV, DO CPC/15 E AS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS

3.4.1 CLÁUSULAS GERAIS: CONCEITO, ESTRUTURA, FINALIDADE E APLICAÇÃO

³³⁵ “(...) o juiz, iluminado pelos postulados constitucionais da efetividade da jurisdição e menor onerosidade possível, poderá, sim, mesclar as técnicas de coerção com as de sub-rogação, por exemplo, impondo multa diária já no momento em que afeta o bem do patrimônio do executado” (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. Op. cit., p. 277).

³³⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 50.

Na esteira das considerações desenvolvidas a respeito da atividade judicial criadora e do papel do juiz na atuação executiva dos direitos (item 2.4), cumpre abordar um importante mecanismo voltado a tais finalidades, que são as cláusulas gerais.

Ao tratar do tema, JUDITH MARTINS-COSTA explica que, em contexto que se convencionou chamar de “*a crise da teoria das fontes*”, foram colocadas em questionamento, no final do século XIX, as vetustas concepções de que a lei seria suficiente para a regulação dos interesses de uma sociedade unitária e formalmente igualitária, e de que ao juiz caberia apenas a tarefa de aplicar a lei dentro da legalidade mais estrita. Passou-se, então, a admitir que um código, por mais amplo que seja, não teria aptidão para esgotar o *Corpus Juris* vigente, cabendo ao sistema jurídico considerar também, ao lado da norma de direito escrito, princípios, máximas, regras da experiência, usos e diretivas reveladoras da cultura, de forma a se conceber um “*sistema aberto*”³³⁷.

Uma forma de se alcançar essa abertura do sistema normativo, inclusive para permitir a atuação criadora do juiz, é através de técnica legislativa que se vale de enunciados que, em vez de enuclear a definição exata de certos pressupostos de incidência e a correspondente indicação pormenorizada de suas consequências, optam por traçar uma moldura normativa vaga, de forma a permitir, pela vagueza de seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes, máximas de conduta e valores na dinâmica da atividade judicial de concreção da norma³³⁸.

Temos assim, de um lado, a técnica da casuística, também dita “*técnica da regulamentação por fattispecie*”, que é a técnica afeta à construção de normas abstratas fechadas, cujos textos normativos são marcados pela especificação ou determinação dos critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normatizados. Em contraposição, fugindo ao padrão tradicional caro ao movimento codificatório no contexto do Estado Liberal, que almejava uma lei clara, uniforme, precisa e completa, temos a técnica

³³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Revista dos Tribunais, vol. 680/1992, p. 47-58, Jun/1992, versão eletrônica.

³³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção” - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista dos Tribunais, vol. 753/1998, p. 24-48, Jul/1998, versão eletrônica.

legislativa das normas abertas, que, conforme acima explicado, trazem enunciados vagos, visando ao preenchimento e concreção pelo juiz³³⁹.

As normas abertas ou vagas podem ser compreendidas como *gênero*, cujas espécies são as normas que se valem de *conceitos jurídicos indeterminados* e as normas que se apoiam em enunciados em forma de *cláusulas gerais*. Ambas têm em comum a característica da intencional vagueza legislativa, a fim de que o órgão judiciário promova em concreto a devida integração da moldura abstrata. Em outro ângulo, como ponto fundamental de divergência entre tais espécies, o conceito jurídico indeterminado exige labor mais reduzido, competindo ao órgão judicial apenas efetuar o preenchimento valorativo da enunciação abstrata, pois a consequência jurídica está previamente estipulada no texto legal. Na cláusula geral, por sua vez, exige-se maior esforço intelectual por parte do aplicador, pois, além da necessidade de preencher o vácuo que corresponde a uma abstração no conteúdo da norma, impõe-se também fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior³⁴⁰.

Não obstante variadas concepções existentes, as cláusulas gerais podem ser compreendidas como textos normativos com amplitude dirigida ao julgador, em forma de diretrizes, que, ao mesmo tempo em que contemplam critérios objetivos a serem alcançados, estes não são fechados, cabendo ao Estado-juiz, em valoração vinculada ao caso concreto, preencher o espaço, voluntariamente deixado pelo legislador, de abstração da norma³⁴¹.

Do ponto de vista estrutural, as cláusulas gerais são uma espécie de texto normativo cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado, havendo, assim, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógico-normativa³⁴². Cláusulas gerais não são normas, mas

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Código Civil de 2002 e o Judiciário: Apontamentos na Aplicação das Cláusulas Gerais*. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: *JusPodivm*, 2006, p. 34-35.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 32.

³⁴² DIDIER JR. Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. *Revista de Processo*, vol. 187/2010, p. 69-83, Set/2010, versão eletrônica.

enunciados normativos que servem de ponto de partida para a norma, como resultado da interpretação³⁴³.

Confrontando as técnicas em comento, registre-se que a técnica legislativa da casuística permite pouca ou menos hesitação do intérprete no momento de aplicação e determinação do sentido e alcance do texto legislativo, haja vista a pré-figuração, pelo legislador, do comportamento marcante ou típico, e dos efeitos correspondentes. Como anota JUDITH MARTINS-COSTA, esse caráter de determinação ou tipicidade que caracteriza a casuística vem sendo apontado como um dos principais, senão o principal fator de rigidez de codificações³⁴⁴.

Em contrapartida, às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da mobilidade, proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade”. Além disso, dotadas que são de grande abertura semântica, “*não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência*”³⁴⁵, característica que demonstra a relevância o sistema de precedentes do CPC/15 para orientar a aplicação da cláusula geral de efetivação do art. 139, IV.

A função de mobilidade das cláusulas gerais reclama dupla perspectiva. No sentido de mobilidade externa, serve de elemento de porosidade do sistema jurídico ao influxo de elementos extrajurídicos, visando a adequação valorativa da norma. Na perspectiva de mobilidade interna, permite operar a integração dialética e intra-sistemática de disposições interiores aos corpos normativos, em especial para garantir a eficácia de normas fundamentais da Constituição³⁴⁶.

Nessa vocação de servir como elemento de mobilidade, as cláusulas gerais garantem longevidade, abertura e flexibilização do sistema jurídico, ao permitir a adequação da

³⁴³ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 104.

³⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Op. cit., versão eletrônica.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Op. cit., versão eletrônica.

norma jurídica concretizada a partir de seu texto ao caso concreto, o que torna possível acompanhar as mudanças socioeconômicas, culturais e axiológicas da tipologia social sem necessidade de alteração legislativa³⁴⁷.

É verdade, entretanto, que as cláusulas gerais trazem consigo o sério risco de insegurança jurídica, mormente se aplicadas de maneira inadequada, com subjetivismo e sem o cuidado de perfilar uma interpretação que guarde sintonia com a ordem jurídica³⁴⁸, o que pode render uma indesejável divergência de normas jurídicas concretas extraídas da mesma cláusula geral para casos semelhantes, gerando imprevisibilidade e desigualdade³⁴⁹.

Entretanto, a previsibilidade e segurança jurídica são fatores que não estão necessariamente atrelados à aplicação de modelos legais preestabelecidos, de forma calculada, rígida e não integrativa³⁵⁰. A segurança jurídica pode ser alcançada a partir de critérios que devem orientar, como método, a concretização das cláusulas gerais no processo judicial.

³⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Op. cit., versão eletrônica; MAZZEI, Rodrigo Reis. *Código Civil de 2002 e o Judiciário: Apontamentos na Aplicação das Cláusulas Gerais*. Op. cit., p. 29-33; BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 38 e 48; CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 99.

³⁴⁸ DIDIER JR. Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Revista de Processo, vol. 187/2010, p. 69-83, Set/2010, versão eletrônica; CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 100.

³⁴⁹ MARINONI explica que, com a passagem da técnica casuística, em que a aplicação da norma se dá por subsunção, para a técnica das cláusulas gerais, em face da qual se exige um raciocínio judicial muito mais complexo e sofisticado, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei a respeito de segurança jurídica transferem-se para a decisão judicial, sendo esta responsável pela previsibilidade em relação ao direito. Se o juiz se vale da cláusula geral para chegar na regra adequada à regulação do caso concreto, a cláusula geral é norma legislativa incompleta e a decisão é a verdadeira norma jurídica do caso concreto, sendo previsível a possibilidade de os juízes criarem diversas normas jurídicas para a regulação de casos substancialmente idênticos. No entanto, é preciso impedir que haja uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e desigualdade. Nessa ordem de ideias, vaticina que “o sistema que prevê cláusulas gerais e deixa de instituir mecanismo vocacionado à fixação de normas jurídicas com caráter geral, comporta-se de forma irresponsável e em desacordo com a Constituição, em especial com as normas que garantem a segurança e a igualdade. Ao assim proceder, o sistema apresenta o remédio, mas esquece dos perversos efeitos colaterais que ele proporciona” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Op. cit.).

³⁵⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Op. cit., p. 85.

Num aspecto procedimental, a previsibilidade e segurança jurídica podem ser prestigiadas a partir do resguardo do contraditório útil com partes, baseado no trinômio conhecimento-participação-influência³⁵¹, somado à exigência de sólida fundamentação pelo órgão julgador³⁵², tanto quanto ao preenchimento do suporte fático da cláusula geral, quanto em relação aos efeitos jurídicos a serem produzidos no caso concreto³⁵³. Para legitimar a incidência da cláusula geral, a decisão judicial deve seguir as exigências de motivação encartadas no art. 489, § 1º, I e II, do CPC/15.

Num aspecto substancial, a forma de assegurar a previsibilidade e segurança jurídica se dá a partir da integração da cláusula geral com as demais normas do sistema, resguardando-se, nessa integração, o tratamento de casos semelhantes de maneira também semelhante. Nesse contexto, há de se destacar uma relação circular entre as cláusulas gerais e o sistema de precedentes, pois se a concretização de uma cláusula geral deve observar os precedentes formados quanto ao tema³⁵⁴, à cláusula geral também “*cabe o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes*”³⁵⁵, e contribuindo, assim, para a sistematização de soluções e para a estabilidade e previsibilidade em relação ao direito.

Para atendimento dessa perspectiva substancial, vem à lume a fórmula proposta por HUMBERTO ÁVILA ao explicar que, ao invés do método de subsunção típico dos

³⁵¹ *Ibidem*, p. 89-90; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 105.

³⁵² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. *Op. cit.*, p. 94-95. O autor, tratando da flexibilização procedimental, também aponta como outro critério para resguardo da segurança jurídica, ao lado, da motivação e do contraditório útil, a finalidade da variação ritual.

³⁵³ DIDIER JR. Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Revista de Processo, vol. 187/2010, p. 69-83, Set/2010, versão eletrônica; CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 100; ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925*. *Op. cit.*, p. 116-123.

³⁵⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Código Civil de 2002 e o Judiciário: Apontamentos na Aplicação das Cláusulas Gerais*. *Op. cit.*, p. 40-41; MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/O-Precedente-na-Dimens%C3%A3o-da-Igualdade.docx>. Acesso em: março/2018; DIDIER JR. Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Revista de Processo, vol. 187/2010, p. 69-83, Set/2010, versão eletrônica; CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 101; ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925*. *Op. cit.*, p. 123-127.

³⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. *Op. cit.*, versão eletrônica.

enunciados decorrentes da técnica casuística, as cláusulas gerais devem passar por um processo de concreção, que “*consiste num conjunto de atos tendentes a preencher, valorativamente, as normas, atribuindo-lhes sentido diante do caso concreto, com base em valores sistemáticos e problemáticos*”. São cinco os parâmetros alinhados pelo autor: i) identificação da finalidade concreta da norma, em termos teleológicos; ii) compreensão do contexto normativo em que ela se encontra, em termos sistemáticos; iii) valoração judicial dos resultados da decisão; iv) identificação do consenso social formado sobre os dados a serem avaliados; e v) observância dos precedentes judiciais formados em casos semelhantes³⁵⁶.

Com base no quanto exposto, as cláusulas gerais apresentam-se como espécies de texto normativo que se opõem à técnica casuística, porque, pela sua estrutura duplamente indeterminada, tanto quanto à hipótese fática, como ao efeito jurídico, demandam atividade de integração e concreção normativa pelo aplicador, o que deve observar um método que considere parâmetros de ordem procedimental e substancial.

Em termos práticos para a atividade executiva, essas observações quanto às características das técnicas legislativas defrontadas são importantes para refutar a linha de entendimento de que certas medidas coercitivas (como a suspensão da carteira nacional de habilitação - CNH, passaporte e cartões de crédito) não podem ser usadas por ausência de autorização legal expressa. Trata-se de argumento manifestamente insuficiente, pois confronta com a própria lógica inerente à técnica legislativa das cláusulas gerais. Confira-se, sobre o tema, o item 4.7, em que sustentamos que as medidas coercitivas atípicas abrangidas pela cláusula geral executiva abrangem medidas patrimoniais ou pessoais.

3.4.2 O ENUNCIADO DO ART. 139, IV DO CPC/15 COMO CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL VOLTADA À EFICIÊNCIA DOS MEIOS EXECUTIVOS

³⁵⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 439 ss.

A norma formada a partir do enunciado do art. 139, IV, do CPC/15 assenta-se em texto normativo se vale da técnica da cláusula geral, como identificado por linha doutrinária³⁵⁷. Tal se dá porque o antecedente normativo é relativamente vago e demanda atividade de integração para determinação das hipóteses passíveis de enquadramento por desvio de cumprimento de ordem judicial, e porque o consequente normativo é indeterminado, devendo ser formulado em concreto pelo órgão judicial, que é chamado a interferir mais ativamente para construir soluções para os casos concretos que lhe são submetidos. Por se relacionar às atividades práticas tendentes à produção da situação de fato determinada pela norma jurídica em que se apoia a ordem judicial, é possível reconhecer tratar-se de cláusula geral executiva ou cláusula geral de efetivação.

Uma vez que se vale da fórmula de cláusula geral, a norma do art. 139, IV demanda construções dogmáticas e sedimentação de precedentes para racionalização de seus critérios de aplicação, tanto na forma procedimental, quanto à valoração necessária à sua concreção.

³⁵⁷ DIDIER *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 102-103; ABELHA, Marcelo. *O executado cafejeste II: medida coercitiva como instrumento da medida sub-rogatória*. *Op. cit.*, versão eletrônica. MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. *A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo; ZANETI JR., Hermes. *O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento e a partir do caso concreto*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *As novas tendências da atuação judicial*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo; PEREIRA, Rafael Caselli. *Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial, sob a perspectiva da atipicidade dos meios executivos (art. 139, inciso IV – CPC/2015) – uma proposta de sistematização*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo; MEIRELES, Edilton. *Cooperação judicial e poderes do juiz na execução*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo; 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). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

Entende-se neste trabalho que a cláusula geral em comento apresenta relação próxima tanto com o princípio da efetividade, encartado no art. 4º, quanto com o princípio da eficiência, previsto na parte final do art. 8º do CPC/15. Além dessas normas gerais, essa cláusula há de ser aplicada em diálogo com outra norma que também apresenta estrutura de cláusula geral, que é a que trata do princípio da menor onerosidade, conforme disposto no art. 805 do CPC/15. A concretização da cláusula geral, evidentemente, não deve descurar das demais normas gerais do processo, especialmente aquelas necessárias ao resguardo à segurança jurídica, a partir do contraditório, decisão fundamentada e observância da proporcionalidade.

Em uma aproximação com as técnicas executivas para atuação dos direitos, perfilha-se o entendimento de que, sob o aspecto subjetivo de quem irá realizar os atos materiais necessários ao cumprimento da prestação, a cláusula geral de efetivação abrange medidas em que o cumprimento da decisão judicial pode ser feito pelo próprio executado ou por terceiro, em substituição à atuação devida pelo primeiro³⁵⁸.

Quanto ao aspecto objetivo atrelado ao alcance da norma, ela pode ser aplicada em qualquer procedimento, envolvendo todas as espécies de obrigações, inclusive a pecuniária, esteja o direito amparado em título judicial ou extrajudicial (item 4.1.1). Em outra visada, num aspecto objetivo atrelado à forma de sensibilização para adoção do comportamento visado pela decisão judicial, entende-se que a cláusula geral abre dois caminhos para o juiz na atuação executiva, pois duas são formas de atuação psicológica sobre a vontade³⁵⁹. Para tanto, e na linguagem de BOBBIO (item 3.1.1), é possível ao juiz adotar técnicas de desencorajamento ou técnicas de encorajamento, pois ambas são aptas a servir de alavanca para a conduta humana.

As técnicas de desencorajamento são as medidas coercitivas que, a partir de sanções negativas coercitivas (também referidas como compulsórias ou coativas, conforme item

³⁵⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. *A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15*. *Op. cit.*, no prelo.

³⁵⁹ *Ibidem*. Não tratando especificamente da cláusula geral de efetivação, mas também entendendo que o sistema processual, à guisa de execução indireta, pode se valer dessas duas formas de atuação psicológica para o cumprimento da prestação: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 1.057-1.058; DIDIER *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 51-52. Vale repisar que DANIEL NEVES reconhece a técnica de incentivo a partir de melhora na situação da parte, mas refuta a designação de sanções premiaias.

3.1.2), imprimem constrição patrimonial ou pessoal que, exercendo pressão sobre a vontade, são voltadas a forçar a atuação do executado no sentido de cumprimento da ordem judicial³⁶⁰. Essas medidas não se confundem com aquelas que envolvem sanções negativas reconstitutivas, compensatórias ou punitivas, pois a finalidade precípua destas é distinta (item 3.1.2), ainda que marginalmente apresentem função preventiva de desestímulo pelo temor de sua aplicação, como é comum a qualquer sanção negativa.

As técnicas de encorajamento atuam de maneira oposta, pois visam ao estímulo ou persuasão do executado, e, nesse aspecto, apresentam um ganho de eficiência na obtenção do resultado pretendido³⁶¹. Essas técnicas podem ser trabalhadas com sanções premiais, nas quais a oferta de um prêmio pode servir de mecanismo hábil a impulsionar ao comportamento desejado.

Contudo, o estímulo ao comportamento desejado não se limita a sanções premiais. Como visto na base teórica adotada, o incentivo ao cumprimento também pode se dar a partir de meios que tornem mais fácil ou vantajosa uma ação ou um resultado. Isso significa que, além das sanções premiais, que apresentam limitações práticas como veremos a seguir, o juiz pode se valer de técnicas de encorajamento voltadas a construir um caminho mais fácil ou proveitoso ao executado no caso concreto, sem prejuízo, senão com ganhos, ao exequente.

A fixação normativa da cláusula geral executiva retrata a resposta do legislador à ideia de que o direito fundamental à tutela executiva exige que o juiz possa adotar as técnicas executivas mais adequadas conforme as circunstâncias do caso concreto. Como norma de moldura aberta à concretização judicial, a cláusula geral executiva assenta-se na premissa de que a prestação jurisdicional se destina a fazer valer a tutela prometida pelo direito material³⁶². A escolha do caminho executivo a ser trilhado, entretanto, não se insere em esfera de arbitrariedade judicial, pois a cláusula geral envolve dever processual do juiz vinculado ao referido direito fundamental.

³⁶⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. *A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15*. *Op. cit.*, no prelo.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *O controle do poder executivo do juiz*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/artigos/87-artigos-jul-2006/4629-o-controle-do-poder-executivo-do-juiz-formato-pdf>. Acesso em: março/2018.

Não é suficiente, para a concretização da cláusula geral, escolher um caminho executivo que chegue ao resultado material, garantindo a efetividade da norma concreta. As técnicas executivas devem ser orientadas a alcançar o resultado do modo mais eficiente.

A fim de assegurar o resultado mais eficiente, a cláusula geral de efetivação mantém estreito diálogo com a norma do art. 805, que trata da menor onerosidade e que também é estruturada na forma de cláusula geral. Antes de tratar com mais atenção das técnicas de efetivação legitimadas pela cláusula geral executiva, cumpre explorar sua relação com a cláusula do art. 805 do CPC/15.

3.4.3 INTERAÇÃO ENTRE A CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA E A CLÁUSULA GERAL DA MENOR ONEROSIDADE PARA FINS DE EFICIÊNCIA EXECUTIVA

3.4.3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE

Se o direito fundamental à tutela executiva atua como fio condutor da execução civil, uma vez que esta é estruturada para atender o interesse do exequente (art. 797 do CPC/15), a quem milita o direito à atividade satisfativa em prazo razoável (art. 4º do CPC/15), também é necessário que haja normas de contenção à atividade executiva, a fim de evitar excessiva invasão à esfera de interesses do executado, quer para impedir que este seja despojado do mínimo essencial à manutenção de sua dignidade, quer para que a intromissão judicial não vá além do necessário para a satisfação do exequente.

É nesta esteira que se identificam vários dispositivos no CPC/15 que, reiterando regras já prestigiadas no código pretérito, visam equilibrar a execução³⁶³.

Neste mesmo contexto, e como ponto central a ser tratado neste item, norma amiúde invocada pelo executado como trunfo no propósito de coartar medidas executivas e fazer contraponto à pretensão executória é a que dispõe acerca da menor onerosidade, reconhecida na doutrina como princípio, o qual também é identificado por outras expressões sinônimas, como princípio da menor gravosidade, do menor sacrifício ou da menor restrição possível³⁶⁴.

O princípio encontra origem no axioma do *favor debitoris*, que é tido por doutrina abalizada como princípio geral de direito nos ordenamentos jurídicos latinos, e que retrata tendência ao favorecimento ou à proteção do devedor, da qual resultam normas que o protegem em circunstâncias em que ele aparece, em face do credor, como a parte economicamente mais frágil, ou mesmo em normas em que essa situação patrimonial não é levada em consideração, sendo certo, contudo, que tais preceitos "*têm um fundamento comum que é o do já mencionado princípio referido por Ferrini - quem se*

³⁶³ Como nos exemplos a seguir: a previsão de bens insuscetíveis à responsabilidade patrimonial (art. 833), a possibilidade de pagamento parcelado no âmbito da execução por quantia (art. 916), a possibilidade de substituição do bem penhorado desde que não haja prejuízo ao exequente (art. 847), a garantia do contraditório antes de modificações quanto à penhora (art. 853), o repúdio ao preço vil nas arrematações judiciais (art. 891), a possibilidade de impugnação da arrematação nos próprios autos da execução (art. 903, § 1º), dentre outras (SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. *A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva*. Revista de Processo, vol. 271/2017, p. 179-228, Set/2017, versão digital).

³⁶⁴ Enquadrando a orientação normativa como princípio, confirmam-se: MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Comentários aos artigos 785 a 788 e 802 a 805 do CPC/15*. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso; GOUVEIA, Lúcio Grassi de (coords). *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Tomo III - arts. 771 a 1072, São Paulo: Luari Editora, 2017, p. 104. ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. Op. cit., p. 63. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução*. Vol. 2, 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 185. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 302. DIDIER JR. et al. *Curso de direito processual civil: execução*. Op. cit., p. 78. Por outro lado, DINAMARCO, ao discorrer sobre o tema, embora não polemize este ponto, em momento algum se refere à menor onerosidade como princípio: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo*. Op. cit., p. 293-307. Estudo com análise mais detida colocando em cheque a natureza jurídica de princípio da norma da menor onerosidade, enquadrando-a como regra jurídica, conferir: SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. *A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva*. Op. cit., versão digital. A polêmica, contudo, não atende aos propósitos deste trabalho.

obriga, obriga-se sempre pelo menos - a implicar menor onerosidade possível para a limitação à liberdade que a posição de devedor necessariamente acarreta"³⁶⁵.

No processo civil brasileiro, o CPC/39 já prestigiava tal princípio, ao estabelecer em seu art. 903, a propósito das disposições gerais da execução, que: “*Quando por vários meios se puder executar a sentença, o juiz mandará que a execução se faça pelo modo menos oneroso para o executado*”. Na codificação seguinte, a diretriz normativa foi mantida, com a seguinte redação encartada no art. 620 do CPC/73: “*Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor*”.

Na sistemática processual vigente, o princípio foi objeto de incremento em sua atual previsão normativa, pois o art. 805 do CPC/15 não apenas prevê que “[q]uando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado” (*caput*), mas também que “[a]o executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados” (parágrafo único). Além disso, abriu-se mão dos vocábulos do direito material “credor e “devedor”, em favor dos termos “exequente” e “executado”, típicos do direito processual.

Todavia, embora a orientação processual decorrente desse princípio possa realmente favorecer o executado, seu objetivo derradeiro não é impedir ou limitar medidas executivas, mas assegurar uma execução equilibrada e eficiente, ou seja, sem prejudicar o exequente e o executado mais do que o indispensável para satisfazer o direito em execução, como será exposto a seguir a respeito da leitura atual que o princípio merece.

Na verdade, é possível sustentar ter havido lídima reconfiguração do princípio em análise com o CPC/15, o qual merece interpretação contextualizada às opções do sistema quanto ao prestígio da atipicidade, da eficiência e da colaboração processual.

³⁶⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *O favor debitoris como princípio geral de direito*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 26, p. 03-23, 1º semestre de 2004, p. 8-9. PONTES DE MIRANDA, debruçando-se sobre o preceito normativo que acolhia tal princípio no CPC/39 (art. 903), também aí identificava a existência de um *favor debitoris* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XIII, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 157-158).

Esses pontos serão desenvolvidos na esteira de diretrizes que iremos fixar quanto ao conteúdo e interpretação da norma encartada no art. 805, inclusive a partir de sua relação com outras disposições normativas.

3.4.3.2 DIRETRIZES INTERPRETATIVAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE NO CPC/15

Como passo inicial para assentar as diretrizes que permitirão identificar o delineamento normativo da menor onerosidade no CPC/15, vale rememorar a conhecida contribuição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA sobre o tema. Ao traçar as balizas teóricas do assim referido postulado da maior coincidência possível, o qual preconiza a ideia de que a recomposição do direito deve se dar da forma mais próxima possível àquilo que se pretendia ou que deveria ser se não houvesse sua violação, o ilustre processualista pontuou que a menor onerosidade, então prevista no art. 620 do CPC/73, não contrastava com aquele postulado, pelo motivo de que “*a opção pelo meio menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazes*”³⁶⁶. Disso resulta claro que o princípio da menor onerosidade demanda a perquirição de mais de um meio executivo válido.

A partir de tal orientação, é fundamental pontuar que, em nosso modo de ver, o princípio da menor onerosidade implica sim, de certo modo, limitação à execução, o que se afirma à luz da noção de que a execução não pode se dar de qualquer modo. Contudo, impõe-se explicar que tal limitação se dá apenas no que é essencial a evitar o arbítrio judicial e até mesmo ímpetos revanchistas e egoístas por parte do exequente, ou seja, para evitar excessos na atividade executiva.

Não apresenta desarmonia com tal assertiva, em outro ângulo, reconhecer que tal princípio não implica limitação à efetividade da execução. A menor onerosidade busca

³⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais*. in Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 221.

justamente prestigiar a efetividade da execução em seu objetivo de tutelar o interesse do exequente, conforme art. 797, pois orienta no sentido de que, dentre os meios processuais válidos passíveis de utilização no caso concreto, devem ser priorizados aqueles aptos a alcançar o resultado satisfativo com menor dispêndio de recursos e de tempo e, na sequência, dentre esses meios mais efetivos, deve-se escolher a via menos onerosa ao executado, sem que tal opção implique em prejuízo à execução.

Conforme se reconhece em doutrina, a disposição normativa representa o núcleo de um verdadeiro sistema de proteção ao devedor contra excessos executivos³⁶⁷, o que implica reconhecer a vedação de medidas executivas que vão além do necessário para alcançar o resultado. É inadequado, assim, seja o princípio distorcido a ponto de servir de salvaguarda ao executado que simplesmente não quer sofrer os ônus que sua condição processual e material lhe impõe, e tampouco de cancelar uma atuação jurisdicional burocrática e condescendente, divorciada do compromisso com a entrega do resultado satisfativo. A própria eficiência do processo executivo depende da compreensão que tal diretriz normativa não serve de escudo contra medidas gravosas, pois “[q]uando não houver meios mais amenos para o executado, capazes de conduzir à satisfação do credor, que se apliquem os mais severos”³⁶⁸.

Dessa forma, resguardadas as regras de impenhorabilidade e as diretrizes constitucionais de preservação do mínimo existencial e da dignidade humana, se não houver um modo mais ameno para tratar o executado, deve prevalecer o interesse do exequente, impondo-se as medidas necessárias, conquanto gravosas, para a efetivação do seu direito.

Com essas premissas, é correto afirmar que a menor onerosidade busca assegurar um equilíbrio na execução, o qual deve ser alcançado com a harmonização de duas balizas fundamentais e antagônicas: a) o respeito à integridade patrimonial e pessoal do

³⁶⁷ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 62.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 63.

executado, sacrificando-o o mínimo possível; b) o empenho a ser feito para a realização integral do direito do exequente³⁶⁹.

Sabe-se que é constante a tensão entre os princípios da efetividade da tutela executiva e o da menor onerosidade no decorrer da atividade executiva³⁷⁰. Para balizamento da escolha quanto ao caminho executivo a ser percorrido para assegurar o direito do credor sem onerar em excesso o devedor, parece claro identificar a repercussão da regra da proporcionalidade como elemento de ponderação para garantir o salutar equilíbrio entre os interesses opostos³⁷¹. Pelo viés da adequação, busca-se o meio mais adequado para alcançar o fim desejado, o qual, no caso, é a satisfação do credor. Pelo ângulo da necessidade, verifica-se, dentre todas as medidas disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, qual é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos. Pela regra da proporcionalidade em sentido estrito, avalia-se a intensidade da restrição a um direito e a vantagem proporcionada pela medida ao direito em colisão.

Ponto de maior importância para deslindar o conteúdo normativo do princípio da menor onerosidade diz respeito à interpretação do texto legal do parágrafo único do art. 805, o qual permite à execução seguir um caminho alternativo caso o executado, alegando ser a medida executiva escolhida mais gravosa, indicar outros “*meios mais eficazes e menos onerosos*”.

Inicialmente, entendemos que, à míngua de prejuízo ao exequente ou à atividade executiva, é possível interpretar a norma de forma a também acolher, além dos meios mais eficazes, os meios igualmente eficazes, os quais são suficientes para atender aos

³⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo*. *Op. cit.*, p. 293. MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Comentários aos artigos 785 a 788 e 802 a 805 do CPC/15*. *Op. cit.*, p. 104.

³⁷⁰ Essa tensão pode envolver outros princípios, como num confronto 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 (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. *Op. cit.*, versão eletrônica).

³⁷¹ Assim coloca ZANETI, a propósito: “A proporcionalidade está presente no arco do raciocínio executivo em diversos aspectos. Sem dúvida, contudo, sua maior expressão se dá no equilíbrio entre o princípio de que a execução se fará no interesse do exequente (art. 797, CPC) e o princípio da menor onerosidade possível (art. 805, CPC)” (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925*. *Op. cit.*, p. 118). Também neste sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 186.

objetivos da norma de assegurar uma execução equilibrada³⁷². Tanto é assim que os preceitos do art. 829, § 2º e do art. 847, *caput*³⁷³, trazem normas inspiradas no princípio e permitem que o meio escolhido pelo executado seja prestigiado, contanto que não haja prejuízo ao exequente. A nota de toque, portanto, não é que o meio seja mais vantajoso ao exequente (= mais eficaz), mas que não lhe traga prejuízo (= seja mais ou igualmente eficaz).

Indo um pouco além, não parece equivocado descartar em absoluto a substituição do meio executivo quando a perda de eficácia da execução for mínima e o ganho em termos de menor onerosidade for substancial. A situação concreta deve passar por um juízo de razoabilidade, para que o ônus experimentado pelo executado não seja desproporcional à vantagem obtida em favor do exequente. O próprio sistema processual admite essa ideia, ao equiparar a fiança bancária e o seguro-garantia judicial para fins de substituição da penhora de dinheiro, o que reduz significativamente a onerosidade a ser suportada pelo exequente, com inexpressivo prejuízo à execução³⁷⁴.

Nessa linha de raciocínio, quando se interpreta que a norma admite medidas executivas mais ou igualmente eficazes e menos onerosas, deve-se aquilatar precisamente a eficiência dos meios executivos em confronto, à luz do vetor principiológico agora expressamente encartado no art. 8º do CPC/15, conforme considerações anteriormente tecidas.

³⁷² Nesse sentido: DIDIER Jr., Fredie; *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 81. Quanto ao ponto, assim é a crítica de DANIEL NEVES quanto ao enunciado do texto normativo: “O aspecto negativo fica por conta da exigência de que esse outro meio, a ser indicado pelo executado, além de menos oneroso seja também mais eficaz. Parece até mesmo intuitivo que se o executado indicar um meio menos gravoso e tão eficaz quanto aquele pedido pelo exequente e/ou determinado pelo juízo será caso de substituição do meio executivo. Mantendo-se a eficácia é óbvio que se prestigia o meio menos oneroso” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. *Op. cit.*, p. 1069).

³⁷³ Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação.
(...)

§ 2º A penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.

Art. 847. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contado da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.

³⁷⁴ Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. *Op. cit.*, p. 1069.

O princípio da eficiência orienta no sentido da condução do processo de modo a alcançar o melhor resultado, no menor espaço de tempo possível e trazendo a maior satisfação possível para os jurisdicionados.

Um meio executivo será tanto mais eficaz e menos oneroso quanto maior for a sua eficiência, ou seja, sua aptidão para alcançar o resultado satisfativo com menor gasto possível de tempo e menor dispêndio de recursos ou menor prejuízo em relação a ambas as partes. Em contraste, um meio executivo que provoque resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, será tanto menos eficiente. Da mesma forma, um meio executivo que alcance o mesmo resultado que outro, porém provoque demora excessiva, seja pela necessidade de mais atos processuais, seja porque os atos a serem praticados demandam mais tempo, é um meio menos eficiente e não passa pelo crivo do princípio da menor onerosidade.

Ainda quanto ao conteúdo do enunciado normativo, se o preceito inscrito no *caput* impede o comportamento abusivo do exequente, prestigia-se também uma diretriz ética em relação ao executado, ao se lhe exigir, na esteira do princípio da cooperação para atingimento do resultado satisfativo, um ônus diferenciado ao invocar a aplicação da menor onerosidade. Isso porque a norma do parágrafo único do art. 805 impõe expressamente ao executado que, ao questionar a abusividade da medida executiva por ser ela a mais gravosa, deverá necessariamente indicar outros meios eficazes e menos onerosos. Se não o fizer, deverá o juiz abrir oportunidade para sanar a omissão, com advertência de desconsideração do petítório e manutenção dos atos executivos já determinados.

Embora se pudesse sustentar dogmaticamente que, no CPC/73, tal ônus já poderia ser imposto ao executado, é inequívoca a relevância da positivação de regra com tal orientação no texto processual, na medida em que provoca o afastamento de qualquer dúvida a tal respeito, robustece sua aplicação nas situações concretas e garante uma aplicação uniforme e isonômica do princípio da menor onerosidade.

Noutro giro, a regra do parágrafo único espelha genuína reverência ao princípio da eficiência e da colaboração, conclamando o executado a indicar uma solução executiva que não apenas atenda seu interesse em uma execução menos gravosa, mas que também

resgare os interesses do credor em um procedimento executivo efetivo e célere. Se o executado pretende uma execução menos onerosa em seu favor, cumpre-lhe assumir o protagonismo de velar para que se obtenha o resultado satisfativo em tempo razoável.

Realmente, ao executado se impõem certos ônus e deveres imanes a essa condição passiva, quer ele goste ou não. Não há mais espaço normativo para se tolerar como normal, sem nenhuma consequência processual, a figura do executado que não participa ativamente para que a execução produza resultados. Tanto é assim que certas condutas comissivas ou omissivas do executado, que denotam resistência maliciosa ou ausência de cooperação, dão ensejo a medidas sancionatórias punitivas por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 774 do CPC/15) e, a nosso ver, autorizam a adoção de medidas coercitivas para forçar o executado à adoção do comportamento esperado.

É nessa mesma esteira de reforço ao mandamento de colaboração processual que, além da demonstração da ausência de prejuízo ao exequente, também se exige do executado, ao requerer a substituição da penhora sob a alegação de menor onerosidade, que apresente informações detalhadas e comprovadas acerca das características, condições, localização, valor e ônus dos bens indicados em substituição, conforme regramento do art. 847, § 1º, o qual, na verdade, representa reiteração do dever geral imposto ao executado, em decorrência de sua responsabilidade patrimonial, de ser transparente quanto aos bens passíveis de penhora (art. 774, V)

Dessa forma, infere-se do parágrafo único do art. 805 um incremento do papel colaborativo do executado no módulo executivo, em prol de uma solução eficiente sob o ponto de vista de ambos os interesses em tensão³⁷⁵.

³⁷⁵ Nessa linha, destaca-se a seguinte orientação doutrinária: “(...), a redação do parágrafo único do art. 805 não deixa dúvida quanto ao protagonismo do executado no sentido, convocando-o para que - em ato de colaboração (art. 6º) e boa fé (art. 5º) - apresente oferta substitutiva (mais eficaz e menos onerosa) para a permuta da medida executiva que reputa gravosa. É importante, assim, frisar que não é suficiente que o executado apresente apenas o forte impacto na sua esfera jurídica (ou tão somente o alto custo da medida que se deseja afastar), mister se faz que apresente solução substitutiva, demonstrando não só a menor onerosidade, mas também que a sua proposição atende de forma satisfatória o exequente. Portanto, o disposto no parágrafo único do art. 805 reclama que se demonstre que a opção ofertada pelo executado, alterando-se os rumos pretendidos pelo exequente (ou naturalmente seguidos pela execução), não causará prejuízo à satisfação da obrigação. Com outras palavras, a via alternativa apresentada pelo executado terá que contemplar igual (ou pelo menos semelhante) eficiência em relação ao meio que está sendo repudiado, não sendo à toa a colocação de binômio composto de predicados [oferta terá que ser

Ademais, embora o juiz deva controlar de ofício a preservação do princípio da menor onerosidade, não resta afastada a ocorrência de preclusão caso o executado, na primeira oportunidade (art. 841), não impugne o meio executivo adotado, demonstrando que há outro igualmente idôneo³⁷⁶. Não se pode aceitar, por exemplo, que, às vésperas do leilão judicial, suscite o executado a possibilidade de execução por outro meio menos oneroso, sob pena de se chancelar comportamento desviante da boa-fé processual. Não há preclusão, contudo, para substituição do bem penhorado por dinheiro, o que pode ser feito a qualquer tempo, já que o objetivo da execução por quantia certa é arrecadar dinheiro.

A partir das diretrizes anteriormente fixadas, importa reconhecer que, no contexto contemporâneo, o princípio da menor onerosidade, ao traçar vetor em busca de uma execução eficiente, também indica que a execução deve se dar da maneira menos gravosa para o exequente, não apenas para o executado, o que se firma a partir de uma perspectiva dogmática que advoga *“uma interpretação do módulo executivo preocupada, primordialmente, com o credor e com a implementação prática daquilo que consta da sentença ou na lei material, sem que isso signifique excluir do pensamento os direitos e as garantias do devedor”*³⁷⁷.

Realmente, além de se tratar de interpretação alinhada com a perspectiva constitucional do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, observa-se que a norma do art. 805 não concebe que a execução menos gravosa ao executado o seja em detrimento dos interesses do exequente em uma execução eficiente. Ora, dentro das regras do processo e com o necessário respeito ao mínimo existencial, às regras de impenhorabilidade e à

(1) mais eficaz e (2) menos onerosa]. Conclui-se, assim, que se ficar evidenciado que o exequente terá grave prejuízo em adotar a medida proposta, ainda que seja menos onerosa, a oferta do executado deverá ser repudiada, pois somente poderão ser prestigiadas soluções em que a eficácia da medida (eficiência) não seja colocada em cheque (p. exemplo, substituição de penhora por bem de difícil comercialização - STJ, AgRg no Ag 874.919/BA)” (MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Comentários aos artigos 785 a 788 e 802 a 805 do CPC/15. *Op. cit.*, p. 105).

³⁷⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao art. 805. Op. cit.*, p. 1062.

³⁷⁷ BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. *O princípio da execução menos gravosa para o credor*. Dissertação para obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, *apud* CÂMARA, Helder Moroni. *O processo justo de execução*. In: ALVIM, Arruda et al. *Execução civil e temas afins: do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 514.

dignidade do executado, o exequente não é obrigado a amargurar uma execução mais onerosa para amenizar o sacrifício do devedor.

Embora essa perspectiva da menor onerosidade para o exequente não esteja colocada de maneira explícita na legislação processual brasileira, como o fez o legislador espanhol³⁷⁸, a interpretação do art. 797 com o parágrafo único do art. 805, tendo como farol a norma constitucional que consagra o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, conduz à conclusão de que a execução há de se desenvolver com base no caminho que seja mais eficiente à obtenção da satisfatividade, tendo como premissa a menor onerosidade tanto para o executado, como para o exequente.

Como conclusão a partir das diretrizes anteriormente fixadas, evidencia-se que o princípio da menor onerosidade pressupõe a existência de mais de um meio válido para desenvolvimento da atividade executiva no caso concreto. Dentre os diversos meios válidos, deve ser escolhido o menos oneroso entre os mais eficazes, de forma a assegurar uma execução equilibrada. Assim, o princípio orienta que a execução seja menos onerosa não apenas ao executado, mas também ao exequente, porquanto não se pode impedir a aplicação de medidas processuais gravosas ao executado se não houver meios mais amenos e igualmente aptos para a satisfação do direito do exequente. Por isso que o princípio da menor onerosidade está atrelado à ideia de eficiência na execução, uma vez que busca assegurar o meio processual mais eficiente, assim entendido o meio que alcance o resultado pretendido com o mínimo de prejuízo às partes.

3.4.3.3 DA CLÁUSULA GERAL DA MENOR ONEROSIDADE À CLÁUSULA GERAL DA EFICIÊNCIA EXECUTIVA

³⁷⁸ Conforme exposição de motivos da "*Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*", a qual reconheceu que deve haver "*ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos*" (<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/LEC/EM.htm>).

A propósito da norma que veicula o princípio da menor onerosidade, FREDIE Didier *et al* identificam na estrutura normativa do art. 805 do CPC/15 a técnica da cláusula geral. Dizem tratar-se de cláusula geral para impedir o abuso do direito pelo exequente, mas não uma cláusula geral de proteção ao executado que informaria todas as demais regras de tutela do executado espalhadas pela legislação, pois o princípio da menor onerosidade é uma dessas normas, não a fonte de todas as outras³⁷⁹.

Trata-se, de fato, de cláusula geral porque, em vez de enumerar situações em que a opção mais gravosa seria injusta e estabelecer o caminho específico a ser seguido, o legislador valeu-se de norma aberta, de caráter principiológico e permeada de conceitos jurídicos indeterminados (“*modo menos gravoso*” e “*meios mais eficazes e menos onerosos*”), para, sem estabelecer de modo pré-definido e em abstrato o consequente normativo, alcançar o fim de impedir uma execução desequilibrada ou abusiva. Caberá ao juiz, a partir dos elementos trazidos pelas partes com o debate processual em contraditório, construir a solução processual adequada e definir qual o meio executivo menos oneroso ao devedor e pelo menos igualmente efetivo ao credor³⁸⁰.

Contudo, não se trata, em nosso ponto de vista, de cláusula geral voltada exclusivamente a impedir o abuso do direito pelo exequente ou de cláusula geral de proteção ao executado. Na verdade, seu conteúdo abrange, sim, ambas as finalidades, e vai além. Dizer que se trata de cláusula geral para impedir o abuso do direito pelo exequente parece pressupor que o órgão judicial não possa também ser fonte de medidas

³⁷⁹ DIDIER Jr., Fredie *et al*. *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 78.

³⁸⁰ Neste sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao art. 805*. *Op. cit.*, p. 1061. MARCELO ABELHA, tratando da norma do art. 847, a qual reitera o princípio da menor onerosidade especificamente para modificações atípicas da penhora, reconhece tratar-se de formulação legislativa baseada em cláusula aberta: “*Perceba-se que, na redação do dispositivo, tem-se a previsão de uma cláusula aberta que permite ao magistrado acolher o pedido de substituição do bem penhorado, valendo-se do preenchimento, em cada caso concreto, dos conceitos indeterminados previstos no referido dispositivo, ressalvadas as restrições e orientações estabelecidas nos seus parágrafos. Deve-se notar que o art. 848 cuida da possibilidade de substituição do bem penhorado em virtude da existência de alguma situação indesejada pelo legislador, ao passo que, nessa hipótese do art. 847, o motivo da substituição não está definido, senão apenas os princípios que justificam a mudança, portanto, a partir de uma situação subjetiva trazida pelo devedor que não esteja descrita no art. 848. Enquanto o rol do art. 848 é objetivo, o art. 847 contempla cláusula aberta para a substituição do bem penhorado*” (ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. *Op. cit.*, p. 333).

arbitrárias, mesmo sem provocação expressa do exequente, e ainda que no interesse deste. O campo de incidência do art. 805 do CPC é amplo e exige sua análise de ofício pelo magistrado ao longo de toda a execução civil, até porque o dispositivo é cogente ao determinar que o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. A orientação seguinte explica tal ponto:

Apesar da redação do parágrafo único do art. 805 permitir leitura de que cabe apenas ao executado reclamar para que a condução executiva se processe de forma menos onerosa, ou seja, reclamando postulação daquele que pode ser prejudicado com as medidas executórias, tal raciocínio não se afigura o mais acertado. Com efeito, como se percebe do caput do art. 805, a condução da execução é controlada pelo juiz que, a partir das cláusulas gerais da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e da (vedação) do abuso do direito, deve buscar solução eficiente, balanceando, no particular, a aplicação do art. 797, a fim de que o interesse do exequente não crie embaraço pessoal ou patrimonial desnecessário ao executado.³⁸¹

Por outro lado, falar-se em proteção do executado não está equivocado, mas é reducionista, pois a norma também protege o exequente contra medidas executivas sugeridas pelo executado que sejam menos eficientes que aquelas já determinadas, conforme diretrizes interpretativas fixadas no item precedente.

Por isso, e com base na assentada premissa de que a prescrição normativa em comento se notabiliza por ser uma “*regra de calibragem do ambiente executório*”³⁸², é mais adequado ao conteúdo da norma identificar uma cláusula geral voltada a garantir o equilíbrio da execução. Ou, de maneira mais clara: uma cláusula geral de eficiência executiva.

Essa cláusula geral da eficiência executiva apresenta um peso diferenciado no sistema executivo para a tutela de obrigações de pagar do CPC/15.

³⁸¹ MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Comentários aos artigos 785 a 788 e 802 a 805 do CPC/15*. *Op. cit.*, p. 104. Em sentido próximo, reconhecendo tratar-se de princípio que vincula a atuação do juiz ao longo de toda a execução civil, exigindo-se sua análise de ofício: ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. *Op. cit.*, p. 63.

³⁸² MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Comentários aos artigos 785 a 788 e 802 a 805 do CPC/15*. *Op. cit.*, p. 104.

Isso porque, num sistema processual em que a atividade executiva é limitada pela adoção do modelo da tipicidade dos meios executivos, tal como originariamente concebido nas codificações pretéritas, é singelo inferir que, como era necessário utilizar o meio previsto em lei, a diretriz quanto à execução pela forma menos gravosa encontrava modesto espaço para aplicação, reverberando em discussões quase sempre centradas ao bem a ser objeto de penhora em casos concretos de execuções por quantia certa.

Por outro lado, na medida em que o sistema passa a consagrar a atipicidade executiva - o que teve início nas reformas do CPC/73 e encontrou ponto alto no CPC/15 - a possibilidade de adoção de variadas técnicas executórias propícias à recomposição da máxima coincidência possível do direito violado ou inadimplido, em qualquer espécie de execução, naturalmente descortina maior superfície de aplicação do princípio da menor onerosidade, em razão da ampliação da margem de atuação da tutela jurisdicional executiva.

Portanto, quanto maior é a abertura do sistema processual à atipicidade na atividade executiva, maior é o peso que se há de conferir ao princípio da menor onerosidade, o qual irá orientar a escolha quanto ao meio executivo no caso concreto. Daí o diálogo entre a cláusula geral executiva do art. 139, IV e a aqui identificada cláusula geral de eficiência executiva do art. 805, em uma relação muito mais próxima na sistemática do CPC/15.

3.4.3.4 APLICAÇÃO PRÁTICA DA CLÁUSULA GERAL DA EFICIÊNCIA EXECUTIVA (MENOR ONEROSIDADE)

Ao tratar de aplicações práticas envolvendo a cláusula geral da eficiência executiva, conforme leitura que fazemos da cláusula geral da menor onerosidade, uma advertência inicial há de ser feita.

Segundo o princípio do resultado ou princípio do desfecho único, toda execução tem por objetivo apenas a satisfação do direito do exequente. Esse direito, que pode ser colocado como objeto da execução, trata de uma relação jurídica de direito material, disciplinada por norma da mesma natureza. O procedimento e as técnicas processuais que irão ditar o caminho a ser seguido para alcançar a satisfação daquele direito são, por sua vez, disciplinados por normas processuais.

Dessa forma, nota-se que o âmago da atividade executiva repousa no binômio meios-resultado, sendo que os meios são disciplinados por normas processuais e tem como objetivo alcançar o resultado, este estabelecido pelo direito material. É por isso que a norma da menor onerosidade, que apresenta natureza de norma processual, restringe-se a repercutir processualmente na escolha dos meios, não podendo tal princípio afetar o objeto de direito material a ser alcançado³⁸³.

Feita a advertência, impende destacar que o próprio CPC/15 traz regramentos específicos prestigiando a eficiência da execução em algumas hipóteses. Nesse sentido, confira-se: i) o sistema processual admite que o executado promova, a todo o tempo, a remição da execução, através do pagamento ou do depósito judicial do valor da dívida, para evitar a adjudicação ou a alienação dos bens (art. 826); ii) ao executado é resguardada a possibilidade de indicar bens à penhora para que a constrição proposta lhe seja menos onerosa, contanto que não traga prejuízo ao exequente (art. 829, § 2º); iii) o executado pode requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente (art. 847); iv) a penhora pode recair sobre frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel, inclusive quando o bem for inalienável, quando esta medida for mais eficiente para o recebimento do crédito (arts. 834 e 867); v) a penhora pode recair apenas sobre parte do bem que comporte cômoda divisão, suficiente para suportar a execução (arts. 872, § 1º e 894); vi) o executado,

³⁸³ “É inadequado, por exemplo, invocar esse princípio como limite ao direito do credor à tutela específica das prestações de fazer, de não fazer ou de entregar coisa. O devedor não pode invocar a menor onerosidade como fundamento para furtar-se ao cumprimento da prestação na forma específica. Além disso, o princípio não autoriza interpretação de que o valor da execução deve ser reduzido, para que o executado possa cumprir a obrigação, ou de que se deve tirar o direito do credor de escolher a prestação na obrigação alternativa, muito menos permite que se crie um direito ao parcelamento da dívida [fora da hipótese legal], ou direito ao abatimento dos juros e da correção monetária etc” (DIDIER Jr., Fredie; et al. *Curso de direito processual civil: execução*. Op. cit., p. 79).

reconhecendo o crédito do exequente, pode pagar a dívida em até seis parcelas mensais, com depósito inicial de trinta por cento (art. 916); vi) a penhora pode recair sobre percentual da empresa se os bens penhoráveis forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito (art. 866); dentre outras.

Para além das hipóteses já disciplinadas no texto normativo, pensamos serem múltiplas e variadas as situações de tensão na execução de obrigações pecuniárias que podem dar ensejo a soluções com base na norma do art. 805 do CPC/15, como, por exemplo: i) a substituição da penhora de dinheiro; ii) a flexibilização da ordem de nomeação de bens; iii) a indisponibilidade de bens (art. 185-a do CTN); iv) penhora de precatórios ou de títulos da dívida pública, ou substituição do bem penhorado por estes; v) a penhora sobre o faturamento de pessoa jurídica; vi) a penhora de quotas sociais; vii) o depósito do bem penhorado; viii) penhora sobre bens inicialmente impenhoráveis; xi) reavaliação de bens penhorados; x) nomeação de terceiro como administrador de empresa (intervenção para gestão e pagamento); xi) crédito com garantia real; xii) a discrepância entre os valores do bem penhorado e da execução; xiii) penhora sobre verbas salariais; xiv) bloqueio de verbas orçamentárias na execução contra a fazenda pública; xv) medidas executivas envolvendo obrigação alimentar; xvi) penhora que envolva grandes custos de administração, guarda e conservação; xvii) penhora de bem de difícil comercialização; xviii) prioridade do exequente na indicação dos bens; etc.

Foge ao propósito deste trabalho fazer uma exaustiva análise casuística dos múltiplos casos que podem ensejar controvérsia na execução. A análise de situações práticas deve ficar restrita ao intuito de demonstrar as propostas interpretativas desenvolvidas no texto.

Nesse viés, tema assaz polêmico, que geralmente envolve invocação do princípio da menor onerosidade, diz respeito à viabilidade de substituição da penhora de dinheiro por outro bem do executado.

Se a execução por quantia certa tem por finalidade arrecadar dinheiro para a satisfação do credor, inclusive mediante alienação de seus bens para conversão em pecúnia, já se nota que nenhum meio expropriatório seria mais rápido ou eficiente que a penhora de dinheiro. Não é por outro motivo que o dinheiro figura como primeiro bem na ordem

preferencial de penhora (art. 835, I). Nas demais hipóteses do rol, os bens penhorados, a rigor, são objeto instrumental e são escolhidos pelo potencial de sua conversão em dinheiro. Como única exceção expressa, o sistema executivo, ponderando em abstrato a eficiência e pendendo em favor do executado diante do inexpressivo prejuízo ao exequente, admite a substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária e seguro garantia judicial (art. 835, §2º).

Nada obstante, o tema comporta linhas de entendimento distintas.

Para MAZZEI e GONÇALVES, o princípio da menor onerosidade possui superfície aberta, permitindo a moldagem no caso concreto, de forma que, tendo como norte a arquitetura básica do art. 805, é possível o afastamento da penhora em dinheiro se ficar evidenciado que esta comprometerá as atividades do executado, cabendo a este demonstrar que possui bens de fácil comercialização e goza de boa saúde financeira, na esteira do entendimento cristalizado na súmula 417 do STJ, que preconiza que “[n]a execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto”³⁸⁴.

MARCELO ABELHA segue linha diversa. Para o referido autor, embora o art. 835 determine que a penhora observará, preferencialmente, a ordem dos bens descritos em seu rol, seu §1º estabelece que é prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no *caput* de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Daí infere que, se apenas nas demais hipóteses é possível alterar a ordem, a penhora do dinheiro não é apenas prioritária, como apresenta caráter absoluto, não comportando inversão da ordem de preferência. Com isso, entende estar superada a súmula 417 do STJ³⁸⁵.

Em uma terceira linha, e após expor que na tríplice hierarquia de interesses da execução a penhora de dinheiro atende à finalidade da tutela do crédito de forma mais adequada, tanto no interesse do exequente, como no interesse público, uma vez que desonera o Poder Judiciário do lento e custoso procedimento de expropriação, HERMES ZANETI JR.

³⁸⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Comentários aos artigos 785 a 788 e 802 a 805 do CPC/15*. *Op. cit.*, p. 104.

³⁸⁵ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. *Op. cit.*, p. 340.

afirma que a penhora do dinheiro será sempre prioritária, mas o caráter absoluto cede diante da preferência da garantia real (art. 835, § 3º) ou de preferência decorrente de negócio jurídico processual (art. 190), devendo assim ser lido o enunciado 417 do STJ. Neste viés, não havendo norma convencional em sentido contrário, a penhora em dinheiro deve ser priorizada, sem inversão de ordem³⁸⁶.

De nossa parte, seguimos uma posição distinta, mas com algumas aproximações às linhas mencionadas.

De início, entendemos que a súmula 417 do STJ merece revisão (ou cancelamento), porque firmada antes do advento do CPC/15 e, na medida em que admite várias interpretações em face do novo sistema processual, já deixou de ter a utilidade para a qual foi editada³⁸⁷.

Quanto ao disposto no art. 835, §1º, trata-se de regra explícita e deliberadamente fixada no CPC/15, valorando, em abstrato, que a penhora de dinheiro é prioritária. E, ao dispor que nas demais hipóteses é possível alterar a ordem de penhora de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a regra busca impedir a alteração da ordem quando é o caso de penhora de dinheiro, o que lhe confere caráter de prioridade absoluta.

Em se tratando de regra objetiva, seu afastamento depende de condições de superabilidade³⁸⁸. Para tanto, é preciso verificar a qual princípio a regra se reporta. No

³⁸⁶ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 189.

³⁸⁷ MINAMI explica que uma análise dos 18 precedentes que geraram o enunciado da súmula 417 do STJ revela que a maioria deles trata da possibilidade de penhora de precatório ou títulos da dívida pública, enquanto alguns nada possuem de ligação com a matéria. A questão principal – se o dinheiro como primeira opção tem ou não caráter absoluto – não está citada em nenhuma ementa desses precedentes. Sob tal viés, defende o autor que, se antes o enunciado já não traduzia os precedentes que o formavam, pelo texto atual do CPC/15 a incoerência é ainda maior, pelo que deve haver a superação da súmula jurisprudencial, não a socorrendo a ideia de que, para as execuções com garantia real, a penhora deve recair sobre os bens dados em garantia, pois nenhum precedente do enunciado sumular trata desse caso especificamente. (MINAMI, Marcos Youji. *Comentários aos artigos 831 a 853 do CPC/15. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso; GOUVEIA, Lúcio Grassi de (coords). Novo Código de Processo Civil Comentado. Tomo III - arts. 771 a 1072, São Paulo: Luari Editora, 2017, p. 140-141).*

³⁸⁸ Conforme abalizada orientação de HUMBERTO ÁVILA, as regras possuem um caráter descritivo imediato, e o conteúdo do seu comando, aplicável por subsunção, é muito mais inteligível do que o comando dos princípios. Em situações normais, as regras devem ser obedecidas, porque sua obediência promove a solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos sociais. Assim sendo, embora não sejam absolutas, “*as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente à*

caso, como o objetivo da regra é não prejudicar a promoção do direito do exequente à tutela executiva, identifica-se seu enquadramento no princípio de que a execução se realiza no interesse do exequente (princípio da efetividade da tutela executiva - art. 797).

Há duas situações, em nosso entender, que permitem o afastamento da regra. A primeira é quando o próprio exequente, abrindo mão da regra prevista em seu favor, admite a substituição da penhora em dinheiro, o que pode se dar no curso da execução, ou mesmo antes, através de negócio jurídico processual atípico (art. 190 do CPC/15). Não basta, para tanto, o simples estabelecimento de negócio jurídico típico de garantia real para o crédito, sem qualquer ressalva. Como já dissemos anteriormente, (item 2.2.2.6), o princípio da eficiência leva à interpretação de que o art. 835, § 3º veicula norma que confere garantia apenas ao credor, que poderá optar pelo dinheiro para fins de penhora, em detrimento do bem dado em garantia, a não ser que haja explícito pacto de prelação, com base no art. 190 do CPC, alçando o bem dado em garantia em patamar prioritário na penhora, à frente do dinheiro.

A segunda hipótese para se superar a regra em comento e admitir a substituição da penhora em dinheiro é quando simultaneamente ocorrerem as seguintes situações: a) o dinheiro penhorado for insuficiente a cobrir integralmente a execução, representando apenas uma parcela do montante devido; b) o executado indicar um bem de elevada liquidez avaliado em valor suficiente a satisfazer integralmente o crédito em execução; c) a manutenção da penhora do dinheiro for concretamente prejudicial ao executado.

Em tal cenário, em razão da insuficiência da penhora em dinheiro, seria imperiosa a constrição de outros bens a título de reforço de penhora, com o prosseguimento normal do procedimento de expropriação para a satisfação integral do direito do exequente. Contudo, a penhora de outro bem idôneo (de valor suficiente e com liquidez) e, simultaneamente, a manutenção da penhora em dinheiro pode redundar em execução

regra, quer nos princípios superiores a ela". Disso decorre, segundo o autor, a "função eficaz de trincheira" das regras, que não podem ser superadas (defeasibility of rules) senão por razões extraordinárias, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade" (ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Op. cit., p. 103).

íniqua, por excessiva onerosidade em detrimento do executado, que amarguraria constrição patrimonial além do necessário a satisfazer o interesse do exequente.

Daí, por imperativo da menor onerosidade, estando o interesse do exequente protegido pela indicação de bem idôneo, e devendo o exequente aguardar, de toda forma, o procedimento de alienação para satisfação integral de seu direito, seria admissível a substituição da penhora em dinheiro. Mas, ainda assim, caberia caso ao executado comprovar prejuízos irreparáveis com a manutenção da penhora do dinheiro, senão deve o exequente levantar desde logo a parcela pecuniária penhorada, e o executado aguardar a conversão do bem penhorado em dinheiro para recuperar aquela parcela.

Fora essas hipóteses, remanesce apenas a possibilidade de afastamento da regra sob juízo concreto de inconstitucionalidade (por exemplo, por alguma situação de violação ao princípio da dignidade humana, se comprovado que o dinheiro seria usado em tratamento de saúde, ou por violação a princípios ligados à função social da empresa), a demandar sólida fundamentação calcada em elementos concretos.

Ainda traçando reflexões práticas, é importante ressaltar que a cláusula geral da menor onerosidade não desafia aplicação apenas em situações envolvendo penhora, embora naturalmente isso há de ser mais comum em execução de obrigações pecuniárias. Ela pode ser usada para avaliar entre o uso de uma medida sub-rogatória e uma coercitiva, ou entre medidas coercitivas.

Na execução de obrigação alimentar, o ato executivo sub-rogatório de desconto em folha de pagamento de salário (art. 529 do CPC/15) é mais eficiente que a prisão civil, porém esta medida coercitiva é mais eficiente que o desconto na fonte quando o devedor é um profissional autônomo, e suas fontes de renda são variáveis e instáveis. Contudo, se o devedor autônomo não tiver lastro patrimonial suficiente, uma medida coercitiva menos intensa, como as de suspensão de CNH, de passaporte ou de cartão de crédito, pode ser mais eficiente, porque permite que o devedor promova o pagamento da dívida com o produto do seu trabalho.

Outras soluções envolvendo medidas indutivas (item 3.4.5.3) ou a tutela do crédito em ações coletivas (item 4.11) também podem ser desenvolvidas com base na cláusula da eficiência executiva.

De toda forma, um meio executivo que permita alcançar o resultado em tempo razoavelmente semelhante - pois é inviável pretender uma mensuração quantitativa exata do tempo - e com menos sacrifício ao devedor, há de ser considerado como mais eficiente pelo filtro da menor onerosidade.

Sendo concebível, contudo, que um meio executivo pode apresentar variação em sua eficiência conforme as peculiaridades do caso concreto, infere-se ser essencial a consulta às partes para legitimação da decisão judicial quanto ao princípio da menor onerosidade. É o contraditório que permitirá sejam trazidos elementos para avaliar, do ponto de vista subjetivo de cada parte, quais são os fatores do caso concreto que repercutem na análise do dispêndio de tempo e de recursos para aferição do meio executivo mais eficiente. Essa consulta está prevista no art. 853 em relação às modificações da penhora, mas evidentemente trata-se de providência que não se restringe a essa situação, até por força do disposto nos arts. 9º e 10 do CPC/15. A atividade executiva não pode se desenvolver sem garantia de participação tanto do exequente, em favor de quem se realiza a execução, como do executado, cuja esfera jurídica é atingida com a execução, e que, portanto, não deve ser tratado como objeto, mas sujeito da execução.

Ato contínuo ao contraditório, a decisão judicial deverá integrar a norma abstrata, preenchendo os espaços normativos da cláusula geral, e assim construir a norma concreta que irá definir a medida executiva menos gravosa no caso. Para tanto, há de se empreender fundamentação suficiente para que se justifique o motivo concreto da incidência da norma da menor onerosidade no caso em análise, não sendo bastante dizer, de maneira genérica, que a situação está ou não de acordo com este princípio. Cabe ao juiz, portanto, especificar de que modo os conceitos jurídicos indeterminados foram empregados e como se deu a concretização da menor onerosidade, exatamente como determinam as regras sobre motivação veiculadas no art. 489, § 1º, I e II, sob pena de nulidade.

A propósito, o princípio da menor onerosidade é mais um elemento que contribui para afastar a falsa ideia de que o juiz, na execução, não realiza operações mentais lógicas e valorativas, como se a prestação jurisdicional executiva se limitasse à realização mecânica de atos materiais³⁸⁹. Há, assim, lídima atividade cognitiva por parte do juiz quando é chamado a deliberar sobre a aplicação da norma em foco, o que deverá ser feito através de decisão fundamentada que explicita as razões pelas quais se entendeu ou não que tal ou qual meio é mais eficiente que outro³⁹⁰.

3.4.4 TIPICIDADE E ATIPICIDADE DO SISTEMA EXECUTIVO DA TUTELA DAS OBRIGACOES DE PAGAR

Para tratar de como se delineou o sistema executivo para a tutela das obrigações pecuniárias no CPC/15, sobre o prisma das medidas passíveis de adoção, vale recapitular que se distinguem, em um extremo, o modelo de tipicidade executiva, que é totalmente fechado à atuação criativa do juiz na escolha dos meios executivos, e, em outro, o modelo de atipicidade, que se abre à adoção de medidas de efetivação não tipificadas em lei.

É preciso que se ressalve, contudo, que essa abertura no sistema executivo pode se dar em maior ou menor grau, podendo o legislador optar por um modelo que congregue providências típicas, com superfície para aplicação de providências atípicas. O modelo

³⁸⁹ Afinal, “[s]e é certo que não é no curso da execução que o juiz deve declarar se há ou não direito a ser executado – notadamente no processo de execução, ante a abstração do título executivo – não menos certo é dizer que é na execução que as expectativas das partes se encontram em maior crise, e o juiz não pode ficar alheio a essa tensão” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 302-303).

³⁹⁰ “Não há dúvida de que, para selecionar e aplicar as técnicas sub-rogatórias e/ou coercitivas cabíveis, há exercício de cognição. Nesse passo, não se pode afirmar pura e simplesmente que a cognição judicial é mero ‘parêntese’, ensejadora de instauração de ‘incidentes’ ou ‘excertos’ cognitivos, enquanto se desenvolvem as atividades executivas que supostamente nada teriam a ver com atividades cognitivas. Em um sistema processual como o brasileiro, em que a execução é conduzida diretamente pelo juiz, a cognição está presente no exercício de todos os atos executivos, e sua amplitude varia na proporção direta da atipicidade desses meios. Uma vez exercida, a cognição judicial gera decisão” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. Op. cit., p. 218-219).

de execução civil adotado em determinado ordenamento jurídico retrata o âmbito de autorização do Estado para intromissão na esfera subjetiva do executado.

Isso implica reconhecer, portanto, consoante MARCELO LIMA GUERRA, três modelos: i) modelo típico, quando as providências que o compõem são tipificadas na lei; ii) modelo atípico, quando as providências que o integram são determinadas pelo juiz; e iii) modelo misto, quando conjuga providências típicas e atípicas³⁹¹.

Feito o esboço dos três modelos quanto à forma da atividade executiva, sobressai conveniente uma rápida análise da evolução da disciplina normativa da legislação processual pátria neste pormenor.

Em sua versão original, o CPC/73, precisamente pela influência dos valores liberais de proteção da segurança jurídica através do princípio da legalidade, optou pela adesão ao modelo de tipicidade executiva relativamente a todas as modalidades de obrigações. Houve, contudo, inegável avanço na tutela executiva, em rompimento à orientação constante da codificação civil então vigente de incoercibilidade das obrigações³⁹², ao se prestigiar mecanismo de pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer^{393_394}.

³⁹¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, op. cit. p. 29.

³⁹² Dispunha o art. 880 do Código Civil de 1916: “*Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível*”.

³⁹³ Dispunha o art. 644 do CPC/73: “*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*”.

³⁹⁴ MARCELO LIMA GUERRA expõe a controvérsia doutrinária que havia sob a égide do CPC/39 quanto à existência de medida pecuniária coercitiva na chamada ação cominatória, explicando, contudo, com referência àquele Código, que “*se a cominação pecuniária do art. 1.005 deveria ser aquela imposta em ação cominatória, como sempre se reconheceu, e se a cominação possível nesta ação, por força do art. 303, tinha caráter ressarcitório, equivalendo à pena contratual, segue-se que a multa prevista no art. 1.005 não poderia ser considerada como medida coercitiva. Parece inevitável, portanto, concluir que o legislador processual manteve a orientação consagrada no Código Civil, no sentido de não permitir o uso, pelo órgão jurisdicional, de qualquer meio coercitivo pelo juiz, para induzir o devedor a cumprir a obrigação*”. Assim, festeja o avanço do CPC/73 na disciplina da execução indireta, não obstante ainda fosse insatisfatória pelos seguintes motivos: a) a multa diária e a prisão do devedor de prestação alimentícia eram as únicas medidas coercitivas expressamente autorizadas em lei; b) a aplicação da multa diária estava subordinada à iniciativa da parte; c) na interpretação dominante, a multa não era aplicável à execução para entrega de coisa; d) a unidade de tempo em que multa podia ser aplicada não poderia ser outra senão a diária (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, op. cit. p. 156 e 159-160).

Já sob o influxo da ordem constitucional atual, a legislação cedeu espaço, na década de 90, para o modelo de atipicidade, a partir da paradigmática disciplina trazida pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 84, que conferiu ao juiz poderes de impor outras medidas, além da multa coercitiva, para a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer ou a obtenção do resultado prático equivalente.

Na sequência, em atendimento às exigências constitucionais atinentes ao direito fundamental à tutela jurisdicional, o CPC/73 passou por ampla reforma no final de 1994 (Leis nº 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas de 13.12.1994), com impacto significativo em sua estrutura original³⁹⁵. Dentre outras alterações, houve a ratificação da atipicidade para as obrigações de fazer e não fazer em seu art. 461, tomando como matriz a cláusula geral veiculada no CDC. Em 2002, com a Lei nº 10.444, a atipicidade executiva foi estendida para cumprimento de prestações envolvendo entrega de coisa, conforme art. 461-A.

Contudo, as obrigações pecuniárias continuaram à margem do modelo de atipicidade, remanescendo presas ao procedimento típico marcado por medidas de sub-rogação, embora já houvesse manifestação doutrinária quanto à possibilidade de utilização de medidas atípicas para dar vigor ao cumprimento de obrigações específicas instrumentais nos procedimentos de pagamento de quantia³⁹⁶.

Esse alijamento das obrigações pecuniárias da cobertura assegurada pela atipicidade executiva para a completude do sistema executivo deu força a manifestações doutrinárias na senda de que o tratamento normativo desigual dado ao credor de obrigações dessa natureza reverberava em inconstitucionalidade por omissão³⁹⁷. Se o

³⁹⁵ Essa mudança estrutural levou autores como CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO a reconhecer um novo sistema codificado, referido como Código Reformado, com as reformas iniciadas em 1994 e ultimadas em 2006, em contraposição ao sistema original formatada pelo assim chamado Código Buzaid, tal como explica em artigo o último autor referido (MITIDIERO, Daniel Francisco. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. *Revista de Processo*, vol. 183/2010, pp. 165-194, Maio/2010).

³⁹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. *Op. cit.*, p. 187.

³⁹⁷ Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. *Op. cit.*, p. 373; ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilson. *Reforma e efetividade da execução no novo CPC*. *Op. cit.*, p. 65; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no novo CPC*. *Op. cit.*, p. 548.

direito fundamental à tutela jurisdicional impõe ao legislador que sejam preordenados meios executivos idôneos à tutela integral do direito e que igualmente permita a adequação em concreto desses meios, sob pena de esvaziar a utilidade prática das decisões judiciais, é difícil, quiçá inútil, tentar rebater a pecha de inconstitucionalidade mencionada, pois a potencial insuficiência de técnicas executivas adequadas à tutela do direito faz despontar dissonância entre o sistema processual e o conteúdo normativo da Constituição.

Esse cenário, contudo, foi suplantado com o CPC/15, que estendeu às obrigações pecuniárias o manejo de medidas atípicas, conforme previsão expressa do art. 139, IV, do CPC/15. Vigê para as obrigações dessa natureza um modelo misto³⁹⁸, que convive tanto com medidas executivas típicas, como com medidas executivas atípicas.

Como a execução por quantia certa tem por objetivo extrair a porção patrimonial do executado suficiente ao pagamento da dívida, a previsão de medidas sub-rogatórias típicas revela-se oportuna para conferir segurança jurídica, previsibilidade e orientação quanto a um procedimento que tende a ser complexo, por envolver vários atos para a consecução da expropriação patrimonial, e que tende a atender com adequação muitos casos de execução civil.

Isso não quer significar, em nosso entender, que haja uma prévia e abstrata opção do legislador em dar primazia aos meios típicos, como se os meios executivos atípicos só pudessem ser manejados quando esgotados aqueles. Além de não haver nenhuma enunciação normativa explícita quanto à subsidiariedade, não há como inferir do sistema processual que, na execução para pagamento de quantia, os meios típicos, que priorizam a expropriação, serão sempre mais adequados e eficientes para conduzir ao resultado satisfativo em tempo razoável.

³⁹⁸ MEDINA fala em sistema típico temperado pelo atípico (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 299). ZANETI fala em sistema de tipicidade flexível, com possibilidade de rompimento a medidas atípicas, e constata que o modelo brasileiro está claramente caminhando para um saudável hibridismo na matéria, abraçando características do modelo norte-americano de adequação dos meios executivos e do modelo francês de generalização das *astreintes* inclusive para obrigações de pagar quantia, ao lado da tradicional influência do modelo germânico, caracterizado pelo alinhamento de execuções tipo para obrigações tipo, com o uso da técnica de expropriação para a execução de pagamento de quantia (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925*. Op. cit., p. 76-77 e 79).

Assim, não há como extrair implicitamente do sistema processual executivo a necessidade de prévio esgotamento das medidas típicas, o que é incompatível com a diretriz principiológica da adequação e eficiência dos meios executivos para o resultado satisfativo em tempo razoável.

A escolha do meio executivo mais adequado deve se guiar pela busca de um equilíbrio, a fim de que a tutela do direito do autor seja assegurada na justa medida, sem a imposição de consequências excessivas ao demandado. O critério norteador é o princípio da eficiência.

Tal assertiva não resulta na ilação de que o juiz tenha liberdade para escolher, a seu talante, qualquer meio de efetivação do provimento jurisdicional, sem qualquer forma de controle. Seria absolutamente arbitrário e insustentável defender, de maneira inversa, uma primazia dos meios atípicos e subsidiariedade dos meios típicos.

O que deve ficar claro é que o instrumental que concede ao juiz maior poder de intromissão na esfera jurídica do jurisdicionado igualmente lhe confere maior responsabilidade na atividade executiva, o que se traduz no dever de escolher a melhor técnica para o caso concreto. Para tanto, não pode o juiz prescindir de garantir o contraditório útil às partes (conhecimento-participação-influência) e de se valer de fundamentação idônea e suficiente para demonstrar os parâmetros pelos quais se guiou para ponderar o grau de adequação da medida executiva adotada. Com tais exigências, evita-se o arbítrio judicial e permitem-se a fiscalização e o controle pelos destinatários da decisão, de forma a resguardar a segurança jurídica.

Diretrizes para concretização da atipicidade dos meios executivos, especialmente para tratar de situações em que se revela possível a aplicação direta de meios atípicos em prol da eficiência, serão tratadas adiante, no capítulo 4.

Cumprir tratar, na sequência, das medidas típicas e atípicas que podem ser utilizadas nas execuções envolvendo obrigações de pagar quantia.

3.4.5 MEDIDAS DE EFETIVAÇÃO LEGITIMADAS PELA CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA: TÉCNICAS DE SUBSTITUIÇÃO DA VONTADE E TÉCNICAS DE ATUAÇÃO SOBRE A VONTADE DO EXECUTADO

O enunciado prescritivo da cláusula geral do art. 139, IV, do CPC/15 estatui que, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, o juiz pode se valer das seguintes medidas: indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. Aparentemente, são quatro categorias possíveis. Cumpre, então, investigar esse ponto.

Quando tratamos das técnicas executivas para atuação dos direitos, vimos, conforme BOBBIO, que o ordenamento jurídico pode se valer dois grupos de operações para alcançar o resultado almejado pela norma.

O primeiro grupo de operações consiste em expedientes que visam tornar impossível ou necessária uma ação ou resultado, e que se voltam a atingir seu objetivo independentemente da vontade do destinatário da norma, colocando-o em condição de não poder materialmente violá-la ou subtrair-se à sua execução. Essas medidas correspondem à execução direta, que consistem em técnicas sub-rogatórias que prescindem ou substituem a vontade do executado.

O segundo grupo de operações consiste em expedientes que atuam indiretamente sobre o comportamento do agente destinatário da norma, influenciando-o por meios psíquicos a adotar ou não um determinado comportamento. Isso pode ser alcançado através de técnicas que, num aspecto negativo, tornem difíceis ou desvantajosos uma ação ou um resultado, ou, num aspecto positivo, os tornem fáceis ou vantajosos. São as medidas atinentes à chamada execução indireta.

Portanto, há duas categorias de técnicas executivas que podem ser identificadas: técnicas que substituem o comportamento do executado, e técnicas que atuam sobre a vontade do executado.

As técnicas que substituem ou abstraem o comportamento do executado, como frisado, são os meios executórios de sub-rogação, que compreendem, tradicionalmente, três formas de execução: execução por desapossamento, por transformação e por expropriação³⁹⁹.

As técnicas que atuam sobre a vontade do executado, por outro lado, podem seguir dois caminhos distintos: técnicas que tornem desvantajoso o comportamento do executado contrário à norma (não há sentido em tornar difícil seu comportamento, no contexto da execução), e técnicas que tornem mais fácil ou vantajoso o comportamento desejado.

Com base nas considerações teóricas acima sintetizadas, é possível apresentar uma proposta de classificação das medidas de efetivação previstas na cláusula geral, que englobam três espécies: medidas sub-rogatórias, medidas coercitivas e medidas indutivas.

Trata-se de proposta que se desvia da classificação tradicional que reconhece apenas medidas sub-rogatórias, como típicas da execução direta, e medidas coercitivas, próprias da execução indireta.

É preciso elucidar, contudo, que há doutrina processual que reconhece o fenômeno das medidas de incentivo como técnicas voltadas a alcançar o adimplemento da prestação, mas não as colocam como uma categoria própria ou as incluem num conceito único de medidas coercitivas ou indutivas⁴⁰⁰.

De nossa parte, por motivos de conveniência classificatória, já que buscamos dar ênfase diferenciada ao fenômeno das técnicas que atuam por influência psicológica positiva, afigura-se oportuno segregar as medidas indutivas das coercitivas. A conveniência se justifica pelas seguintes razões: i) medidas coercitivas é expressão que remete a um

³⁹⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. Op. cit., p. 193.

⁴⁰⁰ DIDIER *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. Op. cit., p. 51-52. DANIEL NEVES identifica medidas calcadas na ameaça de piorar a situação e medidas escoradas na oferta de uma melhora na situação, mas refuta o emprego dos termos “sanções premiadoras” ou “sanções premiaias”, porque, apesar de entender correta a ideia de prêmio, pontua não ser possível confundir sanção com pressão psicológica (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 1057-1058). MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, ao tratarem da cláusula do art. 139, ainda que abordando o tema sem maiores digressões, falam da possibilidade de “*emprego de medida de indução (coercitiva ou de pressão positiva) ou de medida de sub-rogação*” (*O novo processo civil*. Op. cit., p. 373).

conceito que pode acomodar, com tranquilidade, todas as medidas de pressão psicológica que se baseiam na imposição de uma desvantagem jurídica; ii) o enunciado prescritivo do art. 139, IV coloca as medidas indutivas e coercitivas em paralelo, e não em relação de classe ou sinonímia; iii) a carga semântica das expressões *coercitiva* e *indutiva* é distinta, sendo que a primeira traduz ideia de constrangimento ou repressão, enquanto a segunda a ideia de estímulo, sugestão, instigação, incentivo⁴⁰¹; iv) dada a constatação, na realidade do direito positivo, inclusive no campo do processo, de fenômeno consistente em medidas que visam estimular certo comportamento desejado, afigura-se útil, por conveniência científica e didática, adotar uma classificação que se ajuste à terminologia do texto do direito positivo.

A opção classificatória de separar as medidas coercitiva das medidas indutivas é adotada por alguns autores, já com enfoque no art. 139, IV, do CPC/15⁴⁰².

Por fim, há autores que, considerando o texto do enunciado da cláusula geral, identificam as medidas mandamentais como uma categoria à parte de medidas de

⁴⁰¹ Dicionário Houaiss eletrônico da língua portuguesa. Versão eletrônica consultada em março de 2018. No mesmo sentido do quanto perfilhado no texto: “*Por definição gramatical, indutivo é aquilo que induz, incentiva, estimula. Aquilo que é indutivo não age por intimidação ou qualquer tipo de constrangimento, mas garante uma vantagem diante da aceitação da situação a qual se induz. Nesse sentido, medidas indutivas, no contexto do art. 139, IV, são aquelas que trazem um incentivo ao cumprimento do conteúdo da decisão judicial. Trata-se do positive reinforcement, ou da técnica psicológica do reforço positivo aplicado ao direito, ocorrendo um fortalecimento do comportamento positivo de cumprir a decisão*” (CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama. *Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo).

⁴⁰² MEIRELES, Edilton. *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas*. Revista de Processo, vol. 247, p. 231-246, Set 2015, versão eletrônica. MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. *A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15*. *Op. cit.*, no prelo. CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama. *Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas*. *Op. cit.*, no prelo. PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO Renata Cortez Vieira. *Das medidas atípicas de coerção contra o poder público: aplicabilidade e limites*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo. TALAMINI, em obra anterior ao CPC/15, identificava indutivas negativas e indutivas positivas, conforme o tipo de expediente usado para influenciar psicologicamente o sujeito processual (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. *Op. cit.*, p. 169). Em texto mais recente, já à luz do CPC/15, adere à terminologia legal referente a medidas coercitivas e medidas indutivas (TALAMINI, Eduardo. *Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência, nas diferentes modalidades de execução*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo).

efetivação, cuja característica seria a imposição de ordem cujo descumprimento levaria à configuração de crime de desobediência⁴⁰³.

As hipóteses de descumprimento de ordem judicial que dão ensejo à imputação de crime de desobediência encontram previsão específica no Código (arts. 403, parágrafo único, 524, § 3º, art. 529, § 1º, 536, § 3º e 912, §1º). Não se trata de uma quarta categoria de medidas de efetivação, tanto é verdade que o art. 403, parágrafo único, prevê que o descumprimento da ordem pode gerar crime de desobediência, sem prejuízo do uso de "*medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão*". Situação semelhante ocorre no art. 536, *caput* e parágrafos, pois o descumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer pode render aplicação de pena por litigância de má-fé e responsabilização por crime de desobediência, sem prejuízo das medidas executivas atípicas.

Por isso, quanto à previsão de "*medidas mandamentais*" no texto legal, parece realmente que "*houve clara impropriedade técnica do legislador, uma vez que não se trata de uma medida, mas sim de um efeito típico decorrente das ordens judiciais*"⁴⁰⁴, cujo descumprimento pode levar a todas as medidas de efetivação típicas e atípicas para alcançar o resultado prático pretendido, sem prejuízo de medidas punitivas ou de imputação de crime de responsabilidade quando assim o prever expressamente o texto legal.

Em remate, vale destacar que todas essas técnicas podem ser conjugadas para o fim de buscar o resultado pretendido de maneira eficiente (arts. 8º e 805 do CPC/15), de acordo com as circunstâncias do caso concreto⁴⁰⁵. As medidas indutivas, que comportam

⁴⁰³ MEIRELES, Edilton. *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas*. *Op. cit.*, versão eletrônica; MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 330-334.

⁴⁰⁴ CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama. *Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas*. *Op. cit.*, no prelo.

⁴⁰⁵ No sentido da possibilidade de cumulação de diferentes medidas coercitivas, inclusive promovendo escalonamento da coerção: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. *Op. cit.*, versão eletrônica. No sentido da possibilidade de cumulação de *astreintes* (técnica coercitiva) com bloqueio de valores (técnica sub-rogatória), conforme necessidade do caso concreto: STJ, REsp 830.417/RS, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 06/10/2010.

técnicas de duas ordens (tornar mais fácil ou mais vantajoso o comportamento desejado), só fazem sentido na execução civil, em termos de incentivo positivo, se cumuladas com medidas sub-rogatórias ou coercitivas. Havendo previsão em lei, todas essas medidas de efetivação podem até ser cumuladas com medidas punitivas. Nossa visão apenas transporta para o processo o que ocorre de ordinário na vida cotidiana quanto aos expedientes que se usam para alcançar resultados práticos⁴⁰⁶.

Na sequência, trataremos das três técnicas de efetivação (medidas sub-rogatórias, coercitivas e indutivas), expondo, por fim, a distinção com as medidas processuais punitivas, que seguem regime jurídico distinto (não se fundam em cláusula geral).

3.4.5.1 MEDIDAS SUB-ROGATÓRIAS

Na execução de obrigações pecuniárias, as medidas de efetivação que substituem ou prescindem do comportamento do executado são as medidas sub-rogatórias de expropriação patrimonial, as quais visam à obtenção de dinheiro.

A afetação do patrimônio do executado pode se dar diretamente com a constrição de valores iguais ao objeto da prestação. Isso ocorre quando se logra obter a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o que pode ser feito por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional

⁴⁰⁶ Um pai que pretenda que o quarto do filho seja arrumado até determinado prazo (meio-dia, por exemplo), pode se valer de várias técnicas para alcançar o resultado prático: a) se o filho não arrumar até o prazo, ele perde a mesada: trata-se de medida com sanção punitiva, pouco importando se o filho arrumar o quarto em momento posterior; b) se o filho não arrumar até o prazo, ele será retirado à força do quarto para que alguém (o próprio pai ou terceiro) o faça - trata-se de técnica sub-rogatória; c) se o filho não arrumar até o prazo, ele ficará proibido de sair de casa ou de usar o computador (pode cumular) até que o faça - trata-se técnica coercitiva, com pressão contínua até que seja dobrada a vontade ou a medida se mostre inadequada com o decurso do tempo; d) se o filho arrumar até o prazo, ele ganha um bônus na mesada - trata-se de técnica indutiva que se vale de sanção premial; e) o pai também pode incentivar com pressão psicológica positiva, dispondo-se a ajudar na empreitada ou oferecendo um equipamento que torne mais fácil a tarefa (um aspirador de pó, em vez de uma vassoura) - trata-se de técnica de encorajamento que induz à ação desejada tornando-a mais fácil, sendo também uma forma de medida indutiva. São expedientes comuns na vida prática, muitas vezes aplicados de forma cumulada para reforçar a obtenção do resultado.

(art. 854), ou quando se usa a técnica de desconto em folha de pagamento da retribuição pecuniária recebida por pessoa natural (arts. 529, 833, § 2º, e 912 do CPC/15).

Esses meios que visam à constrição de dinheiro têm o mérito de proporcionar a satisfação do crédito de maneira mais eficiente, pois não geram maiores custos e propiciam o encurtamento do itinerário expropriatório, o qual, quando há necessidade de conversão da coisa penhorada em dinheiro, costuma ser custoso, complexo e moroso. Por tal razão, devem merecer precedência à utilização de técnicas coercitivas..

Na penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira através de sistema eletrônico, o sistema processual, para assegurar a efetividade da medida, prevê um ato prévio antecedente à penhora, consistente na indisponibilidade do numerário sem dar prévia ciência ao executado (art. 854). Para compreender essa lógica, a explicação é a de que “*sendo a penhora um ato de apreensão e depósito do bem do executado, o que fez o legislador em relação à penhora de dinheiro (...) foi separar, cronologicamente, o ato de apreensão do ato de depósito*”⁴⁰⁷.

O meio do desconto é previsto expressamente para satisfação de dívidas de alimentos legítimos (resultantes de relação civil de parentesco, de casamento ou de união estável). Contudo, há outras quatro hipóteses em que se afigura possível o emprego da técnica do desconto.

A primeira consiste em que, dado o fato de que o art. 833, § 2º afasta a impenhorabilidade de parcelas remuneratórias na hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, entende-se possível a penhora para pagamento de verba de caráter alimentar⁴⁰⁸, como verbas trabalhistas ou

⁴⁰⁷ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil. Op. cit.*, p. 344.

⁴⁰⁸ MAZZEI e MERÇON-VARGAS, ao tratar do tema, salientam a necessidade de superação do dogma da não existência de quantificação para a verba alimentar. Isso porque o sistema fixa células de proteção ao devedor em forma de quantificação, limitando a proteção até determinados valores, superados os quais não há mais proteção. Contudo, não houve da parte do legislador preocupação expressa em traçar quantificação da verba alimentar sob o prisma do credor, restringindo-se em considerar a raiz material da verba. Trata-se de situação que, segundo os autores, merece ser repensada a partir da reflexão de que, se a verba alimentar tem o objetivo de sustento, a proteção ao credor deve encontrar um limite máximo conforme parâmetros do próprio sistema, pois a partir de certo patamar desfigura-se a finalidade alimentar da verba (MAZZEI, Rodrigo. MERÇON-VARGAS, Sarah. *Comentários aos arts. 832 a 869 do CPC/15. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.193-1.194).*

honorários advocatícios, em percentual que não prejudique a subsistência do executado⁴⁰⁹. A segunda consiste na possibilidade de penhora de importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, conforme previsão expressa do art. 833, § 2º. A terceira decorre do entendimento jurisprudencial no sentido de ser possível excepcionalmente a mitigação da impenhorabilidade de parcelas remuneratórias, em virtude das peculiaridades do caso concreto, mormente quando não há outra forma de adimplir a dívida que não seja pelos rendimentos de trabalho, assegurando-se que a constrição não comprometa a subsistência digna do executado⁴¹⁰. A quarta, por fim, também se assenta em previsão legal expressa na Lei de Ação Popular, que permite a execução por desconto em folha para ressarcimento do dano, quando o réu condenado perceber remuneração dos cofres públicos (art. 14, § 3º, da Lei nº 4.717/65).

Uma técnica semelhante é a de penhora de crédito que o executado possua em face de terceiros (art. 855), abrangendo tanto créditos representados em títulos, direito a rendas ou de prestações periódicas, ou verbas referentes a direito pleiteado em juízo. São técnicas que objetivam a obtenção de dinheiro diretamente de terceiro perante quem o executado figura como credor.

O depósito em dinheiro ou a constituição de fiança bancária e seguro garantia judicial, que se equiparam a dinheiro (art. 835, § 2º), não são exatamente meios sub-rogatórios, porque dependem do comportamento do próprio executado.

Nas demais hipóteses de medidas sub-rogatórias, a constrição atinge coisa diferente do dinheiro, e o bem penhorado passa a ser um objeto instrumental a ser convertido em pecúnia. Segundo o sistema processual, a expropriação nessas hipóteses pode ocorrer pelos seguintes meios: i) meio da adjudicação, em que o exequente, em lugar do objeto da prestação, adquire o próprio bem penhorado como resultado prático equivalente; ii)

⁴⁰⁹ Nesse sentido: MAZZEI, Rodrigo. MERÇON-VARGAS, Sarah. *Comentários aos arts. 832 a 869 do CPC/15. Op. cit.*, p. 1189.

⁴¹⁰ Nesse sentido, os seguintes recursos especiais julgados pelo STJ: 1.547.561/ SP, 1.285.970/SP, 1.514.931/DF, 1.356.404/DF.

meio da alienação por iniciativa particular⁴¹¹, na qual o exequente, por si ou utilizando intermediário, providencia a localização de terceiro interessado em adquirir o bem penhorado; iii) meio da alienação em leilão público, com a venda em certame público a qualquer interessado; iv) meio da apropriação de frutos e rendimentos, em que o exequente adjudica, durante certo período, os rendimentos do objeto da constrição, nas hipóteses em que a coisa móvel ou imóvel gera frutos ou rendimentos (art. 867), ou quando a penhora recai sobre a empresa e outros estabelecimentos (art. 862) ou sobre o percentual de faturamento (art. 866)⁴¹².

Na penhora de quotas ou de ações de sociedades personificadas (art. 861), o bem penhorado também há de ser convertido em pecúnia, o que pode ser feito pela própria sociedade com a liquidação das quotas ou das ações, ou pela alienação aos demais sócios ou a terceiros em leilão judicial.

Todos os meios típicos sub-rogatórios, os que visam à obtenção direta de dinheiro e os que visam à conversão de bem penhorado em dinheiro, encontram disciplina típica detalhada na codificação, inclusive quanto aos limites jurídicos para a incursão patrimonial (impenhorabilidades). A escolha entre um ou outro desses meios, ou mesmo de um meio coercitivo, há de ser balizada de acordo com a eficiência em concreto, conforme sustentamos neste trabalho, inclusive levando em consideração os valores a serem tutelados tanto o lado do exequente, quanto do lado do executado. Há disposição expressa quanto à eficiência para a técnica sub-rogatória de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel (art. 867), mas a cláusula geral da eficiência executiva (cláusula geral da menor onerosidade) impõe seja a eficiência considerada na escolha de qualquer meio executivo.

3.4.5.2 MEDIDAS COERCITIVAS

⁴¹¹ Ao tratar dos modelos de distribuição de atividades executivas nos sistemas comparados (judicial, administrativo e liberal ou misto), ZANETI identifica na figura da alienação por iniciativa particular uma ferramenta de privatização de determinadas atividades executivas (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 91).

⁴¹² ASSIS, Araken de. *Manual da execução. Op. cit.*, p. 194-197.

De maneira sintética, as medidas coercitivas podem ser definidas como aquelas que visam atuar sobre a vontade do executado, a fim de constrangê-lo ao cumprimento da obrigação ou do dever imposto na decisão judicial. Os meios coercitivos, ao contrário dos sub-rogatórios, não prescindem da vontade do executado, pois atuam justamente sobre ela, no propósito de dobrar a resistência do executado e convencê-lo de que seria mais vantajoso cumprir o dever que lhe cabe do que assumir o ônus da medida de coerção.

Em comparação com as medidas sub-rogatórias que visam à conversão de bem em dinheiro, as medidas coercitivas apresentam a vantagem de não envolver custos à execução e, se calibradas de maneira adequada à situação concreta, permitem acelerar a satisfação da prestação. Para tanto, as medidas coercitivas podem ser utilizadas tanto para forçar o pagamento direto por parte do executado, como para servir de instrumento à própria medida sub-rogatória, forçando o executado a cumprir seus deveres processuais (art. 774 do CPC/15). Voltaremos ao tema quando tratarmos da aplicação imediata de medidas coercitivas (item 4.5).

Para a execução de obrigações de pagar quantia, o CPC/15 prevê três medidas coercitivas típicas: i) a prisão civil do devedor de prestação alimentícia (art. 528); ii) o protesto da decisão judicial (art. 517) e a inclusão do executado em cadastro de inadimplentes (art. 782, §3º). A primeira é restrita às obrigações envolvendo dívidas de alimentos legítimos e tem suporte em fundamento constitucional (art. 5º, inciso LXVII)⁴¹³. As duas últimas estão previstas em disposições gerais aplicáveis a todas as espécies de obrigações.

⁴¹³ Há instigante discussão teórica acerca da possibilidade de uso da técnica da prisão civil para forçar o adimplemento de obrigações de outras naturezas, conforme envolvam ou não direitos patrimoniais. Sobre o tema, consultem-se, dentre outros: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967: com a emenda n. 1, de 1969*. Tomo V, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 264; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. *Op. cit.*, p. 87; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. *Op. cit.*, p. 134-137; DIDIER Jr., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 125-131; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 574.

Outra figura coercitiva prevista no Código é a multa disciplinada no art. 537, que se trata de “*uma medida coercitiva de caráter patrimonial, consistente numa condenação em uma quantia determinada por cada dia (ou outra unidade de tempo) de atraso do devedor em cumprir a obrigação consagrada no título executivo, ou por cada violação do que, aí, lhe é imposto*”⁴¹⁴.

A multa coercitiva (*astreinte*) é figura que não está procedimentalmente prevista para qualquer modalidade de obrigação pecuniária. Nada obstante, seu manejo em prol de obrigações dessa natureza é possível como medida atípica, na esteira da tendência mundial de generalização das *astreintes* na execução de todas as espécies de obrigações, pois se trata de instrumento particularmente eficaz⁴¹⁵. Negar sua aplicação em obrigações pecuniárias significaria simplesmente insistir na incompletude do sistema executivo para esse tipo de obrigação⁴¹⁶.

Naturalmente, quando se pensa no uso das *astreintes* para pressionar o devedor ao cumprimento de obrigação que tenha por objeto prestação pecuniária, pode se questionar a utilidade de se incrementar o ônus financeiro em detrimento de quem já não cumpriu a obrigação pecuniária principal, o que poderia dificultar ainda mais o adimplemento da prestação.

⁴¹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. *Op. cit.*, p. 108.

⁴¹⁵ Tratando da tendência em direção à completude do sistema executivo, MICHELE TARUFFO destaca a importância da generalização das *astreintes*: “*A autonomia deste instituto, com relação à consideração do fato típico substancial ao qual se aplica, torna-se ainda mais evidente se se analisam alguns aspectos da fisionomia que o instituto vem assumindo na última fase da sua evolução. Trata-se essencialmente do fato de que, sendo este instituto uma medida coercitiva particularmente eficaz, desenhou-se que uma nítida tendência “à sua generalização”, ou seja, a que o seu emprego tivesse lugar todas as vezes que se tratar de assegurar a atuação coativa de uma obrigação consagrada num pronunciamento judicial*” (TARUFFO, Michele. *A atuação executiva dos diretos: perfis comparatísticos*. *Op. cit.*, versão eletrônica). No mesmo sentido da generalização das *astreintes* para completude do sistema executivo: ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925*. *Op. cit.*, p. 79; CARVALHO, Fabiano. *Comentários ao art. 536 do CPC/15*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 876. Também a favor da utilização da multa coercitiva como medida atípica nas obrigações de pagar: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. *Op. cit.*, versão eletrônica. Mesmo sob a sistemática do Código anterior, MARINONI já defendia, como proposta *de lege ferenda*, a importância da multa coercitiva para obrigar o demandado a pagar (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. *Op. cit.*, p. 448-454).

⁴¹⁶ Em sentido contrário: “*não se admite a fixação de multa como medida atípica para a efetivação de prestação pecuniária, na execução para pagamento de quantia*” (DIDIER *et al*. *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 125).

Tal preocupação, conquanto relevante, pode ser devidamente superada, contanto que se atenha à finalidade coercitiva da medida, que deve ser efetivamente capaz de surtir pressão psicológica sobre o devedor, o que pressupõe a demonstração concreta de que este tenha real capacidade de cumprir a prestação. Nessa ótica, a multa coercitiva pode ser útil nos casos em que se evidenciam indícios de riqueza quanto ao devedor inadimplente, que também dá sinais de intento de não pagar, preferindo aguardar o tempo e o custo da execução por expropriação, cujo ônus é suportado pelo credor⁴¹⁷.

Possível ainda se revela o manejo de outras medidas coercitivas atípicas, não previstas na codificação processual. A doutrina tem analisado e criticado decisões judiciais que, tendo como fundamento o art. 139, IV, do CPC1/15, determinam suspensão de CNH, passaporte e de cartões de crédito como medidas coercitivas⁴¹⁸.

De nossa parte, as medidas coercitivas típicas ou atípicas podem servir como meios adequados para assegurar a completude e eficiência do sistema executivo para as situações em que há elementos de convicção quanto à escamoteação de patrimônio por parte do executado⁴¹⁹, e nas situações em que, dada a relevância do direito material subjacente ao crédito, faz-se necessário acelerar o procedimento para satisfação da dívida.

⁴¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. Op. cit., p. 448-454. Também tivemos oportunidade de sustentar esta posição no seguinte texto: ROSADO, Marcelo da Rocha. *A multa coercitiva como instrumento para tutela das obrigações pecuniárias do CPC de 2015*. In: MAZZEI, Rodrigo; EHRHARDT Jr, Marcos (Coord). *Repercussões do novo CPC: Direito Civil*. Salvador: *Juspodivm*, 2017, p. 481-500.

⁴¹⁸ Decisões nesse sentido serão objeto de análise crítica no capítulo 5.

⁴¹⁹ Há uma tendência natural do executado em resistir à execução, o que eventualmente pode descambar em atos de abuso de direito consistentes em blindagem patrimonial. Em rápida busca sobre o tema na *internet*, constata-se a oferta de diversos serviços voltados a um conjunto de ações para a proteção do patrimônio em face dos assim chamados problemas relacionados aos 4 F's, ou seja, Família, Funcionários, Fisco e Falência. A propósito, confirmam-se as seguintes reflexões: “*Um último fator relevante, que é apontado universalmente como obstáculo à eficácia ou à eficiência da execução é a progressiva volatilização dos bens: mudou inteiramente o perfil patrimonial das pessoas, antes concentrado em bens de raiz, e agora tendencialmente dirigido a investimentos em títulos e valores facilmente negociáveis, o que dificulta a sua localização pelo credor. Se a gente pensar no mundo globalizado de hoje, transferem-se com um clique no mouse de um computador dinheiro, aplicações de um país para outro. Ser devedor e ocultar os seus bens se tornou muito mais fácil do que era antigamente*” (GRECO, Leonardo. *Execução Civil - entraves e propostas*. Op. cit., versão eletrônica). “*Por fim, a esfera patrimonial dos cidadãos se modificou, desvanecendo-se, adquirindo menor transparência: bens de raiz deram lugar a depósitos anônimos em paraísos fiscais*” (ASSIS, Araken de. *Execução forçada e efetividade do processo*. Op. cit., versão eletrônica).

Ademais, medidas coercitivas atípicas podem ser aplicadas sob o ângulo da menor onerosidade em face da medida coercitiva típica da prisão civil. Uma medida mais incisiva não é necessariamente a mais eficiente, bastando pensar nas hipóteses em que a privação total de liberdade pode dificultar ainda mais o adimplemento da dívida.

Em ponto de vista semelhante, considerando a autorização constitucional da prisão civil do depositário infiel, e não obstante seu bloqueio em normas de diplomas internacionais incorporados com o *status* de normas supralegais e, assim, com o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante⁴²⁰, há clara superfície constitucional para se trabalhar com outras medidas coercitivas atípicas em face do depositário infiel, sendo qualquer delas menos drástica que a prisão civil.

Em desfecho, entende-se neste trabalho que não há que se proibir em abstrato determinadas providências como medidas coercitivas atípicas, salvo quando há vedação expressa no próprio ordenamento jurídico, como é o caso da prisão civil por dívidas comuns. Todavia, hão de ser observados limites e critérios para o manejo de medidas coercitivas atípicas, inclusive para resguardo da segurança jurídica. É importante que as medidas coercitivas atípicas sejam manejadas com parcimônia, adequação e proporcionalidade, a fim de que tragam efetivo proveito no caso concreto. Não se pode perder de vista que tais medidas não podem ter feição punitiva, haja vista sua finalidade de atuação coercitiva sobre a vontade do devedor. A diferença entre medidas coercitivas e medidas punitivas será analisada no item 3.4.6, e as diretrizes e propostas para concretização da atipicidade, no capítulo 4.

3.4.5.3 MEDIDAS INDUTIVAS

⁴²⁰ Assim foi assentado no RE 466.343-1, julgado em 03/12/2008.

Na cognição que procuramos desenvolver sobre o objeto de estudo, e com arrimo nas premissas teóricas de BOBBIO traçadas anteriormente, demos especial ênfase à função promocional do Direito, expondo que técnicas de encorajamento podem de servir de alavanca para a conduta humana.

Nesta trilha, os expedientes que atuam por influência psicológica sobre a vontade do agente não precisam assumir um aspecto negativo. Técnicas que tornem mais fácil ou mais vantajoso o comportamento desejado podem ser úteis para alcançar determinado resultado, sem prejuízo, evidentemente, do uso dos tradicionais mecanismos de força quando necessários.

É possível observar, aliás, um progressivo relevo e prestígio à faceta promocional no ordenamento jurídico pátrio, em paralelo à função protetivo-repressiva, em reconhecimento à importância da difusão normativa de técnicas de encorajamento que visam provocar o exercício de atos conformes, tornando-os particularmente atraentes⁴²¹.

Como exemplo, no direito material, é possível citar a legislação ambiental, que, a partir do Código Florestal (Lei nº 12.651/12), concebe incentivos, à guisa de medidas promocionais, àqueles que adotam determinados comportamentos, com vistas à consecução de determinadas finalidades de interesse ambiental⁴²². Também tem sido bastante comum o emprego de incentivos fiscais condicionados, a fim de estimular os agentes econômicos à adoção de certos comportamentos tidos como vantajosos ao ente público, sob a retribuição de uma vantagem⁴²³. Na seara penal, os institutos da confissão e da delação premiada retratam o uso técnicas normativas para incentivar comportamentos de interesse ao ordenamento jurídico.

⁴²¹ MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. *A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15*. *Op. cit.*, no prelo.

⁴²² Como exemplos de medidas premiais previstas no Código Florestal, podemos citar: i) a possibilidade de instituir pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais (art. 41, I); ii) a instituição de Cota de Reserva Ambiental, que tem como finalidade estimular a manutenção de área com vegetação nativa acima dos limites mínimos fixados por lei, premiando aquele que agiu de modo favorável à preservação ecológica com um título representativo desta área, que poderá ser negociado com aqueles que não tenham em seu imóvel a área preservada, com a instituição da Reserva Legal.

⁴²³ A possibilidade de instituição de isenções condicionadas ao cumprimento de certos requisitos estabelecidos pelo ente tributante é prevista no Código Tributário Nacional, conforme disciplina de seus arts. 176 e 179.

Na legislação processual também há hipóteses em que, em vez de infringir um “mal” ao executado, concede-lhe uma vantagem ou uma facilidade para induzi-lo a atender à decisão judicial⁴²⁴, como nos seguintes casos: i) a redução dos honorários advocatícios caso o executado por título extrajudicial pague a dívida no prazo de três dias (art. 827, §1º); ii) a dispensa de custas e de honorários de sucumbência caso o autor desista da demanda após o julgamento de recurso repetitivo com orientação contrária à sua pretensão, desde que antes da contestação (art. 1.040, §2º); iii) a dispensa do pagamento de custas processuais caso o devedor cumpra o mandado monitório no prazo de 15 dias (art. 701, §1º); iv) a possibilidade de pagamento parcelado da dívida, desde que o executado reconheça a correção das contas do credor e efetue depósito de 30% (trinta por cento) da dívida (art. 916).

Sob o enfoque da cláusula geral de efetivação do art. 139, IV, do CPC/15, alguns autores que se manifestaram sobre o tema registraram a pertinente observação quanto à dificuldade de se idealizarem outras medidas indutivas pelo próprio juiz, uma vez que estas resultam na perda de uma vantagem por parte de outrem, como visto nos exemplos acima, que demonstram hipóteses de perda de custas pela Fazenda Pública, de redução de remuneração do advogado e de sujeição da parte a um prazo maior para a satisfação de seu direito.

Sob o mote de que não caberia ao juiz fazer “*caridade com o chapéu alheio*”, ou concluem por uma reduzida margem de liberdade à atuação judicial nesta seara⁴²⁵, ou pela total impossibilidade de medidas indutivas atípicas⁴²⁶.

Quanto à celeuma, uma observação inicial se mostra imperativa para demonstrar nosso ponto de vista: as medidas indutivas não se limitam à oferta de sanções premiais, assim entendidas aquelas que oferecem um ganho, um prêmio ou uma vantagem caso o

⁴²⁴ MEIRELES, Edilton. *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas*. Op. cit., versão eletrônica.

⁴²⁵ EDILTON MEIRELES sustenta ser possível extrair do CPC/15 ao menos uma forma de medida indutiva estabelecida pelo juiz, com base na dilatação de prazos autorizada pelo art. 139, VI. Sugere o autor que se poderia, por exemplo, cogitar de medida indutiva de ampliação de prazo para cumprimento de decisão (pagamento, desocupação, entrega etc), o caso o devedor renuncie a qualquer medida de impugnação ou de resistência à decisão judicial (MEIRELES, Edilton. *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas*. Op. cit., versão eletrônica).

⁴²⁶ CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama. *Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas*. Op. cit., no prelo.

comportamento desejado seja adotado. É possível a adoção de técnicas de encorajamento que, sem conotação de retribuição, incentivem a ação desejável tornando-a mais fácil.

Com esse esclarecimento, observa-se que uma das formas de se implementar uma medida indutiva é através de sanções premiais. Para esta hipótese, as considerações acima quanto à inviabilidade de se entregar uma vantagem ao executado ao custo do sacrifício alheio são corretas. Não é possível ao juiz, a pretexto do poder geral de efetivação da cláusula do art. 139, IV, imprimir diminuição quanto ao valor ou qualidade da prestação referente à relação jurídica de direito material objeto da execução, reduzir a contraprestação devida por serviços prestados por terceiros (advogado, peritos etc.), ou garantir isenção parcial ou total de custas processuais fora das hipóteses legais.

Nada obstante, pensamos ainda haver margem para trabalhar medidas indutivas baseadas em sanções premiais.

Nesse sentido, TALAMINI, conquanto reconheça que o juiz não possa “*fazer cortesia com o chapéu alheio*”, admite um campo de emprego limitado para medidas de indução atípicas. Afirma que o “*benefício processual terá de recair sobre uma posição jurídica não pertencente ao credor, mas à própria jurisdição*”, citando, como exemplo, o perdão ou redução de uma multa por ato atentatório à dignidade da justiça anteriormente imposta com base no art. 77, § 2º do CPC/15. Como essa multa não é crédito da parte, mas do próprio Estado-jurisdição, o juiz estaria autorizado utilizá-la nas sanções premiais⁴²⁷.

Uma objeção que poderia ser levantada quanto a tal entendimento é a de que a cláusula geral de efetivação do art. 139, IV não autoriza o juiz a ingressar na seara da atipicidade envolvendo medidas punitivas, para as quais vige o regime da tipicidade estrita (art. 139, III, do CPC/15).

⁴²⁷ TALAMINI, Eduardo. *Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência, nas diferentes modalidades de execução*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo).

Contudo, numa visão mais ampla, parece possível tal solução, a qual prestigia um viés promocional do ordenamento jurídico, por permitir que aquele que incidiu em ato atentatório à dignidade da justiça possa se redimir, ao adotar o comportamento estimulado pelo próprio ordenamento, e receber em contrapartida a amenização dos efeitos financeiros da sanção punitiva anteriormente aplicada. Num viés pragmático, o interesse do Estado-jurisdição deve estar na exortação a que o sujeito que incidiu na pecha de ato atentatório venha a remediar os efeitos da inobservância da norma jurídica, até para que, se for o caso, seja encerrado o conflito, não na instauração de mais um conflito envolvendo a cobrança de um valor cujo adimplemento é incerto, mas o custo para execução é certo⁴²⁸.

Por outro lado, há que se recordar que, no ambiente executivo, a multa por ato atentatório à dignidade da justiça, por surreal que possa parecer, não pertence ao Estado-jurisdição, mas à parte contrária, no caso, ao exequente (art. 774, parágrafo único). O mesmo ocorre com a destinação da multa coercitiva (art. 537, §2º).

Abstraindo-se as críticas em relação a tais opções legislativas, o fato é que essas verbas devidas à parte, no caso, ao exequente, não representam qualquer forma de contraprestação por serviços prestados ou compensação por perdas e danos. Portanto, por não implicar em redução patrimonial de qualquer ordem, entendemos ser possível garantir vantagens, a título de sanção premial, tendo como base as verbas em questão, observando-se, evidentemente, critérios de proporcionalidade em cada caso.

Num exemplo, suponha-se que um terceiro que tenha assumido a condição de depositário caia na pecha de infidelidade. Como depositário infiel, deverá responder pelo prejuízo causado, sem prejuízo de sua responsabilidade penal e da imposição de multa punitiva por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 161, parágrafo único, do CPC/15). A execução por quantia certa será direcionada em seu desfavor, para que

⁴²⁸ Segundo o art. 77, §3º do CPC/15, a multa por ato atentatório devida ao Estado deve ser inscrita em Dívida Ativa para cobrança mediante execução fiscal. Aliado ao problema do gargalo das execuções fiscais, conforme tratado no item 1.4, pesa na balança ainda o fato de que o custo unitário médio por cada execução fiscal gira em torno de pouco mais de 4 mil reais, conforme estudo do IPEA de 2011 (Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: março/2018).

responda pelo valor do bem que estava sob sua guarda e pelo valor da multa processual por ato atentatório, tudo em favor do exequente.

Na hipótese, pensamos ser sustentável defender a possibilidade de o juiz, com base na cláusula geral de efetivação do art. 139, IV, do CPC/15, conceber como medida indutiva a sanção positiva consistente em alforriar ou amenizar o ônus financeiro da multa processual incidente na espécie, caso o depositário infiel proceda ao depósito integral do valor do bem extraviado num prazo determinado. A solução proposta atende com perfeição ao interesse do exequente, que pode ser poupado de uma nova *via crucis* executiva sem qualquer prejuízo à prestação originariamente devida (com juros e correção monetária), ao interesse do novo executado, o depositário infiel, que pode se redimir do malfeito com redução do próprio prejuízo, e ao interesse da própria jurisdição em seu escopo de solucionar os conflitos com presteza. Enfim, trata-se de medida absolutamente eficiente sob qualquer ângulo.

No caso das *astreintes*, o mais interessante pode ser agregar a medida indutiva à própria medida coercitiva já no momento do estabelecimento desta. Embora sob o nome de “*promessa de recompensa judicial*”, confira-se o seguinte exemplo, extensível, o nosso ver, às obrigações de pagar:

Para as execuções de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, pode o juiz, objetivando estimular o adimplemento, fixar multa por dia de atraso ou por outra unidade de tempo (semanal ou mensal, v.g.), estabelecendo isenções ou reduções no valor das *astreintes* em função do momento do cumprimento da decisão (v.g. fixar multa de “x” por dia de atraso, mas reduzida para “x/2” se a decisão for cumprida em 5 dias ou isentar o executado da multa, caso o cumprimento se dê em 48 horas). Note-se, assim, ser possível e quiçá recomendável que, na própria decisão que fixa as *astreintes*, estabeleça-se um cronograma de aumento, ou, ainda, uma projeção de redução do montante da multa em função da data do cumprimento da obrigação a funcionar como recompensa⁴²⁹.

Passando ao largo das sanções premiaias, é possível cogitar de medidas indutivas que simplesmente representem um caminho mais facilitado ou atraente para o executado

⁴²⁹ DIDIER JR. Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *A promessa de recompensa judicial e o novo CPC*. In: MAZZEI, Rodrigo; EHRHARDT Jr, Marcos (Coord). *Repercussões do novo CPC: Direito Civil*. Salvador: *Juspodivm*, 2017, p. 395-396.

cumprir sua prestação, à luz do papel do juiz na criação da solução jurídica mais eficiente para a atuação executiva dos direitos, e com arrimo na cláusula geral da eficiência executiva do art. 805 do CPC/16.

Neste desiderato, avulta a ideia de tipicidade delimitativa, ou seja, a construção de soluções atípicas a partir de figuras típicas, tal como abordado no item 2.5. Vários exemplos podem ser pensados, em todos eles tomando-se soluções já previstas em lei e guardando-se o necessário cuidado em não trazer qualquer prejuízo ao exequente.

Nesse contexto, uma medida indutiva de estímulo à cooperação que se pode cogitar é, na alienação por iniciativa particular, em vez de se manter o devedor alijado do procedimento, autorizá-lo a trazer propostas com valores e condições de pagamento que lhe sejam interessantes. Realmente, o art. 880 do CPC/15 concentra a alienação por iniciativa particular na figura do exequente, que poderá, ele próprio ou por intermédio de corretor ou leiloeiro, promover a alienação do bem do devedor. Não há que se ignorar, todavia, que, frequentemente, os interesses são opostos: o credor quer alienar o bem rapidamente, não necessariamente pelo maior valor possível, contanto que seja suficiente para satisfação de seu crédito; o devedor sempre irá querer que a alienação do bem seja pelo maior valor possível⁴³⁰.

Assim, não há impedimento a que o juiz, para fins de cumprimento da decisão que ordena o pagamento, como medida indutiva, ofereça ao executado a possibilidade de ele mesmo encontrar a proposta que lhe seja mais benéfica para a alienação do bem, poupando-lhe, inclusive, de possível comissão de corretagem. Não se trata de sanção premial, mas, na linha da teoria de BOBBIO, de um meio que, por ser mais vantajoso, estimula o comportamento desejado

Outra hipótese é a concessão de parcelamento pelo juiz, fora da hipótese do art. 916 do CPC/15 ou mesmo em prazo superior a seis meses, como meio indutivo que torne mais fácil o adimplemento por parte do executado, contanto que tal providência represente

⁴³⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. *A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15*. *Op. cit.*, no prelo.

um meio igual ou mais eficiente que a medida executiva adotada, na forma do art. 805 do CPC/15.

Num exemplo, suponha-se que a medida executiva adotada tenha sido a penhora de um bem para ser levado à alienação em leilão público, por ausência de interesse do exequente em adjudicar o bem ou promover a alienação por iniciativa própria. Contudo, em razão do cronograma do leilão unificado na Comarca ou Seção Judiciária em que tramita a execução, o bem só poderá ser levado a leilão dentro de alguns meses. Seria possível ao juiz, como uma espécie de remição parcelada, permitir que o executado faça o pagamento parcelado da dívida em prazo não superior ao previsto para realização do leilão. É uma via de adimplemento mais fácil que o pagamento à vista, não depende da disciplina do executado em poupar para quitação à vista na véspera do leilão para a remição, e não traz qualquer prejuízo ao exequente, cuja garantia no bem penhorado seria mantida.

Em outro exemplo envolvendo parcelamento, a experiência comum revela que bens de elevado valor (como imóveis) são adquiridos com pagamento em prestações, daí porque o próprio Código, para facilitar a alienação judicial desses bens, prevê a possibilidade de pagamento parcelado em até 30 (trinta) meses, com pagamento à vista de pelo menos vinte e cinco por cento do valor do lance (art. 895, §1º, do CPC/15).

Havendo encaminhamento de bem de elevado valor a leilão judicial, pode-se pensar em permitir o juiz, como medida indutiva para facilitar o adimplemento, que o executado promova a remição de maneira parcelada, usando como gabarito a regra em comento. É verdade que, se levado a leilão, pode haver proposta de pagamento do lance à vista. Como também pode não haver qualquer proposta. Quanto maior o valor de avaliação do bem, maiores as chances de arrematação mediante parcelamento. Enfim, as circunstâncias do caso devem ser ponderadas para se assegurar uma via menos onerosa ao executado, sem prejuízo ao interesse do exequente.

Aliás, se o escopo do art. 139, IV do CPC/15 é primar pela realização da tutela judicial e pela satisfação em concreto do direito, é possível projetar uma medida indutiva em favor do exequente, tornando mais fácil e atraente o comportamento desejável consistente na aceitação da adjudicação do bem penhorado. Para tanto, basta permitir

que, no caso de o valor do crédito do exequente ser inferior ao do bem a ser adjudicado, seja a diferença paga conforme o parcelamento previsto no art. 895, §1º, do CPC/15. Tal solução não está expressamente prevista, mas sequer se pode falar em atipicidade nessa hipótese. Se o exequente tem preferência na adjudicação em relação a terceiros interessados em adquirir o bem em leilão, o espectro da tipicidade da norma em questão naturalmente não exclui o exequente quanto à possibilidade de aquisição de maneira parcelada. É uma solução que se vale de uma medida indutiva projetada como instrumento para uma medida sub-rogatória com efeito prático equivalente ao pagamento.

Outras soluções podem ser pensadas conforme a riqueza da variação dos distintos casos concretos, e tomando-se de empréstimo soluções já alvitadas pelo legislador para consecução do objetivo executivo.

Dessa forma, se a execução compreende um "*conjunto de medidas com as quais o juiz produz ou propicia a satisfação do direito de uma pessoa à custa do patrimônio de outra, quer com o concurso da vontade desta, quer independentemente ou mesmo contra ela*"⁴³¹, não há que se descartar a possibilidade de se alcançar o concurso da vontade do executado através de medidas de incentivos, as quais não prejudicam de maneira alguma o potencial uso de mecanismos coercitivos ou sub-rogatórios.

A ideia básica é a de que, ao estimularem comportamentos positivos com o objetivo de se alcançarem resultados desejados, as medidas indutivas podem ensejar a realização da atividade satisfativa de maneira eficiente. Um processo eficiente, como exigido pelo art. 8º do CPC/15, é um processo que alcança o melhor resultado no menor espaço de tempo e trazendo a maior satisfação possível para os jurisdicionados, o que pode ser concretizado não apenas através das tradicionais medidas sub-rogatórias ou coercitivas, como também através de técnicas que, tornando mais fácil ou atraente determinado comportamento desejado, incentivem o sujeito ao cumprimento do dever ou à satisfação

⁴³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV, *Op. cit.*, p. 32.

da prestação sem prejuízo material à outra parte, e com encômos à menor onerosidade⁴³².

3.4.6 DISTINÇÃO ENTRE MEDIDAS EXECUTIVAS E MEDIDAS PUNITIVAS NO PROCESSO

Tomando como premissa a noção de sanção perfilhada neste trabalho como a consequência jurídica prevista na norma para determinada situação (item 3.1.2), afigura-se essencial para a escoreita compreensão do alcance da atipicidade dos meios para a tutela executiva do crédito diferenciar as medidas processuais punitivas e as medidas processuais executivas, especialmente as medidas executivas coercitivas, pois é com estas que pode haver confusão.

Na proposta classificatória que adotamos, segregamos as sanções em dois grupos, as sanções negativas e as sanções premiaias, conforme se busque direcionar a conduta humana com a imposição de uma situação jurídica de desvantagem, ou com a concessão de uma situação jurídica de vantagem, respectivamente. Na sequência, e colocando sob enfoque a finalidade da consequência desfavorável em reação à violação de uma regra, perfilhamos a orientação doutrinária de subdivisão das sanções negativas em compulsórias ou coercitivas, reconstitutivas, compensatórias, punitivas e preventivas, sem descartar outras propostas classificatórias.

Importa nesta análise repisar que as sanções punitivas são aquelas cuja finalidade é aplicar um castigo ao sujeito passivo, como reprovação pelo ato desconforme ao direito, não interessando a reconstituição da situação que existiria se não houvesse o ato ilícito, e que, por outro lado, as sanções coercitivas – chamadas por OLIVEIRA ASCENSÃO de compulsórias – são as que se destinam a atuar sobre o infrator da norma para o levar a adotar conduta devida, ainda que de modo tardio.

⁴³² MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. *A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15*. *Op. cit.*, no prelo.

Com essa rápida recapitulação, podemos afirmar que as medidas processuais punitivas são aquelas cujas sanções apresentam essa finalidade punitiva, o que se caracteriza pela imposição de um mal como reprovação ou punição por uma conduta ilícita. Sua incidência em concreto tem como suporte fático o instante em que configurado o comportamento ilícito do sujeito, e seu escopo é atuar repressivamente sobre este comportamento, estando despedidas as medidas punitivas da finalidade de obter, numa perspectiva prospectiva, o comportamento desejado.

Por sua vez, as medidas processuais de efetivação são aquelas cujas sanções consistem em técnicas que buscam não punir o sujeito processual, mas assegurar a realização do comando judicial decorrente da norma jurídica concreta que demanda efetivação. No caso das medidas coercitivas, a finalidade é alcançar o resultado desejado através de constante pressão negativa sobre o sujeito, para dobrar sua vontade.

Se as medidas de efetivação estão relacionadas aos caminhos e aos meios que a atividade executiva pode perfilhar para concretizar no plano prático o direito em jogo, a necessidade de adequação procedimental da atividade executiva de acordo com o direito material e as circunstâncias do caso concreto não se coaduna com a vetusta fórmula legislativa de manietar a função executiva a meios típicos exaustivamente previstos em lei. Daí a oportuna abertura normativa, a partir de cláusula geral do art. 139, IV, para a atipicidade executiva, inclusive com rompimento do regime típico previsto em lei, de maneira a permitir que o órgão judicial, com a participação dos envolvidos em contraditório e com decisão fundamentada, possa seguir o caminho mais eficiente para a entrega do resultado satisfativo.

Por outro lado, as medidas cujo escopo precípua é a punição processual do sujeito processual – ainda que possuam o efeito preventivo indireto, pelo temor da imposição da sanção, de tutelar a situação de direito material – estão sujeitas à tipicidade, de modo que o órgão judicial não pode aplicar outras sanções processuais senão aquelas previstas em lei.

Por conseguinte, as medidas punitivas não estão acobertadas pela cláusula geral executiva do art. 139, IV. Sua previsão, de maneira genérica, se dá no art. 139, III, que veicula norma que atribui ao juiz o dever de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário

à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias. Não se trata esta norma, contudo, de cláusula geral punitiva, pois o conseqüente normativo punitivo (sanção punitiva) não pode ser idealizado pelo juiz, dependendo de prévia estipulação em lei.

Em desdobramento à previsão geral do art. 139, III, há diversas normas ao longo do texto legal que especificam figuras típicas punitivas, como: a multa por ato atentatório à dignidade da justiça ou por litigância de má-fé qualificada (art. 77, §§ 1º e 2º); a multa por litigância de má-fé simples (arts. 80 e 81); a multa por ato atentatório à dignidade da justiça em desfavor do depositário infiel (art. 161, parágrafo único); a multa por lançamento de cotas marginais ou interlineares (art. 202); a multa por requerimento de citação por edital sabendo a parte que as circunstâncias autorizadoras não estão presentes (art. 258); a multa por ato atentatório à dignidade da justiça pelo não comparecimento à audiência de conciliação/mediação designada (art. 334, § 8º); a multa por atraso injustificado por parte perito judicial (art. 467, §1º); a multa pelo não pagamento voluntário da obrigação de pagar quantia certa no prazo legal (art. 523, §1º); a multa pela incúria do inventariante substituído em entregar ao substituto os bens do espólio (art. 625); a multa pela ação monitória proposta indevidamente e de má-fé ou pelos embargos à ação monitória opostos de má-fé (art. 702, §§ 10 e 11); a multa por ato atentatório à dignidade da justiça no módulo executivo (art. 774, parágrafo único); a multa por ato atentatório por suscitação infundada de vício com o objetivo de provocar desistência do arrematante nos leilões judiciais (art. 903, §6º); a multa por ato atentatório por embargos à execução protelatórios (art. 918, parágrafo único); a multa por ação rescisória inadmissível ou improcedente (art. 968, II); a multa por agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente (art. 1.021, § 4º); a multa por embargos de declaração manifestamente protelatórios (art. 1.026, §§ 2º e 3º); etc. Saliente-se, também, a previsão de sanção punitiva não pecuniária, consistente na perda do direito à retirada dos autos por parte do procurador que não os devolver tempestivamente (art. 107, § 4º).

Dessa forma, temos, de um lado, medidas processuais punitivas, cuja matriz se encontra no art. 139, III, e as quais seguem um regime de tipicidade legal delimitado por normas espraiadas no texto legal, e as medidas processuais executivas, cuja norma geral está no

art. 139, IV, e que admitem um regime de atipicidade, inclusive para as obrigações pecuniárias. Neste sentido:

Toda sanção punitiva deve estar prevista em lei, e, não se submete à regra da atipicidade. Por outro lado, toda medida executiva se submete à regra da atipicidade, inclusive às voltadas à tutela pecuniária. (...) não é possível trocar punição por coerção, valendo-se da atipicidade dos meios executivos como saída para a aplicação de medidas que são essencialmente punitivas.⁴³³

A junção das duas normas gerais do art. 139 III e IV, além das demais prescrições normativas ligadas às medidas executivas e punitivas, conferem ao juiz brasileiro um instrumental assemelhado, porém não tão amplo quanto ao instituto do “*contempt of court*” do direito anglo-americano, que, naquela tradição, é tido como derivado do poder inerente a todos os Tribunais (“*contempt power*”) para punir desacatos e permitir o desempenho correto e ordenado da função jurisdicional, inclusive assegurando-se o cumprimento de ordens judiciais.⁴³⁴

Tendo em mente essa distinção entre medidas punitivas e medidas executivas, é possível extrair algumas inferências dogmáticas lógicas.

A primeira é a de que, enquanto as medidas executivas podem, dentro de certos parâmetros, seguir um caminho de atipicidade para o fim satisfazer o direito a ser

⁴³³ ABELHA, Marcelo. *O executado cafajeste II: medida coercitiva como instrumento da medida subrogatória*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267289,31047-O+executado+cafajeste+II+medida+coercitiva+como+instrumento+da+medida>. Acesso em: fevereiro/2018.

⁴³⁴ Ainda com enfoque no direito comparado, duas facetas são divisadas quanto ao instituto do “*contempt of court*”: o “*civil contempt*”, quando o desrespeito é por desobediência a uma ordem judicial, de modo a ensejar medidas coercitivas para induzir a parte a se coadunar com a decisão; e o “*criminal contempt*”, que tem propósito punitivo, para impor a autoridade do tribunal e proteger a administração da justiça. Por isso que o “*criminal contempt volta-se ao passado e o civil contempt dirige-se ao futuro*” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. *Op. cit.*, p. 95). Assim, os casos de “*criminal contempt*” possuem caráter punitivo, e “*objetivam punir o contemnor pelo ato cometido a fim de impor a autoridade do tribunal e proteger a administração da justiça*” (BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. *O contempt of court no direito brasileiro e norte-americano*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil), Universidade Federal do Espírito Santo, 2010, p. 70), o que traduz uma aproximação tímida por parte do art. 139, III, já que o poder de sanção do modelo anglo-saxão é maior: alcança advogados e procuradores (que, no Brasil, estão sujeitos apenas a controle funcional pelos órgãos correicionais da classe) e admite medidas mais extremas, como a prisão daquele que desrespeita a autoridade da corte. Já os casos de “*civil contempt*” “*tem como objetivo principal a coerção do contemnor ao cumprimento da ordem judicial, ou quando isto não é mais possível a compensação do autor pelo prejuízo suportado em decorrência da desobediência cometida*” (*Ibidem*).

tutelado, as medidas processuais punitivas devem encontrar estrito amparo em tipos legais, sob pena de ilegitimidade, pois o juiz não pode idealizar medidas punitivas, seja qual for o pretexto. Não há cláusula geral punitiva, como há cláusula geral de efetivação.

A assertiva é extremamente relevante dado o fato de que, não obstante o enquadramento legal que se queira fazer ou o nome que se atribua à medida, é a adequação finalística da medida processual que irá revelar sua natureza jurídica, para fins de confronto com o regime jurídico aplicável.

Quanto ao ponto, é imprescindível uma fundamentação adequada, calcada em elementos factuais do caso, para que fique patenteada a idoneidade coercitiva de uma medida idealizada com base na cláusula geral do art. 139, IV. É inviável afirmar em abstrato, sem o apoio em circunstâncias de fato, que medidas processuais atípicas como as de suspensão da CNH e do passaporte apresentam natureza punitiva ou coercitiva. O tema será mais explorado ao tratarmos dos critérios para controle da finalidade da medida executiva atípica (item 4.3) e da fundamentação (item 4.9).

Outra inferência interessante sobre o tema é a de que, como não se confundem e possuem escopos próprios, as medidas punitivas e executivas podem perfeitamente ser cumuladas. A cumulação é expressamente admitida na lei processual (art. 77, § 4º e art. 774, parágrafo único) e não teria sentido ser diferente. Suponha uma hipótese em que o executado, intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora, tampouco apresenta prova satisfatória de que não tem bens penhoráveis, o que se enquadra na previsão de conduta atentatória à dignidade da justiça, e sujeita aquele a multa de incidência única e imediata, a qual, visando retribuir a conduta ilícita, configura típica medida de sanção punitiva (art. 774, V e parágrafo único, do CPC/15).

Incidindo o executado na conduta atentatória e sendo aplicada a sanção punitiva, qual o estímulo que haveria ao executado para posteriormente adotar o comportamento esperado que ainda seria útil à execução, considerando o mal que já lhe foi infligido? Aí que se revelam a necessidade, a pertinência e a utilidade das medidas executivas coercitivas, ou até mesmo indutivas, justamente pela finalidade de contínua pressão

volitiva sobre o executado para que este adote o comportamento estimulado o quanto antes, e ainda que tardiamente.

Seria recomendável então que, concomitante ou posteriormente à advertência da multa punitiva por ilícito processual, fosse estabelecida medida coercitiva para constranger o devedor a cumprir seu dever de indicar onde estão os bens sujeitos à penhora. Ou, quem sabe, e sendo um pouco mais ousado, fosse aplicada, como sanção premial (medida indutiva) a vantagem consistente na redução do valor da multa punitiva já aplicada, para incentivar o devedor a, em novo prazo a ser determinado, adotar o comportamento útil ao processo, com vantagem aos três eixos de interesses da execução civil: no interesse do exequente, pela resolução da pendência quanto aos bens penhoráveis, poupando-o de diligenciar no sentido de vasculhar possível patrimônio do executado; no interesse do executado, pela redução da multa aplicada; e no interesse do processo, pela ganho em celeridade processual.

Veja-se que, a admitir a sanção premial, pode-se, na hipótese, *superestimular* o executado: caso apresente os bens sujeitos à penhora com todas as informações necessárias à constrição no prazo de 10 dias, a multa pelo ato atentatório à dignidade da justiça fica reduzida em 50%; caso não o faça, após o décimo dia passa a incidir em seu desfavor multa diária (coercitiva) em valor determinado. Sem dúvida, tal combinação de mecanismos de efetivação potencializa os efeitos pretendidos com as técnicas de pressão psicológica.

Uma última inferência a partir da distinção em foco é que as medidas executivas são passíveis de negociação processual com base na cláusula geral do art. 190, sendo inadmissível tal negociação a respeito dos deveres éticos subjacentes às medidas punitivas, que dizem respeito ao poder do juiz de velar pela dignidade da jurisdição⁴³⁵.

Em rápida conclusão, podemos afirmar: i) as medidas punitivas encontram previsão genérica no art. 139, III do CPC/15, e estão sujeitas a um regime inflexível de tipicidade, de modo que não podem ser aplicadas medidas punitivas pelo juiz a não ser aquelas especificamente previstas em diversas prescrições normativas do texto

⁴³⁵DIDIÉRI *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 420.

processual; ii) as medidas executivas ou medidas de efetivação podem seguir um regime de atipicidade, conforme cláusula geral do art. 139, IV do CPC/15; iii) não há como afirmar, em abstrato, que certa medida atípica é inidônea porque tem natureza punitiva, ou, do contrário, é idônea porque possui lastro na cláusula geral de efetivação, sem que sejam consideradas as circunstâncias do caso; iv) a fundamentação do juiz, ao aplicar medidas atípicas, é importante, dentre outros motivos, justamente para que sejam analisadas as circunstâncias do caso, de modo a evidenciar o escopo coercitivo da medida escolhida.

4 ANÁLISE CRÍTICA DE ORIENTAÇÕES DOUTRINÁRIAS E PROPOSTAS PARA CONCRETIZAÇÃO DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NA TUTELA PROCESSUAL DO CRÉDITO

O presente trabalho assenta-se na premissa segundo a qual o sistema processual executivo brasileiro comporta o manejo de meios típicos e atípicos pelo órgão judiciário para o fim de atingir o resultado satisfativo na função executiva, inclusive para a tutela processual do crédito, o que é admitido pela cláusula geral de efetivação do art. 139, IV do CPC/15⁴³⁶. Não basta, contudo, assegurar a completude do sistema executivo a partir da generalização de medidas atípicas, devendo-se pensar em eficiência da execução, a partir de diálogo do art. 8º com o art. 805 do CPC/15, o que permite compreender que este último enunciado veicula cláusula geral de eficiência executiva.

Ao tratarmos das cláusulas gerais (item 3.4.1), vimos que sua concretização no processo deve se guiar, num aspecto procedimental, pelo resguardo do contraditório útil somado à exigência de fundamentação adequada, e, num aspecto substancial, deve-se observar sua integração teleológica e sistemática com as demais normas do sistema, como forma de assegurar a segurança jurídica no exercício da atipicidade.

São variadas e divergentes as manifestações doutrinárias sobre concretização da atipicidade dos meios executivos na tutela processual do crédito. Abordaremos na sequência as propostas e orientações quanto ao tema, com análise crítica e fixação de posicionamento quanto aos critérios que devem nortear o manejo de medidas atípicas por parte do órgão judicial, com vistas a prestigiar a eficiência dos meios executivos.

4.1 CAMPO DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO

⁴³⁶ Há peremptória posição doutrinária em sentido contrário, reputando que a atipicidade executiva, entendendo-se esta como a possibilidade de o juiz produzir o meio a ser aplicado no caso concreto, seria francamente inconstitucional, por violação ao art. 5º, LIV, da CF/88 (ASSIS, Araken de. *Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”* *Op. cit.*, no prelo).

O modelo de atipicidade no sistema processual executivo brasileiro assenta-se essencialmente nas normas do art. 139, IV, 297 e 536, §1º do CPC/15⁴³⁷. O primeiro enunciado normativo é o mais relevante para a tutela executiva do crédito, na medida em que estabelece que as medidas de efetivação alcançam ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

A norma do art. 297 cuida da efetivação da tutela provisória, conferindo ao juiz a possibilidade de determinar as medidas que considerar adequadas, em formulação normativa que prestigia a atipicidade. A norma do art. 536, §1º trata da efetivação de obrigação de fazer ou de não fazer, assegurando ao juiz a possibilidade de determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial, a fim obter a tutela específica ou o resultado prático equivalente. O regramento é extensível às obrigações de entregar coisa, por força do art. 538, §3º.

Essas normas, que se apresentam sob a forma de cláusulas gerais executivas, formam o núcleo do modelo de atipicidade executiva, em torno do qual circundam outras normas que reiteram o poder conferido ao juiz de manejar meios atípicos. Neste contexto se inserem as normas do art. 380, parágrafo único, do art. 400, parágrafo único e do art. 773.

Não obstante a cláusula geral do art. 139, IV seja a mais relevante para as obrigações de pagar, por consagrar a extensão da atipicidade a esse tipo de obrigação, a compreensão do alcance dessa cláusula geral executiva deve considerar todas as fontes normativas do Código que tratam da atipicidade.

Com essas breves considerações, a averiguação a que se propõe, como ponto inaugural para discorrer sobre diretrizes interpretativas acerca da atipicidade executiva na tutela processual do crédito, é saber quais as situações processuais objetivas que são alcançadas pela cláusula geral, e em face de quem é possível manejar as medidas executivas atípicas.

⁴³⁷ DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 101.

4.1.1 ABRANGÊNCIA OBJETIVA

O campo de incidência da cláusula geral de efetivação do art. 139, IV do CPC/15 tem recebido ampla delimitação por parte da doutrina, por se reputar que a norma é aplicável em qualquer situação processual que demande atividade executiva, seja esta fundada em título executivo judicial definitivo ou provisório, seja fundada em título executivo extrajudicial, abrangendo, ainda, qualquer espécie de obrigação (de pagar, de fazer, de não fazer e de dar coisa)⁴³⁸. Essa linha interpretativa também restou sedimentada no enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁴³⁹. Sem adentrar no tipo de obrigação, mas admitindo o poder geral de efetivação no âmbito de qualquer procedimento, cite-se, também, o enunciado 48 da Escola Nacional de Formação de Magistrados – ENFAM⁴⁴⁰.

O entendimento, contudo, não é remansoso. Há posição restritiva por parte de respeitável doutrina, refutando a extensão da abrangência da cláusula geral às execuções fundadas em título executivo extrajudicial, sob variados fundamentos: afirma-se ser descartada a emissão de provimentos mandamentais que constituam propriamente ordem de cumprimento da obrigação na execução do título extrajudicial, devendo-se optar pela via cognitiva do processo de conhecimento, como autoriza o art. 785 do

⁴³⁸ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil. Op. cit.*, p. 62; DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução. Op. cit.*, p. 105; ZANETI Jr., Hermes. *Comentários ao código de processo civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 40 e 114; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC.* Revista de Processo, vol. 265/2017, p. 107-150, Março/2017, versão eletrônica; MEIRELES, Edilton. *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. Op. cit.*, versão eletrônica; MINAMI, Marcos Youji. *Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/15: do processo para além da decisão.* In: DIDIER JR., Fredie (coord). *Coleção novo CPC doutrina selecionada: execução.* 2. ed. rev. e atual. Salvador: *Juspodivm*, 2016, p. 320.

⁴³⁹ Enunciado 12 do FPPC: “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”.

⁴⁴⁰ 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”.

CPC/15, caso se pretenda comando direto à parte adversária⁴⁴¹; pontua-se, ainda, ser razoável limitar as técnicas executivas postas à disposição do exequente, a fim de evitar injustas incursões sobre a esfera do executado, considerando que o título executivo extrajudicial não surgiu a partir da atividade jurisdicional do Estado e que, assim, não há ordem judicial a se realizar⁴⁴².

De nossa parte, alinhamo-nos ao entendimento que endossa a ampla abrangência objetiva da cláusula geral executiva em questão. Vale a pena discorrer sobre o tema, sob dois enfoques: i) a ausência de vinculação entre ordem judicial e um provimento judicial específico; ii) a eficácia executiva abstrata do título extrajudicial.

4.1.1.1 AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO ENTRE ORDEM JUDICIAL E UM PROVIMENTO JUDICIAL ESPECÍFICO

O enunciado normativo do art. 139, IV do CPC/15 dispõe acerca da adoção das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para se assegurar o cumprimento da ordem judicial. A opção redacional final do dispositivo⁴⁴³, conforme argutamente

⁴⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência, nas diferentes modalidades de execução*. Op. cit., no prelo. Aliás, uma das justificativas levantadas para demonstrar a utilidade do art. 787 seria justamente munir o credor com a possibilidade de manejar meios executivos atípicos, convertendo seu título extrajudicial em judicial, com o que não concordamos.

⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, edição eletrônica. Em outro texto, MARINONI, ressaltando o cuidado para não se potencializar a cobrança dos créditos devidos aos titulares dos títulos executivos extrajudiciais, informa que, a partir de pesquisa empreendida, constatou-se que as ações fundadas em título executivo extrajudicial pertenciam maciçamente às pessoas jurídicas, mas que essa situação era invertida diante das ações condenatórias. Segundo autor, isso é facilmente explicável, pois os títulos executivos extrajudiciais “nada mais são que criação técnica que teve o intuito de beneficiar determinadas posições sociais, livrando-as da demora do processo de conhecimento e permitindo o seu acesso direto à execução. A ação de conhecimento para a obtenção de dinheiro restou, nessa perspectiva, marginalizada” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro*. Versão eletrônica. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-EFETIVIDADE-DA-MULTA-NA-EXECUCO%C3%87%C3%83O-DA-SENTEN%C3%87A-QUE-CONDENA-A-PAGAR-DINHEIRO.pdf>. Acesso em março/2018).

⁴⁴³ Em resgate ao histórico de tramitação do anteprojeto do CPC/15, MINAMI registra que o substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS 166/2010 apresentava a seguinte proposta de texto quanto ao enunciado normativo quanto ao inciso IV do art. 139: “determinar, de ofício ou a requerimento, todas as

observado em doutrina⁴⁴⁴, abre um flanco à interpretação de que somente na tutela mandamental haveria propriamente ordem judicial, o que restringiria o alcance da atipicidade dos meios executivos, conforme pontuado no item anterior.

Não faltam argumentos para refutar a ideia de se vincular o conteúdo normativo do art. 139, IV, a partir da expressão *ordem judicial*, a um provimento judicial específico, em especial de natureza mandamental.

Curiosamente, e não obstante sua conhecida e já referida posição quanto à inconstitucionalidade da atipicidade executiva, um dos refutam essa interpretação é justamente ARAKEN DE ASSIS, que afirma não ser lícito retirar daquela expressão rigorosa inferência de o campo de aplicação das medidas autorizadas pela norma restringir-se às sentenças mandamentais, até porque a ulterior extensão às “ações que tenham por objeto prestação pecuniária” desfaz essa impressão⁴⁴⁵.

Em outro ângulo de análise, faz-se oportuno tratar de como deve ser compreendida a ideia de ordem judicial no sistema processual brasileiro.

Neste sentido, é importante recordar, inicialmente, que na sistemática processual originária do CPC/73, apenas à sentença condenatória se reconhecia o duplo conteúdo ou a dupla função de, em primeiro lugar, declarar o direito existente, e, em segundo, fazer vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, diferenciando-se, nesta função específica, das demais sentenças⁴⁴⁶.

medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito". Há de se acostar à posição do autor de que essa proposta de texto legislativo era melhor do que o texto que vingou, por ser mais clara quanto ao objetivo das medidas de efetivação a serem manejadas pelo juiz: a proteção de direitos, quando violados ou na iminência de violação. Realmente, o texto final enseja discussões quanto ao que significa a expressão ordem judicial, dando margem a que executados se escudem em alegações de que não houve qualquer descumprimento de ordem judicial, para persistirem no não cumprimento da prestação devida (MINAMI, Marcos Youji. *Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/15: do processo para além da decisão*. *Op. cit.*, p. 319-321, *passim*).

⁴⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. *Op. cit.*, versão eletrônica.

⁴⁴⁵ ASSIS, Araken de. *Cabimento e adequação dos meios executórios "atípicos"*. *Op. cit.*, no prelo.

⁴⁴⁶ Vinculando a execução à sentença condenatória, com exclusão das demais, LIEBMAN explicava que a formulação expressa ou implícita da regra sancionadora concreta é o elemento de novidade produzido pela sentença condenatória, o qual torna possível a atividade dos órgãos judiciários para satisfazer coativamente o direito do credor: “A execução consiste na realização de certas medidas que em conjunto

Se antes era a sentença condenatória que preparava a atividade executiva, então era apenas ela que veiculava a ordem, abstratamente existente na lei, para o devedor cumprir sua obrigação, autorizando o uso da força executiva para fazer valer seu comando.

Esse vínculo da execução com a sentença condenatória, contudo, já havia sido rompido ainda sob a égide do CPC/73, que, por força da reforma promovida pela Lei nº 11.232 em 2005, passou a consagrar como título executivo judicial a sentença que reconhecia a obrigação, não mais a sentença condenatória, de modo a se conferir eficácia executiva a um provimento que resolvesse a crise jurídica de certeza e que revelasse, nele mesmo, todos os elementos de uma prestação exigível⁴⁴⁷.

O anteprojeto do CPC/15 manteve essa evolução quanto à abertura da via executiva, referindo-se ao padrão básico de título executivo judicial como a sentença que reconheça a existência de obrigação. Na versão final aprovada, houve um aperfeiçoamento desse padrão básico, que passa a ser a decisão que reconheça a exigibilidade, conforme disposto no art. 515, I, o que também se revelou imperativo para uma adequação com a sistematização dos pronunciamentos do juiz, já que o sistema processual passa a reconhecer, expressamente, que, no curso da relação processual, pode haver pronunciamentos com caráter definitivo/terminativo parcial.

Isso não significa, evidentemente, um rompimento com o princípio da impossibilidade de execução sem título (*nulla executio sine titulo*), elaborado precisamente para garantia da segurança jurídica. Mas é fato que a fisionomia original desse princípio, moldada de

representam a sanção pela falta de observância do direito material. Mas os órgãos incumbidos desta atividade só a podem exercer quando houver uma regra jurídica (regra sancionadora) que assim o determine. (...) A condenação representa exatamente o ato do juiz que transforma a regra sancionadora de abstrata e latente em concreta, viva, eficiente. Em outras palavras, a condenação é o ato que aplica, impõe, determina in concreto a sanção que o transgressor deverá sofrer pelo ato cometido” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. Op. cit., p. 35-36).

⁴⁴⁷ No ponto, DIDIER *et al* afirmam que sentença constitutiva (transformação de uma situação jurídica) também pode servir de título, porque a situação jurídica criada após a efetivação de um direito potestativo pode ser um direito a uma prestação. O sujeito passivo deve obedecer à nova situação jurídica, podendo haver um dever de prestar, como efeito anexo da sentença constitutiva. Exemplos: denúncia vazia que extingue uma relação locatícia – extingue o vínculo contratual, mas gera direito de rever a coisa anteriormente locada; a decisão que rescinde uma sentença já executada, que gera o efeito anexo de indenização quanto aos prejuízos causados; sentença de revisão de aluguel, que transforma um dos elementos da relação existente. (DIDIER, Fredie; *et al*. *Curso de direito processual civil: execução*. Op. cit., p. 255).

acordo com os ideais liberais, sofreu certa reformulação, em adequação à evolução das técnicas processuais ditada pelo Estado Democrático Constitucional. Ainda que se cogite da imprescindibilidade de título executivo para a atuação jurisdicional executiva, seu conceito atual encontra-se patentemente elastecido, haja vista a necessidade ditada pelo imperativo constitucional do acesso à justiça, pelo qual se busca cada vez mais a efetivação prática dos direitos⁴⁴⁸.

Ainda nesta esteira de análise evolutiva, recorde-se que o sistema processual, ainda sob a égide do Código anterior, passou por verdadeira revolução com a implantação do modelo generalizado de antecipação da tutela, fraturando em profundidade o sistema dualístico que, até então, separava por sólida barreira o processo de conhecimento e o processo de execução, e confinava cada um deles em compartimentos estanques⁴⁴⁹.

Com essa sistematização da tutela antecipada, profligou-se a vetusta compartimentalização da atividade satisfativa apenas em módulos executivos, abrindo-se espaço para a satisfação de direitos também em módulos cognitivos, implicando, de

⁴⁴⁸ Nesse sentido, tratando de como o princípio merece releitura atualmente: “O princípio da *nulla executio sine titulo*, embora originariamente pensado para garantir a segurança jurídica, abre atualmente duas possibilidades de compreensão: ou se aceita que, por ser necessária a execução na pendência do conhecimento (como demonstra inclusive a tutela antecipatória), o princípio não tem mais sustentação; ou se admite uma nova abordagem do conceito de título, o qual então passaria a ser visto como algo que não deve ser relacionado com a existência do direito, mas sim com a necessidade prática de sua realização.” (MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. Op. cit., p. 49). Na mesma linha são as reflexões expendidas por ZANETI, corroborando a ideia de relativização do dogma cristalizado no brocardo *nulla executio sine titulo* (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925*. Op. cit., p. 95 e ss). O aforisma remete à noção de que os atos executivos não poderiam ser praticados sem a prévia formação de título executivo regular e definitivamente formado. MEDINA, a propósito, afirma que a decisão que antecipa os efeitos da tutela, embora autorize a execução imediata, não é título executivo em sentido estrito, porque não configurada a situação de abstração inerente aos títulos executivos, afastando-se, nessas hipóteses, o princípio da *nulla executio sine titulo* a fim de se admitir a execução sem título, concluindo-se, por conseguinte, pela falsidade da máxima *ubi executio, ibi titulos*, já que nem toda execução teria por base um título executivo (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 135). Atualmente, ao que pensamos, o brocardo realmente só faz sentido em leitura reformulada do próprio conceito de título executivo, que deve alcançar qualquer decisão judicial que formule uma norma concreta que contenha os elementos mínimos necessários à caracterização de uma obrigação (ou dever jurídico) de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa. Tal assertiva encontra apoio no art. 515, I do CPC/15. Indo mais além, a própria lei processual reconhece a possibilidade de conferir força executiva aos efeitos de atos ou fatos processuais, como consta na parte final do art. 771, previsão que talvez permita reconhecer não apenas a relativização, mas o próprio rompimento do dogma.

⁴⁴⁹ THEODORO JR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. 24. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007, p. 37.

maneira lúdica, o que se pode dizer ser uma “*infiltração da execução no processo de conhecimento*”⁴⁵⁰ ou *relativização do binômio cognição e execução*⁴⁵¹.

É inegável, assim, que o sistema processual desvinculou o exercício da atividade executiva a um tipo de pronunciamento judicial específico, ligando-a à falta de cumprimento de uma prestação, a qual pode ser revelada em qualquer pronunciamento, ainda que não definitivo, que contenha os elementos básicos de uma relação jurídica de dever legal ou obrigacional.

Diante dessa ampla abertura do sistema processual à deflagração da atividade executiva, impende reconhecer que, em qualquer fase do processo, sempre que se fizer necessária a modificação da realidade empírica para seu ajuste à norma concreta, assim reconhecido por decisão judicial, há uma ordem para que o sujeito destinatário da decisão cumpra sua obrigação, sob pena do uso dos mecanismos executivos adequados, que podem ser típicos ou atípicos⁴⁵².

Disso resulta a ilação de que não se coaduna com o sistema processual pretender estabelecer se em tal ou qual pronunciamento do juiz há ordem judicial, para fins de se estender ou não o manto da atipicidade. Critério mais seguro e objetivo é observar se o pronunciamento judicial convoca o sujeito a cumprir uma prestação devidamente ampara em título executivo.

Como argumentos derradeiros, cumpre relembrar que o CPC/15, dando densidade infraconstitucional ao direito fundamental à tutela jurisdicional, sedimentou em seu art. 4º o direito à obtenção da solução integral do mérito e da atividade satisfativa em prazo

⁴⁵⁰ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sergio. *Curso de processo civil: Execução*. Op. cit., p. 54.

⁴⁵¹ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925*. Op. cit., p. 97 e ss.

⁴⁵² Nesse sentido, DANIEL NEVES, ao refutar o entendimento restritivo que, com base na literalidade do dispositivo legal, perfilha a interpretação de que não existe ordem do juiz nem no cumprimento de sentença que condena o réu a pagar quantia certa, nem na execução de título executivo extrajudicial, afirma que “*a ordem na verdade não consta do título executivo que permite a prática de atos executivos, e sim da decisão do juiz que especificamente determina a adoção das medidas de execução indireta. A ordem, portanto, decorre da fundamentada decisão judicial que determina ao executado o cumprimento de sua obrigação e já indica que a consequência de sua inércia será a piora em sua situação prática com a adoção da medida de execução indireta de natureza coercitiva*” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. Op. cit., versão eletrônica).

razoável, tratando-se de norma fundamental com a qual a norma do art. 139, IV apresenta indelével conexão, o que influi na imposição de interpretação que extraia o máximo de eficácia dessa cláusula geral.

Reforce-se, ainda, sua interação com as demais fontes do sistema de atipicidade (art. 297 e 536, §1º do CPC/15), as quais deixam claro que as medidas atípicas se vinculam ao objetivo de efetivação da tutela jurisdicional. Portanto, leitura restritiva quanto ao alcance da cláusula geral a partir da expressão ordem judicial, além de desalinhamento com as demais normas que moldam a atipicidade no CPC/5, exprime confronto com o propósito inerente àquela cláusula de garantir a completude e eficiência do sistema executivo.

A conclusão, portanto, é a de que a expressão *assegurar cumprimento de ordem judicial*, contida no art. 139, IV, não deve render interpretação restritiva, no sentido de limitar a incidência da cláusula a pronunciamentos judiciais específicos, à cata de exclusivo conteúdo mandamental, cabendo, ao contrário, interpretação ampla, que prestigie o manejo de medidas de efetivação para o fim de proteção de direitos.

4.1.1.2 EFICÁCIA EXECUTIVA ABSTRATA DO TÍTULO EXTRAJUDICIAL

O posicionamento de que não seria aplicável a cláusula geral de efetivação quando a atividade executiva estiver lastreada em título extrajudicial, como visto, assenta-se nos argumentos de que não seria possível extrair conteúdo mandamental da decisão que deflagra o processo executivo, de sorte que não se caracterizaria verdadeiramente ordem judicial, bem como de que não houve prévia atividade estatal para definição do direito, o que justificaria a limitação das técnicas executivas.

Além do quanto já sustentado no item anterior para refutar a utilização da expressão ordem judicial para restringir o alcance da cláusula geral, também é apropriado tratar do tema sob o ângulo da eficácia executiva do título extrajudicial.

A ideia, sinteticamente, é a de que o posicionamento restritivo representaria um tratamento diferenciado totalmente incongruente com a simetria que ambas as espécies de títulos executivos apresentam para a concretização da satisfação dos direitos.

Os títulos executivos judicial e extrajudicial possuem a mesma eficácia abstrata, ou seja, igual aptidão para permitir a deflagração da atividade executiva⁴⁵³. A diferença entre os títulos repousa em outros pontos, que não repercutem na menor ou maior força para a atuação da norma concreta⁴⁵⁴.

A autorização para a atuação da norma jurídica concreta constante do título extrajudicial o torna hábil a lastrear uma tutela executiva independente de prévia atividade cognitiva de certificação. A cognição quanto ao direito certificado no título extrajudicial é diferida, e sua eventual deflagração não influencia na maior ou menor eficácia abstrata daquele título.

É certo que título extrajudicial encerra maior vulnerabilidade, dada a amplitude horizontal de questões que podem ser deduzidas para sua infirmação (cognição plena). Contudo, esse risco quanto à sua invalidação é coberto pelo sistema processual pela atribuição de responsabilidade civil ao exequente pelos danos causados ao executado

⁴⁵³ Neste sentido, tratando da importância de não se baralhar o fenômeno da eficácia abstrata do título com sua vulnerabilidade: ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. Op. cit, p. 164. Também tivemos oportunidade de tratar da simetria entre as eficácias executivas dos títulos judicial e extrajudicial no seguinte texto: ROSADO, Marcelo da Rocha. *A multa coercitiva como instrumento para tutela das obrigações pecuniárias do CPC de 2015*. In: MAZZEI, Rodrigo; EHRHARDT Jr, Marcos (Coord). *Repercussões do novo CPC: Direito Civil*. Salvador: *Juspodivm*, 2017.

⁴⁵⁴ Como dito, a característica comum marcante dos títulos executivos judicial e extrajudicial é a idêntica eficácia executiva abstrata, é dizer, ambos são dotados do mesmo poder de invasão da esfera patrimonial do executado, para fins de execução forçada. Como diferenças, que não tangenciam essa eficácia executiva, podemos apontar três: (i) grau de vulnerabilidade e amplitude da defesa: o tratamento jurídico processual é distinto do ponto de vista da vulnerabilidade, haja vista os distintos limites na cognição em eventual impugnação a ser oposta pelo executado (amplitude do objeto impugnável), pois, em se tratando de título executivo extrajudicial, uma vez não ter havido prévio devido processo legal jurisdicional, a norma jurídica concreta nele contida fica sujeita a qualquer fundamento passível de se opor como defesa no processo de conhecimento. Há, assim, uma maior probabilidade de certeza da norma jurídica concreta contida nos títulos judiciais; (ii) necessidade ou não de iniciar a execução mediante a instauração de um processo formal e autônomo: inicialmente, o CPC/73 consagrou uma unificação procedimental quanto à execução dos títulos judicial e extrajudicial, porém, com a reforma de 2005, adotou-se um modelo sincrético para a execução judicial, que passou a dispensar a formalização de uma petição inicial, com citação, para a instauração de um processo autônomo, como ocorre com o título extrajudicial, o que foi mantido com o CPC/15; (iii) competência do juízo para processamento: via de regra, a competência é funcional no cumprimento de sentença.

por uma execução injusta (art. 776), hipótese em que as posições ativa e passiva originárias são invertidas, passando o executado ao papel de exequente e vice-versa.

O credor portador de título extrajudicial deve ter acesso aos meios executivos adequados, que podem depender de uma construção atípica pelo juiz. É no controle inicial de admissibilidade da execução⁴⁵⁵ que o juiz faz irromper o poder coativo inerente à execução, submetendo o devedor, com a citação, à função jurisdicional executiva, com todos os mecanismos de efetivação a ela inerentes. A citação do devedor, além de instaurar a relação processual, também carrega consigo ordem, não sugestão ou convite, para pagamento no prazo previsto em lei⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ É inegável reconhecer que o juiz, no juízo de admissibilidade da execução, exerce cognição, a fim de decidir se via executiva deve ser aberta ou, desde logo, estancada. Da mesma forma que se pode admitir a existência de atividade executiva no módulo preponderantemente cognitivo, o inverso também se apresenta irrefutável. O que caracteriza determinado módulo ou arco procedimental como cognitivo ou executivo é a preponderância de uma ou outra atividade jurisdicional, tendo em vista o resultado almejado. Na função executiva, segundo LEONARDO GRECO, “a atividade executória é preponderante, mas não exclusiva, enquanto a atividade cognitiva, que também se impõe, não se exerce através de uma cognição exaustiva, mas superficial e limitada à simples verificação dos pressupostos (em sentido lato) de admissibilidade da própria execução”. (GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Op. cit., p. 167). A cognição na execução se desenvolve em grau reduzido, de maneira não exaustiva, não chegando a constituir jurisdição de conhecimento. Prepondera a função executiva de atuação da norma jurídica concreta, o que, contudo, não elide a necessidade de exercício de cognição para deliberação sobre variadas questões necessárias à admissibilidade e desenvolvimento do processo executivo. Com efeito, cabe ao órgão jurisdicional verificar o preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais; conhecer, de ofício ou por provocação, questões de mérito, como pagamento, compensação ou prescrição; deliberar sobre incidentes cognitivos a respeito de questões diversas, como substituição ou alienação antecipada do bem penhorado, concurso de credores, aplicação de sanções por ato atentatório à dignidade da justiça, conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos, reconhecimento de atributo de impenhorabilidade sobre determinado bem, etc. Como explica abalizada doutrina: “Não há atividade judicial que prescindia da cognição. O que se tem de fazer é adequar o grau de cognição à tarefa que se espera ver cumprida pelo Poder Judiciário. Se se busca a certeza, a cognição tem de ser tanto mais exaustiva quanto possível; se se busca segurança, uma medida que atenuar os riscos da demora do processo, a cognição não pode ser tão exaustiva, sob pena de comprometer a própria utilidade da medida; se se pretende a execução, a cognição judicial não deve abarcar, ao menos inicialmente, questões que digam respeito à formação do título, mas, necessariamente, envolverá as questões que dizem respeito à efetivação da execução, ou seja, os pressupostos de admissibilidade e a sobrevivência da obrigação executada.” (DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: execução*. Op. cit., p. 59-60). Tratando da atividade cognitiva que o juiz exerce com o objetivo de desempenhar a atividade executiva: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. Op. cit.

⁴⁵⁶ Neste sentido: “Assim, parece-nos óbvio que, apoiado em título executivo judicial ou extrajudicial, o pronunciamento do juiz endereçado ao executado para pagamento de quantia, tanto no artigo 523, quanto no art. 829, jamais poderiam ser considerados como “despachos inofensivos”, tal como se fosse um “por favor, executado, será que, sem incomodá-lo, você poderia cooperar a pagar a quantia devida no título no prazo legal?”. Não nos parece que seja assim, ainda mais com a expressa menção do artigo 782 do CPC de que “não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá”. O imperativo da norma é claro. Não me parece que possa ser

Em reforço, além do injustificável desprestígio⁴⁵⁷ à eficácia executiva do título extrajudicial, que em nada difere, neste pormenor, do título judicial, entender haver limitação à incidência da norma geral de efetivação no âmbito da execução extrajudicial seria também ignorar a influência da parte geral do Código nos procedimentos da parte especial, desconsiderando-se que a cláusula geral de efetivação está topologicamente posicionada na estrutura do CPC/15 de maneira a irradiar seu âmbito de incidência sobre todo o sistema processual.

Por derradeiro, cumpre repisar que o sistema processual civil estatuiu regras de remissão mútua entre a disciplina normativa de efetivação da tutela provisória, de cumprimento provisório da sentença, de cumprimento definitivo de sentença e de processo de execução, promovendo verdadeira relação de intercambialidade ou de simbiose⁴⁵⁸, o que demonstra que a atividade executiva está presente em todas as situações em que se busca a realização de uma obrigação através do processo, não havendo sentido em insistir contra a claríssima opção do sistema de garantir as mesmas técnicas executivas sempre que houver o desenvolvimento da função executiva.

Com essas considerações é que entendemos deva ser expungida qualquer interpretação restritiva da expressão *ordem judicial* contida no enunciado prescritivo do art. 139, IV, sob pena de retrocesso na tutela efetiva dos direitos, em franca contramão não apenas com a sistematização da atividade executiva no CPC/15, mas também com a candente

questionado o fato de que o pronunciamento direcionado ao executado naqueles dispositivos [como regra geral em toda a execução] é uma ordem ou mandamento judicial que deve ser cumprido, sob pena de que, se não atendida a determinação, então, sobre o executado incidirão, imediatamente, todas as medidas executivas típicas e/ou as medidas executivas atípicas descritas na cláusula geral da execução prevista no artigo 139, IV do CPC.” (ABELHA, Marcelo. *O executado cafejeste II: medida coercitiva como instrumento da medida sub-rogatória*. Op. cit., versão eletrônica).

⁴⁵⁷ Uma curiosidade é que o próprio legislador, na verdade, em certo ponto, parece conferir desprestígio ao cumprimento da sentença judicial em comparação à execução do título extrajudicial. Não há qualquer sentido, neste aspecto, em se conferir, após o longo percurso da fase de conhecimento, um prazo de 15 dias para pagamento do débito previsto em sentença (art. 523), enquanto que o prazo para pagamento no processo de execução por título extrajudicial é de apenas 3 dias (art. 829).

⁴⁵⁸ Segundo ZANETI, a parte geral do CPC não é subsidiária ao processo de execução e ao cumprimento de sentença, pois é da própria essência da parte geral ser aplicável a todo o processo, garantindo unidade interpretativa e narrativa do direito processual. Ademais, as regras de remissão recíproca entre os procedimentos que congregam atividade executiva, marcando a intercambialidade referida, não conferem mera subsidiariedade (complementação das normas existentes), mas atuação supletiva (preenchendo inteiros espaços faltantes. Anota o autor, ainda, que essa intercambialidade é indicativo de que, apesar da diferença quanto à matéria objeto da impugnação (direito material), não há uma distinção ontológica entre título executivo judicial e extrajudicial, mas uma diferença circunstancial. (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925*. Op. cit., p. 100-102).

preocupação generalizada em torno do prestígio da atividade jurisdicional, para o que a ideia de *imperium* deve ser tida como inseparável da *jurisdictio*⁴⁵⁹. Entender o contrário é assumir o risco de não se lograr o acesso à justiça ao credor portador de título extrajudicial por insuficiência dos meios executivos, o que colide com os primados da completude, adequação e eficiência do sistema executivo⁴⁶⁰.

4.1.2 ABRANGÊNCIA SUBJETIVA

No aspecto da abrangência subjetiva, as medidas atípicas decorrentes da cláusula geral de efetivação podem ter como destinatário não apenas o executado, como também terceiros e o próprio exequente⁴⁶¹.

O art. 77, IV, do CPC/15 estabelece ser dever de todos aqueles que participem do processo “*cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação*”. Dessa forma, no curso do procedimento, seja na fase cognitiva ou executiva, podem ser exarados provimentos dirigidos aos sujeitos processuais ou a terceiros, exigindo-lhes certas condutas no interesse do processo. Não havendo a cooperação com a decisão judicial, é possível a imposição de medida executiva pelo juiz com o objetivo de fazer sua ordem ser cumprida. No âmbito

⁴⁵⁹ Em excelente passagem destacando a importância de os juristas compreenderem as necessidades do jurisdicionado no mundo atual, assim colocam ROGER PERROT e BARBOSA MOREIRA: “*Em nossos dias, mudou a óptica, sob a pressão, é mister dizê-lo, dos meios negociais. Para quem ganhou a causa, a sentença não é senão uma etapa, importante decerto, mas que em si nada mais representa que uma satisfação acadêmica: o que conta, para ele, é menos o dia em que se profere a sentença do que aquele em que ele recebe a soma devida. No pensamento do jurisdicionado, o imperium é inseparável da jurisdictio: constitui o complemento natural dela. Os juristas começam a tomar consciência disso; eis por que, mais que outrora, a execução das decisões judiciais - e uma execução rápida - se converte em preocupação judiciária que se integra no processo civil.*” (PERROT, Roger; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo civil francês na véspera do século XXI*. Revista de Processo, vol. 91/1998, p. 203-212, versão eletrônica).

⁴⁶⁰ Segundo MINAMI, a restrição à aplicação da cláusula geral de efetivação nas execuções fundadas em títulos extrajudiciais implica risco de não entregar a tutela devida por inexistência de procedimento adequado, o que esbarra com sua ideia de vedação ao *non factible* (MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. *Op. cit.*, p. 200).

⁴⁶¹ DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 109.

da execução, há disposição expressa nesse sentido, para fins de obtenção de documentos e dados com informações relacionadas ao objeto da execução (art. 773).

O fato de haver previsão de imposição de multa por ato atentatório à dignidade da justiça em situações de descumprimento que se enquadrem no art. 77, IV, conforme disposto em seu §2º, não afasta a utilização de mecanismos de efetivação a fim de se obter, ainda que com atraso, o comportamento ou o resultado pretendido com a decisão descumprida. A lógica que permite essa cumulação, a qual também está expressamente prevista no §2º, assenta-se nas diferentes finalidades da medida processual punitiva, como é a multa referida, e a medida processual executiva a ser manejada: a primeira visa reprimir o comportamento ilícito, a última assegurar a efetivação da decisão judicial. Assim, “*não haveria coerência normativa em pensar que essas pessoas podem ser punidas por eventual descumprimento de ordem judicial (com a multa por contempt of court, por exemplo), mas não podem ser compelidas ao cumprimento dessa mesma ordem*”⁴⁶².

Embora em hipóteses menos frequentes, o exequente também pode ser destinatário de medida executiva atípica formulada com base no art. 139, IV, especialmente quando, na dinâmica processual, passe a exercer uma situação jurídica passiva em face do executado. Alguns exemplos podem ser citados: quando o executado demande do exequente que traga aos autos determinado documento; quando, garantida a execução, o executado requeira da Fazenda Pública que exclua seu nome do cadastro de inadimplentes e promova a suspensão da exigibilidade da dívida garantida para fins de obtenção de certidão de regularidade fiscal; etc.

A propósito da Fazenda Pública, as medidas de efetivação podem alcançar não apenas o ente público, mas também os agentes públicos identificados como diretamente responsáveis pelo cumprimento da decisão judicial. Conquanto não sejam partes na demanda, enquadram-se como terceiros que devem colaborar para a consecução da tutela subjacente à decisão a ser cumprida. Nesse diapasão, embora, ao que entendamos, seja questionável a determinação de prisão civil em face de agentes públicos por

⁴⁶² DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 109.

descumprimento de ordem judicial⁴⁶³, a imposição de multa coercitiva apresenta-se como mecanismo eficiente para o desiderato de pressionar ao cumprimento, e encontra maior receptividade na doutrina⁴⁶⁴, a despeito de certa titubeação da jurisprudência⁴⁶⁵.

Deve-se advertir, por derradeiro, quanto à inviabilidade de utilização de meios de efetivação em face do representante judicial que esteja no exercício de suas atribuições, especialmente o advogado público, a quem não cabe o poder decisório para cumprimento da obrigação, mas a função de orientar e defender a parte em juízo. Por isso a importância de se identificar, com precisão, o agente responsável pelo retardo no cumprimento da ordem, caso se busque impor uma medida executiva que atinja sua esfera jurídica pessoal.

4.2 ATIPICIDADE EXECUTIVA E LIMITES PRÁTICOS E JURÍDICOS DA EXECUÇÃO

⁴⁶³ Entendendo pela possibilidade de prisão civil de agentes públicos em caso de descumprimento de obrigações de natureza alimentar, o que inclui prestações de natureza previdenciária e remuneração de servidores públicos: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 396.

⁴⁶⁴ Em sentido favorável: DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 109; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. *Op. cit.*, p. 140-141; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. *Op. cit.*, p. 449-450; MEIRELES, Edilton. *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015*. *Op. cit.*, versão eletrônica. Em sentido contrário: AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 128. CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer no novo CPC: primeiras observações*. In: DIDIER JR., Fredie (coord). *Coleção novo CPC doutrina selecionada: execução*. 2. ed., rev. e atual. Salvador: *Juspodivm*, 2016, p. 231.

⁴⁶⁵ O Superior Tribunal de Justiça tem decisões contemporâneas em sentidos opostos. A favor da cominação da multa coercitiva em face do agente público: “A cominação de astreintes pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais” (STJ, AGARESP 472.750, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 09/06/2014). Contra: “(...) o agente público não pode ser pessoalmente condenado ao pagamento de astreintes se não figurou como parte na relação processual em que imposta a cominação, sob pena de afronta ao direito constitucional de ampla defesa” (STJ, RESP 1433805, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 24/06/2014).

Conforme tratamos no capítulo inicial, vimos que os dados estatísticos sobre a execução no Poder Judiciário confirmam um quadro pouco positivo quanto ao sucesso da atividade jurisdicional que busca efetivar, na prática, direitos reconhecidos em títulos executivos judiciais e extrajudiciais.

Nada obstante, não se pode deixar de reconhecer que os números estatísticos cotejados não permitem divisar duas situações fáticas absolutamente distintas quanto ao insucesso da efetivação judicial em se tratando de obrigações pecuniárias, inclusive aquelas decorrentes do prévio insucesso de obrigações de outra natureza (com conversão em perdas danos), quais sejam: i) quando o cumprimento da decisão e a consequente satisfação da obrigação não se dão por absoluta impossibilidade fática ou jurídica no caso concreto; ii) quando a insatisfação decorre da recalcitrância ou falta de cooperação do sujeito passivo, aliada à leniência do credor ou à insuficiência dos mecanismos processuais para cumprimento forçado.

Dado o contexto econômico adverso de um país em desenvolvimento e marcado por profundas desigualdades sociais como o Brasil, seria leviandade não reconhecer que, muitas vezes, a atividade executiva redonda infrutífera por ausência de condições materiais por parte daquele que deve cumprir a obrigação⁴⁶⁶. Lembre-se, ainda, que a intromissão na esfera jurídica do sujeito passivo deve respeitar o núcleo atinente ao mínimo existencial⁴⁶⁷, que é desdobramento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, daí a razão da existência de disciplina normativa que traça limites políticos ou jurídicos para que a atividade jurisdicional executiva não atinja de maneira comprometedora aquele núcleo.

⁴⁶⁶ O que pode ocorrer mesmo nos casos não envolvendo execução universal (falência, concordata e insolvência civil) ou superendividamento no consumo, problemas para os quais, segundo ZANETI, são necessárias respostas processuais próprias, em atenção a outros interesses envolvidos, como a manutenção de empregos, a recuperação da empresa e a reabilitação do consumidor para a economia ativa (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 38).

⁴⁶⁷ O mínimo existencial, como decorrência do princípio da dignidade humana, apresenta lédima conexão com o tema de impenhorabilidades. A propósito, conferir: MAZZEI, Rodrigo Reis. MERÇON-VARGAS, Sarah. *Comentários aos arts. 832 a 869 do CPC/15. Op. cit.*, p. 1184 e ss. ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilson. *Reforma e efetividade da execução no novo CPC. Op. cit.*, p. 55.

Como aponta DINAMARCO⁴⁶⁸, e com contextualização para os dispositivos do atual Código, os limites jurídicos ou políticos integram um binômio de equilíbrio entre valores referentes à busca da satisfação integral do credor, mas sem demasiado sacrifício ao devedor. Tais limites são referentes: a) à pessoa do obrigado, que é resguardado constitucionalmente mediante o veto à prisão por dívidas, sendo também inaceitável qualquer execução, como a romana do período arcaico, que atinja o corpo do executado como forma de satisfação do exequente (execução pessoal conforme modelo da *actio per manus iniectioem*), devendo a atividade jurisdicional executiva se guiar pelo princípio da responsabilidade patrimonial e incidir sobre os bens do devedor, sem prejuízo da possibilidade de medidas de pressão volitiva destinadas a motivá-lo ao adimplemento; b) a seu patrimônio, que é relativamente protegido pela diretriz da menor onerosidade possível (art. 805 do CPC/15) e pela proibição de desfalcocar o executado do mínimo indispensável à sua existência digna, com a blindagem de certos bens contra a penhora (art. 833 do CPC/15); c) aos meios processuais empregados para a satisfação do exequente, os quais, não obstante a ampliação da superfície para medidas atípicas, devem encontrar respaldo constitucional e legal, e serem adequados para a situação concreta.

Os limites naturais ou materiais à execução são os óbices decorrentes das leis físicas, sejam referentes aos bens, sejam à vontade das pessoas. Se a coisa devida se perdeu ou se destruiu, torna-se materialmente inviável realizar a execução específica, restando a conversão da obrigação em pecúnia. De igual forma, se o obrigado, não obstante técnicas de pressão volitiva, mantém-se renitente quando ao cumprimento de obrigação de fazer, e sendo inviáveis providências que assegurem o resultado prático equivalente ou a realização do ato por terceiros, também se impõe a conversão em pecúnia. Por derradeiro, se o executado, na obrigação de pagar quantia, originária ou convertida, não tiver patrimônio apto a fazer frente à dívida, a execução será frustrada (infrutífera) por limites materiais⁴⁶⁹.

Portanto, é plenamente possível que a execução da norma concreta se defronte com a impossibilidade fática ou jurídica de modificação da realidade empírica para

⁴⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV, *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 62.

atendimento àquela norma, o que pode ocorrer por variadas razões, inclusive pela própria incúria do titular do direito na adoção antecipada das providências de cautela que o sistema oferece para resguardo de seus interesses⁴⁷⁰.

Por outro lado, também é verdade que a sociedade brasileira é marcada por uma cultura de inadimplência, não apenas de caráter involuntário, mas também voluntário. Mesmo que haja condições práticas, muitas execuções não chegam a seu desfecho típico simplesmente por oposição, velada ou não, por parte do sujeito obrigado. Trata-se dos casos em que o executado, por motivos variados (geralmente conveniência pessoal ou não aceitação da imputação que se lhe faz), não cumpre a decisão judicial, oferece resistências diversas, vale-se de expedientes escusos para furtar-se à atividade executiva, ou simplesmente dá de ombros e mantém-se completamente alheio e não-cooperativo com o processo judicial executivo⁴⁷¹. Eventual insucesso em contornar casos desse jaez pode decorrer de falha ou deficiência na aplicação dos mecanismos processuais.

Deve ficar bem assentada, portanto, a distinção entre as duas situações acima delineadas, até por refletir diretamente quando cabimento de medidas coercitivas atípicas ou mesmo típicas.

Para a primeira situação, qual seja, a de impossibilidade fática ou jurídica, ressalvados os mecanismos preventivos que possam eventualmente ser utilizados para evitar que se chegue a tal ponto, pouco se pode fazer em termos processuais para conseguir frutos na execução, restando apenas deflagrar o procedimento de insolvência civil ou, como é mais comum, aguardar o decurso do tempo até a ocorrência de prescrição. Nesses casos,

⁴⁷⁰ Frise-se, por exemplo, a possibilidade de constituir hipoteca judicial a partir da decisão que condena o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro ou que determina a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária (art. 495 do CPC/15).

⁴⁷¹ Nesse sentido, como anota MARCELO ABELHA, o devedor/executado "vê o seu patrimônio como uma extensão de sua personalidade, e, simplesmente não enxerga a possibilidade de perdê-lo para uma dívida por ele mesmo criada, mesmo já tendo sido julgada e rejulgada sua eventual defesa contra a referida execução. Sabemos que o processo é cheio de atalhos que permitem que, sob a sombra do contraditório, seja possível obstruir o caminho da satisfação do direito" (ABELHA, Marcelo. *O que fazer quando o executado é um "cafajeste"? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Disponível em: <http://m.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um-cafajeste-apreensao-de-passaporte>. Acesso em: março/2018).

não se pode falar em ineficácia do instrumento processual, pois se trata de problema do direito material⁴⁷².

Daí que, ao tratar do cabimento dos meios executórios atípicos, e não obstante suas reservas quanto à atipicidade, ARAKEN DE ASSIS reitera, de maneira pertinente e enfática, sua antiga lição quanto à necessidade de a atividade executiva guardar o respeito aos limites políticos ou jurídicos, pois “*a cabal satisfação do exequente esbarra em fronteiras aviventadas pelos direitos fundamentais processuais, previstos na CF/1988, e ao órgão judiciário não se afigura lícito ultrapassá-las*”, bem como aos limites práticos ou materiais pois “*simplesmente, há providências inexequíveis, e não é a deliberação do juiz que as torna realizáveis*”⁴⁷³.

A segunda situação, contudo, é inteiramente diversa, e engloba os casos em que há – ou pelo menos se pressupõe haver – condições materiais para cumprimento da obrigação, de sorte a abrir ensejo à utilização de mecanismos processuais para efetivação do direito. Trata-se de problema afeto à efetividade do processo, ou seja, ao direito processual.

Esse recorte do problema, com a identificação das duas situações acima delineadas, é premissa fundamental no momento de concretização da cláusula geral de execução, pois os meios executivos atípicos, tanto quanto os típicos, devem logicamente observar os limites práticos e políticos ao desenvolvimento da atividade executiva. Não há que se cogitar de insuficiência dos meios executivos quando o direito não pode ser satisfeito na

⁴⁷² Nesse sentido: “(...) não se pode reputar ineficaz uma execução que não atinja seu objetivo porque o devedor não possui acervo patrimonial penhorável suficiente para saldar a dívida. O problema, nesse caso, é de direito material, não processual. O legislador, na linha do princípio da dignidade humana, colocou a salvo parcela do patrimônio do devedor, fazendo-a inalcançável ao credor, com o objetivo de salvá-lo de si mesmo, ou seja, impedir que ele coloque a perder suas próprias condições de sobrevivência ou de sua família. Se o credor, de modo pouco cuidadoso, permitiu que a dívida ultrapassasse o limite patrimonial disponível, não há inefetividade a ser imputada ao mecanismo executivo. Essa simples premissa é suficiente para afastar a maior parte das críticas que se dirige ao processo de execução. Execução inefetiva é a que não implementa os direitos do credor por deficiência do processo, não a que deixa de fazê-lo por ausência de condições materiais” (ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilson. *Reforma e efetividade da execução no novo CPC. Op. cit.*, p. 54-55).

⁴⁷³ ASSIS, Araken de. *Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”*. *Op. cit.*, no prelo.

prática ou quando o único meio hábil a proporcionar a tutela executiva é vedado pelo sistema jurídico, situações que representam limites à execução⁴⁷⁴.

A advertência é especialmente relevante no que tange às medidas coercitivas atípicas, cuja aplicação só se revela legítima quando for possível à parte coadunar-se com a ordem imanente à decisão judicial que a convoca ao cumprimento de certa obrigação. Não faz sentido, por exemplo, aplicar uma multa coercitiva em face de devedor absolutamente desprovido de condições materiais de cumprir a obrigação principal, o que redundaria em rematada inidoneidade do meio utilizado para o fim a que se destina, que é forçar determinado comportamento.

A não observância desses limites quando da aplicação de medidas atípicas, especialmente as de caráter coercitivo, pode levar à sua descaracterização, descambando em medidas essencialmente punitivas, e, por essa característica, ilegítimas.

4.3 PROIBIÇÃO DE VIÉS PUNITIVO EM DESVIRTUAMENTO DO CARÁTER COERCITIVO: CRITÉRIOS PARA CONTROLE DA FINALIDADE DA MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA

No item 3.4.6, fizemos a distinção entre medidas executivas e medidas punitivas, e firmamos que a cláusula geral de efetivação não admite a imposição de medidas cuja finalidade seja a de punir. Trata-se de assertiva especialmente importante quando da idealização de medidas atípicas, pois estas, a despeito do *nomen juris* utilizado no caso concreto, podem acabar apresentando na prática um efeito puramente punitivo, ao invés do pretenso e adequado efeito coercitivo.

O tema em questão se revela candente à vista de críticas tecidas em face de decisões judiciais, no sentido de que estas, a pretexto de aplicarem medidas coercitivas atípicas

⁴⁷⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. Op. cit, p. 67.

com base na cláusula geral do art. 139, IV, estão impondo verdadeiras medidas punitivas⁴⁷⁵.

A dificuldade, no caso, não está em aceitar a premissa de que não pode haver essa confusão entre as medidas coercitivas e punitivas, mas, sim, nos critérios que podem ser estabelecidos para poder identificar, com a maior margem de segurança possível, uma ou outra figura nas situações concretas. Além disso, o problema não se restringe apenas às medidas coercitivas atípicas de caráter pessoal, mas também às medidas coercitivas de caráter patrimonial (*astreintes*), pois tampouco se pode aceitar a imposição de multa coercitiva para punir o devedor.

Apresentado o problema, um primeiro ponto a se ressaltar é que o caráter coercitivo ou punitivo de uma medida atípica depende da análise do caso concreto. Parece temerário atribuir qualquer qualificativo a uma medida sancionatória num campo abstrato, sem suporte em bases fáticas, ainda que hipotéticas. Mesmo figuras típicas previstas no ordenamento podem assumir uma ou outra função, conforme a situação de fato: uma prisão ou uma multa podem ter finalidade punitiva ou coercitiva, a depender do suporte fático subjacente à aplicação da medida.

Em derivação a esse ponto, não comungamos com a posição de rejeição à imposição de certas medidas porque estariam elas previstas em lei na qualidade de penas por infrações administrativas, como é o caso da suspensão de habilitação para condução de veículos⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Com referência a decisões judiciais que têm aplicado medidas restritivas de direitos pessoais, como apreensão do passaporte, proibição de ir ao estádio, apreensão da carteira de motorista, etc. como se fossem medidas coercitivas destinadas a pressionar o devedor a cumprir uma obrigação, assim é a crítica de MARCELO ABELHA: “*Em todos os julgados que eu li, absolutamente em todos, pareceu-me claro que estamos diante de uma função punitiva, e não propriamente coercitiva, onde o magistrado deixa evidente a sua irresignação com a conduta do executado cafajeste, com seu comportamento desrespeitoso com a violação do dever ético, da boa-fé e da colaboração com a justiça, fato que se encaixa como uma luva no artigo 77, IV do CPC e no artigo 774 do mesmo diploma. Trata-se de punição pela violação do dever de boa-fé e colaboração com a justiça travestida ou nominada de "medida coercitiva". É preciso reconhecer que o inehrent power do contempt of court anglo americano não é simétrico ao brasileiro*” (ABELHA, Marcelo. *O que fazer quando o executado é um “cafajeste”?* Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? *Op. cit.*).

⁴⁷⁶ Nesse sentido: “(...) a suspensão da CNH é consequência de infração administrativa regida pela legalidade estrita e só aplicável ao cabo de devido processo administrativo no bojo do qual haja sido oportunizado o contraditório e a ampla defesa à pessoa física envolvida. Não parece correto utilizar essa

Ora, a ideia de se valer de uma cláusula geral para disciplinar os poderes de efetivação do juiz é justamente dispensar a enumeração casuística das medidas executivas passíveis de adoção. Não faz sentido estabelecer uma cláusula geral para na sequência se afirmar que não há amparo legal a certa medida, porque ela é prevista em outra legislação como pena por infração administrativa. Sob a ótica do argumento em refutação, não bastaria ao legislador estipular uma cláusula geral; ele também deveria vasculhar toda a legislação pátria, para pontualmente autorizar uma ou outra medida que estivesse prevista como pena alhures. Pelo mesmo argumento, a suspensão de atividade estaria vedada como medida coercitiva atípica, porque prevista como pena específica aos poluidores (art. 14, IV da Lei nº 6.938/81). Ainda, se as *astreintes* não estivessem expressamente previstas no CPC/15, seu uso estaria vedado, porque a multa pecuniária é prevista como pena em variados diplomas normativos – conclusão assaz absurda.

Enfim, o fato de haver previsão legal específica tratando certa medida como pena não implica sua vinculação inexorável a essa finalidade punitiva, pois tal ilação é desautorizada pela cláusula geral de efetivação.

Na busca de critérios para identificar, no caso concreto, se uma medida está sendo usada para punir ou coagir, é truísmo afirmar, por se tratar de lição basilar do direito, que o nome dado à medida é de pouquíssima relevância para descortinar sua verdadeira natureza jurídica. É preciso estabelecer critérios de maior densidade que possam servir como diretrizes para tal identificação.

Da mesma forma, parece pouco produtivo buscar aquilatar o elemento anímico do juiz, mesmo diante de conduta manifestamente procrastinatória ou antiética do executado, ou controlar a licitude da medida a partir da opinião de quaisquer dos sujeitos processuais

medida assim, sem previsão legal específica, para pressionar executados a pagar” (SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de; ROCHA, Jorge Bheron. Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator shylockiano do art. 139, IV, CPC. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo). E também: “As hipóteses autorizadoras de suspensão ou cassação do direito de dirigir estão previstas tanto na Lei nº 9.503/97, quanto no Código Penal Brasileiro. Todas elas configuram penas pelo uso inadequado do direito de dirigir” (CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. Op. cit., no prelo).

(juiz, exequente e executado), pois não há como aferir racionalmente essas perspectivas⁴⁷⁷.

MINAMI, em sua tese sobre a concretização das cláusulas gerais executivas no CPC/15, sustenta que um critério seguro para identificar se a medida é punitiva ou coercitiva deve se dar pelo viés da inevitabilidade: “*Uma vez cumprindo a prestação devida, a restrição a determinado direito desaparece ou não irá incidir. A medida punitiva, por sua vez, é inevitável*”⁴⁷⁸. Segundo o autor, cumprida a prestação devida, a medida restritiva desaparecerá, o que demonstraria o enquadramento da medida na atipicidade dos meios executivos. A ideia é a de que, havendo posterior cumprimento da prestação após a atuação concreta da medida restritiva, isso significaria que a medida foi eficaz, o que confirmaria sua finalidade coercitiva. Segundo afirma, pelo aspecto da posteridade admitido na análise da adequação, a medida executiva poderia passar por um controle postergado, devendo ser revertida caso se revele equivocada em momento posterior.

Ao que nos parece, esse critério não é seguro para a finalidade proposta. Primeiro, porque é temerário aguardar a ocorrência de um fato futuro e incerto para então avaliar a natureza jurídica da medida em retrospectiva. Segundo, porque o fato de haver o cumprimento da prestação após a atuação concreta da medida restritiva não quer significar que, enquanto ela incidiu, foram produzidos efeitos estritamente coercitivos. Não há que se descartar a possibilidade de superveniente mudança das condições de fato, a permitir que o devedor supere a anterior situação invencível de inadimplemento. Tampouco se pode descartar a possibilidade de que um terceiro, compadecido com o constrangimento do devedor, venha em seu socorro.

MARCELO ABELHA, por sua vez, elenca os seguintes critérios para identificação na natureza da medida: i) o momento em que é aplicada, ii) a finalidade, iii) a justificativa, iv) a instrumentalidade, v) a razoabilidade, vi) a necessidade, vii) a correspondência,

⁴⁷⁷ MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. Op. cit., p. 194-195.

⁴⁷⁸ MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. Op. cit., p. 194-195.

viii) a referibilidade da medida com o caso concreto, ix) a duração⁴⁷⁹. Com exceção da referibilidade ou correlação, que trataremos em tópico próprio, os demais critérios podem ser acomodados na proposta a seguir apresentada.

Trilhamos a ideia de que, se a nota distintiva entre as medidas punitivas e coercitivas repousa na finalidade de cada uma, punir ou coagir, respectivamente, então há de se pensar em critérios que permitam o controle tendencialmente objetivo da finalidade da medida aplicada, o que passa pela sondagem da adequação finalística da medida processual, da sua necessidade e de sua razoabilidade.

No que se refere à adequação finalística, o controle há de ser feito a partir do exame de relação de adequação entre o meio e o fim, ou seja, se o meio é instrumento hábil a alcançar o resultado pretendido.

Para esse desiderato, entra em cena a análise da capacidade patrimonial ou financeira do devedor para adimplir a prestação. Se a finalidade da medida coercitiva é pressionar psicologicamente o devedor para vencer sua resistência em cumprir a obrigação, é preciso que a medida atípica esteja calcada em elemento concreto que demonstre que ele tenha capacidade para tanto. Afinal, se é impossível ao devedor cumprir sua prestação, não há vontade a ser vencida, e a medida coercitiva descambaria para a inidoneidade, convolvendo-se em medida punitiva, ou seja, uma medida com o fim único de castigar, sem qualquer proveito à execução.

Como dito no item 4.2, é preciso respeitar os limites práticos da execução. No manejo das medidas atípicas, admitir-se o controle a partir da posteridade, ou seja, impor a medida coercitiva sem um mínimo de segurança prévia quanto à sua eficácia, e posteriormente, de acordo com o adimplemento ou não, confirmar se a medida foi válida, é solução que pode ensejar prejuízos de difícil reparação ao executado, considerando o tempo de submissão à constrição imposta pela medida.

Nesta trilha, as medidas executivas atípicas só devem ser aplicadas no caso concreto com amparo em indícios que demonstrem a possibilidade de cumprimento voluntário da

⁴⁷⁹ ABELHA, Marcelo. *O executado cafejeste II: medida coercitiva como instrumento da medida subrogatória*. *Op. cit.*

obrigação exigida do executado. Do contrário, sendo incapazes de gerar qualquer satisfação ao direito do exequente, sua adoção serviria apenas para prejudicar o executado sem qualquer vantagem ao exequente, dando-se azo à conversão da execução em instrumento de vingança privada, em violação à cláusula da menor onerosidade (art. 805)⁴⁸⁰, como também à regra subjacente ao art. 836, no sentido de que os atos executivos não devem trazer prejuízos ao executado se não houver qualquer proveito prático ao exequente.

A demonstração da capacidade do devedor em adimplir sua prestação implica revolver matéria de fato, o que, em se tratando de obrigação de pagar, depende de elementos que permitam firmar a convicção de que, a despeito da resistência ou falta de colaboração com a execução, ele apresenta situação patrimonial suficiente ao pagamento ou um estilo de vida incompatível com a imagem de devedor desprovido de recursos⁴⁸¹. Trata-se de ônus probatório a cargo do exequente, pois é ele que deve demonstrar o fato que justifique a imposição da medida executiva em seu favor.

Note-se, contudo, que, em algumas situações processuais, esse ônus já pode ter sido suportado e superado pela parte credora, pois fatos provados em anterior fase de conhecimento (ação criminal, ação de improbidade administrativa, etc.), que demonstrem situação de enriquecimento patrimonial sem causa, podem servir de amparo àquela convicção, imputando-se ao devedor o ônus de comprovar o correspondente fato contrário extintivo da pretensão de imposição de medida coercitiva, ou seja, a dissipação do patrimônio acrescido.

⁴⁸⁰ Neste sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. Op. cit., versão eletrônica.

⁴⁸¹ Como é o caso do chamado “*executado cafajeste*”, na expressão cunhada por MARCELO ABELHA (ABELHA, Marcelo. *O que fazer quando o executado é um “cafajeste”?* *Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Op. cit.), ou do “*devedor ostentação*”, na expressão de THIAGO RODOVALHO (RODOVALHO, Thiago. *O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC art. 139 inc. IV (atipicidade dos meios executivos)*. Op. cit., no prelo). Na mesma linha do quanto se defende neste trabalho, DANIEL NEVES afirma que a aplicação das medidas executivas atípicas é subordinada à possibilidade de a obrigação de pagar quantia ser cumprida, pois se trata de “*medida para ser aplicada no devedor que não paga porque não quer e que por ter blindado seu patrimônio torna ineficaz a forma típica de execução (penhora-expropriação)*. Não é, portanto, medida a ser aplicável ao devedor que não paga porque não tem meios para tanto” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 1075-1076).

Ainda sob o enfoque da adequação finalística, urge também seja feito o controle a partir do momento da escolha e da duração da medida executiva. Sabe-se que as técnicas coercitivas, por natureza, têm a tendência de perdurar no tempo, na medida suficiente para exercer a pressão sobre o sujeito passivo. As medidas coercitivas, contudo, são precárias, e sua duração não pode ser ilimitada⁴⁸². Após certo tempo a ser aferido em cada caso concreto, constatando-se que a medida não surtiu o efeito necessário, desnuda-se sua inadequação para o fim perseguido, devendo ela ser suprimida e alterada por outra. Persistir numa medida coercitiva que não alcançou seu efeito é punir o devedor, sem qualquer proveito para a efetivação do direito do credor.

Além da capacidade do devedor, outro critério a ser observado é o da necessidade da medida. Para tanto, há de se verificar se, guardada igual eficiência, há outro meio menos gravoso em relação aos direitos envolvidos, considerando no cotejo não apenas a esfera jurídica do executado, mas também a do exequente, a partir do direito fundamental à tutela executiva e do direito que está à base no crédito. Trata-se de orientação que espelha o princípio da menor onerosidade, o qual demanda o exame dos meios mais eficazes ao exequente para, dentre estes, escolher a medida menos gravosa.

Dessa forma, é indicativo relativamente seguro da ocorrência de viés punitivo quando uma medida é manejada em detrimento de outros meios que se apresentem no caso concreto com potencial de melhor eficiência. Se o objetivo da execução por quantia certa é arrecadar dinheiro, um dos meios com esse maior potencial é a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, que é pouco custoso (meio eletrônico), é de resposta rápida e, em logrando sucesso, permite queimar várias etapas do longo procedimento expropriatório, indo direto para a fase final de satisfação do crédito. A

⁴⁸² “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” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. Op. cit., versão eletrônica).

utilização de medidas coercitivas atípica em execuções individuais⁴⁸³ antes de se testar a efetividade da chamada penhora *on-line* no caso concreto pode descambar para um viés punitivo.

Mesmo uma medida coercitiva típica pode ser desnaturada em medida punitiva. Basta pensar na inclusão ou manutenção do nome do executado em cadastros de inadimplentes, após este ter oferecido à penhora bem de razoável liquidez e de valor suficiente para cobrir a dívida (art. 782, §§ 3º e 4º, do CPC/15).

O interessante desse critério é que também se reclama do executado que, ao questionar a onerosidade da medida, apresente outra solução igualmente ou mais eficaz e menos onerosa, na esteira da orientação o art. 805, parágrafo único. Não basta, assim, alegar que a medida é desnecessária; é preciso também indicar outros meios que possam alcançar o mesmo objetivo.

Por fim, ainda que demonstrada a capacidade do executado e a necessidade da medida, há que se observar se o meio atípico escolhido não impõe excessiva restrição à esfera jurídica do devedor, causando um desequilíbrio entre o fim perseguido (o direito fundamental do exequente à tutela executiva) e o meio utilizado (construção que repercute em prejuízo a direito fundamental do executado).

Num exemplo, ainda que se admita a suspensão da CNH como medida coercitiva atípica, caso o executado demonstre que tem na condução de automóveis sua fonte de subsistência (motorista profissional) ou que, em razão da localização de sua residência, o único meio viável para se deslocar ao trabalho é através de automóvel, a medida deve soçobrar, porque não é razoável impedi-lo de desempenhar sua atividade laboral⁴⁸⁴, em restrição que repercutiria não apenas em sua própria manutenção (prejuízo ao mínimo

⁴⁸³ Em execuções de obrigações de pagar no âmbito da tutela coletiva, a penhora de bens para expropriação pode não ser o caminho mais eficiente para efetivação do direito, como tratado no item 4.11.

⁴⁸⁴ Nesse sentido, e também recordando que a vedação de medidas executivas que restrinjam ou até impeçam o devedor de trabalhar não é tema novo, conforme três antigas Súmulas editadas pelo STF (Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo; Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos; Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais): NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC. Op. cit.*, versão eletrônica.

existencial), mas também que o afastaria ainda mais da possibilidade de composição da dívida⁴⁸⁵.

De igual forma, caso admitida, em tese, a medida de suspensão de passaporte como meio coercitivo, seria insubsistente sua aplicação caso ficasse comprovado que, transbordando à ordinária finalidade turística, o executado dependa de viajar ao exterior por motivo de trabalho, de relacionamento familiar (visitar parentes próximos) ou para tratamento de saúde, porque tal medida coercitiva, no caso concreto, implicaria restrição excessiva, muito além do que ocorreria na generalidade dos casos.

Pela mesma razão de desequilíbrio, medidas que provoquem sofrimento físico ou mental, ou que submetam o devedor a situações vexatórias pelo simples fato de sua condição de inadimplência, são medidas que ultrapassam a mera finalidade coercitiva e agregam fator punitivo, não podendo, assim, ser admitidas⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. *Op. cit.*, n. 10.2, p. 271.

⁴⁸⁶ Como exemplo de medida vexatória que não poderia ser admitida, DANIEL NEVES menciona a inviabilidade de se determinar que banda de música com camisetas com a foto do devedor o persiga cantarolando cantigas relacionando-o à obrigação inadimplida (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, *Op. cit.*, p. 1075). Em outro texto tratando do tema (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. *Op. cit.*, versão eletrônica), o citado autor, embora rejeite a possibilidade de impedir o morador inadimplente com o condomínio de usar serviços essenciais relacionados à normal fruição de sua unidade (p. ex., o uso de elevador para ir e vir), entende legítimo como forma de pressão psicológica impedir esse condômino de se aproveitar das áreas comuns destinadas ao lazer. O próprio autor ressalva a existência de entendimento jurisprudencial em sentido contrário do STJ, o qual reputa que o direito do condômino ao uso das partes comuns não decorre da situação de adimplência das cotas condominiais, mas, sim, do fato de que, por lei, a unidade imobiliária abrange a correspondente fração ideal de todas as partes comuns, de sorte a ter concluído o Tribunal que impedir o uso das áreas de lazer como mecanismo de pressão para pagamento fugiria aos ditames do princípio da dignidade humana (STJ, REsp 1.564.030/MG, 3a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJe 19/08/2016). De nossa parte, uma vez ultrapassada positivamente a análise quanto à capacidade de o condômino devedor adimplir a dívida, é legítimo, como meio coercitivo, impedi-lo de acessar itens de lazer do condomínio, não havendo que se cogitar de mecanismo vexatório. Parece bizantino, na verdade, que se dê tamanha proteção ao condômino que, mesmo tendo capacidade de pagar a dívida com o condomínio, persista na inadimplência e, simultaneamente, na utilização da área de lazer, gerando aumento de custos ao condomínio (desgaste dos equipamentos ou incremento de despesas com limpeza, energia elétrica etc) sem a contrapartida convencionada. Situação que não é incomum é a do condômino que, embora inadimplente, promove uma reforma de vulto em sua unidade, em verdadeiro financiamento compulsório patrocinado pelos demais moradores. A partir desse exemplo é possível mostrar como certos dogmas podem levar à total frustração do mandamento processual de que o processo deve ser eficiente, conforme trataremos no item 4.5.

Como já deve ter sido percebido a esta altura, os critérios apresentados nada mais são que desdobramentos da regra da proporcionalidade, com enquadramento nas três sub-regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A medida atípica só pode ser considerada adequada se ela, num aspecto instrumental, puder contribuir para fomentar o objetivo pretendido, qual seja, o cumprimento da prestação. Trata-se de regra que apresenta relação justamente com a análise da capacidade patrimonial do devedor e com o controle da duração da medida pelo tempo necessário a que surta o efeito pretendido.

Para atendimento da regra da necessidade, cumpre observar a exigibilidade do meio escolhido, verificando-se se há outras opções que sejam hábeis para promover o mesmo fim almejado com igual ou maior eficiência ao exequente e com a menor restrição ao executado, de acordo com o art. 805 do CPC/15.

Por derradeiro, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, a medida deve ser equilibrada, considerando o sacrifício imposto ao executado e o polo de interesses do exequente, composto pelo direito fundamental à tutela executiva e pelo direito que está na origem do crédito.

Evidentemente, não se tem a pretensão de estabelecer critérios infalíveis, mas traçar critérios que tragam maior segurança na tarefa de se divisar se uma medida atípica apresenta conotação verdadeiramente coercitiva ou se, de revés, trata-se de uma medida punitiva travestida de coercitiva.

Em fechamento, não se ignora a imprescindibilidade de que a decisão que imponha uma medida atípica esteja escorada em fundamentação suficiente e em contraditório útil, como método imprescindível para a segurança jurídica na atipicidade. Mas esses elementos não são exatamente critérios para discernir a finalidade da medida, mas pressupostos para que se possa encetar tal empreitada, sem os quais a própria decisão carece de legitimidade.

4.4 DESNECESSIDADE DE CORRELAÇÃO (REFERIBILIDADE) ENTRE A MEDIDA ATÍPICA E A PRESTAÇÃO DEVIDA

Em mais uma delicada divergência da doutrina que tem se debruçado sobre as medidas executivas atípicas, debate-se sobre a necessidade de a medida guardar ou não correlação com a prestação devida.

Há autores que sustentam que deva haver uma correlação intrínseca entre a técnica executiva indireta escolhida e a o objeto da execução, a fim de se conferir legitimidade à restrição imposta⁴⁸⁷. Confira-se, a propósito, a seguinte exemplificação de meios executivos atípicos, com base na ideia de correlação:

Ilustrativamente, não efetuado o pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito, e superados os expedientes tradicionais de adimplemento (penhora de dinheiro e bens), seria lícito o estabelecimento da medida coercitiva/indutiva de suspensão do direito a conduzir veículo automotor até pagamento do débito (inclusive com apreensão da CNH do devedor); não efetuado pagamento de verbas salariais devidas a funcionários da empresa, possível o estabelecimento de vedação à contratação de novos funcionários até que seja saldada a dívida; não efetuado o pagamento de financiamento bancário na forma e no prazo avençados, possível, até que se tenha a quitação, que se obstem novos financiamentos, ou mesmo a participação do devedor em licitações (como de ordinário já acontece com pessoas jurídicas em débito tributário com o Poder Público); etc.⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ ASSIS, Araken de. *Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”*. *Op. cit.*, no prelo; ABELHA, Marcelo. *O executado cafejeste II: medida coercitiva como instrumento da medida subrogatória*. *Op. cit.*; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo; VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. *Atipicidade dos meios executivos: da discricionariedade à violação de preceitos garantidores do estado democrático de direito*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo; ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. *A utilização da prisão civil como meio executório atípico*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. *Op. cit.*

⁴⁸⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. *Op. cit.*

Este trabalho, contudo, alinha-se à posição contrária⁴⁸⁹. Embora a correlação possa ser conveniente para facilitar a suplantação do teste da razoabilidade da medida, entende-se não se tratar de critério imprescindível para conferir validade à medida indireta atípica.

Um primeiro aspecto a ser destacado em prol da linha de entendimento adotada diz respeito à constatação de que o sistema processual admite o manejo de medidas coercitivas típicas sem qualquer preocupação com a correlação com o direito a ser tutelado. De fato, não há correlação direta entre a privação de verbas alimentares sofrida pelo credor de alimentos e a medida coercitiva de privação de liberdade imposta em desfavor do devedor, da mesma forma como não é preciso buscar qualquer referibilidade entre a imposição de multa coercitiva, que sedimenta uma obrigação de pagar em desfavor do executado, e a obrigação de fazer ou de não fazer por este descumprida⁴⁹⁰.

Nessa esteira, e à míngua de disposição legal que trace a exigência dessa correlação, não há razão para impedir que as medidas executivas atípicas espelhem essa mesma lógica das medidas típicas, a fim de se idealizarem, na concretização da cláusula geral de atipicidade executiva, figuras análogas ao campo delimitado pelos tipos.

⁴⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. Op. cit., versão eletrônica. MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. Op. cit., p. 54 e 192.

⁴⁹⁰ Neste sentido: “Voltando ao tema da necessária correlação entre a espécie de obrigação exequenda e a medida executiva de coerção atípica, entendo-a inadequada. Não que não seja possível ocorrer no caso concreto, mas daí a concluir-se pela sua indispensabilidade não parece correto, inclusive contrariando tradicional medida típica de coerção pessoal na obrigação de pagar quantia certa. Na dívida de pagar que tenha como objeto os alimentos genuínos, é cabível a prisão civil como forma de coerção, nos termos do art. 528, § 3.º e 911, parágrafo único, ambos do Novo CPC. Como se pode notar, não há qualquer correlação entre a dívida de pagar alimentos e a prisão civil, tratando-se apenas de medida enérgica para concretamente pressionar o devedor a cumprir sua obrigação. O mesmo se diga, e nessa hipótese de forma ainda mais evidente, da absoluta ausência de correlação entre as astreintes e as obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa. Trata-se de mais uma medida coercitiva típica que não guarda qualquer correlação com a obrigação exequenda, sendo, inclusive, medida que, sendo ineficaz no caso concreto, criará em favor da parte que por ela seria beneficiada um novo direito, de natureza distinta do exequendo: de uma obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa se chega a uma obrigação de pagar quantia certa. Não havendo a referida correlação em medidas típicas de coerção, ainda que, no caso da prisão civil, de aplicação consideravelmente restritiva, não parece razoável ou adequado exigi-la para a aplicação de medidas coercitivas atípicas previstas no art. 139, IV, do Novo CPC” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. Op. cit., versão eletrônica).

Igualmente, é essencial sublinhar que, à luz do repertório teórico da regra da proporcionalidade, a adequação de um meio está ligada à sua aptidão para alcançar o fim desejado. Assim, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para a realização do objetivo almejado. Disso resulta que o meio adequado não necessariamente é aquele que guarda uma correlação direta com o objetivo⁴⁹¹.

Neste sentido, vale reportar ao item 2.1.4, quando descortinamos, à luz de embasamento doutrinário, que, na análise da adequação dos meios na regra da proporcionalidade, a correspondência entre meios e fim assenta-se na compatibilidade lógica-fática, bastando observar, para aferir a adequação, se o meio é empiricamente apto a promover o fim almejado.

A exigência de correlação pode implicar distinção de tratamento a exequentes de difícil sustentação. Num exemplo citado por linha doutrinária que defende a correlação, seria possível impor a apreensão da CNH como instrumento de coerção no caso de uma ação que tenha o propósito de compelir o comprador de um automóvel a pagar a integralidade do preço do veículo ao vendedor, *“porque há correlação entre a medida de apoio e a obrigação que se busca fazer cumprir”*⁴⁹². Contudo, um exequente titular de crédito de natureza alimentar não decorrente de relação de família (alimentos indenizativos, verba salarial etc) não teria esse meio executivo à sua disposição, o que parece um contrassenso se comparados os direitos em jogo.

Da mesma forma, pelo entendimento ora refutado, numa execução de alimentos legítimos (relação de parentesco ou de casamento ou de união estável), seria possível uma medida coercitiva mais drástica sem qualquer correlação, apenas por ser medida

⁴⁹¹ “Seria possível restringir um direito específico de um devedor de quantia com o objetivo de fazê-lo realizar o pagamento, mesmo que não exista, em tese, relação direta entre a restrição desse direito e a realização de pagamento. Apenas para pontuar o afirmado, um exemplo será colocado. Se se sabe que uma pessoa costuma viajar a turismo, restringir essas viagens como forma de pressão psicológica para que ele realize um pagamento devido seria uma possibilidade, mesmo que, em tese, não exista relação entre viajar e realizar o pagamento. A adequação exige uma relação empírica entre meio e fim” (MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. Op. cit., p. 54 e 192).

⁴⁹² CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado*. Op. cit., no prelo.

típica (prisão civil), mas não seria admissível uma medida atípica menos gravosa, como a suspensão da carteira de habilitação, à míngua de correlação.

Nessa ordem de ideias, o estabelecimento da correlação ou referibilidade como critério insuperável para legitimar medidas coercitivas atípicas não contribui para a formatação de um sistema executivo que prestigie a salutar tendência em direção à completude e eficiência para a consecução do resultado pretendido pela execução.

4.5 APLICAÇÃO IMEDIATA OU SUBSIDIÁRIA DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Conforme pesquisa empreendida, o caráter subsidiário das medidas executivas atípicas nas execuções para pagamento de quantia tem sido amplamente referendado no âmbito da doutrina⁴⁹³. A subsidiariedade, nesta trilha, significa que o uso de meios atípicos não pode ocorrer de maneira direta ou imediata, mas apenas quando as medidas típicas tiverem se mostrado incapazes de satisfazer o direito do exequente.

⁴⁹³ DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 106; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. *Op. cit.*, p. 1076; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 110; GRECO, Leonardo. *Coações indiretas na execução pecuniária*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo; TALAMINI, Eduardo. *Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência, nas diferentes modalidades de execução*. *Op. cit.*, no prelo; RODOVALHO, Thiago. *O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC art. 139 inc. IV (atipicidade dos meios executivos)*. *Op. cit.*, no prelo; VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. *Atipicidade dos meios executivos: da discricionariedade à violação de preceitos garantidores do estado democrático de direito*. *Op. cit.*, no prelo; EXPÓSITO, Gabriela; LEVITA, Sara Imbassahy. *A (im)possibilidade de suspensão de CNH como medida executiva atípica*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *As novas tendências da atuação judicial*. *Op. cit.*, no prelo; FERREIRA, Gabriela Macedo. *Poder geral de efetivação: em defesa da constitucionalidade da técnica de execução dos direitos do art. 139, IV do Código de Processo Civil*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo; ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. *A utilização da prisão civil como meio executório atípico*. *Op. cit.*, no prelo; CAETANO, Marcelo Miranda. *A atipicidade dos meios executivos – coadjuvante com ares de estrela principal – o art. 139, IV, CPC e o resguardo ao escopo social do processo*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

De maneira geral, os trabalhos citam o enunciado 12 do FPPC⁴⁹⁴, destacando-se que não se mostra razoável simplesmente ignorar as medidas típicas quando da definição dos atos executórios. Assim, rigorosamente, deve-se primeiro verificar a inexistência de bens capazes de suportar a atividade executiva para realizar a expropriação (art. 824 do CPC/15), para só então encetar medidas atípicas. Em uma síntese: se o meio sub-rogatório legalmente previsto é apto a alcançar a satisfação do exequente, não caberia a imposição de medidas atípicas.

Nossa proposta é fazer um contraponto a essa visão de subsidiariedade, tendo como suporte algumas manifestações doutrinárias de dissenso, e trazer algumas reflexões voltadas a demonstrar que, embora a subsidiariedade possa ser admitida como orientação para a maioria dos casos, há ressalvas suficientes para infirmar a pretensa conotação de regra geral absoluta e, assim, afirmar que o sistema processual brasileiro admite, sim, a imposição direta de medidas atípicas na execução de obrigações de pagar, independentemente do prévio esgotamento das medidas típicas.

Em amparo à tese sustentada, serão desenvolvidos quatro pontos de inflexão. Antes, contudo, convém uma análise crítica dos dois argumentos normalmente esgrimidos em favor da aplicação subsidiária dos meios atípicos.

O principal argumento que alicerça a subsidiariedade dos meios atípicos nas execuções de obrigações de pagar repousa no seguinte raciocínio: se é verdade que o CPC/15 estendeu a possibilidade de atipicidade executiva para as obrigações pecuniárias, também é verdade que o Código disciplinou um procedimento que prestigia a tipicidade, prevendo e organizando um rito procedimental com atos de penhora, depósito, avaliação, expropriação, satisfação do crédito, enfim, todos os atos e medidas típicas necessárias a promover a execução por expropriação, o que deve ser buscado antes de deflagrar medidas executivas não previstas no procedimento. Neste sentido, e por todos:

⁴⁹⁴ Enunciado 12 do FPPC: “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”.

Do concerto entre os comandos normativos extrai-se que a execução para efetivação das prestações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro é, como regra, *atípica*; a *atipicidade* na execução por quantia é, no entanto, subsidiária. (...)

Isso se revela com alguma clareza quando se constata que o CPC cuidou de, em mais de 100 artigos, pormenorizar o procedimento da execução por quantia certa, numa clara opção pela *tipicidade prima facie*.

O detalhamento legal da execução por quantia é resultado de séculos de consolidação de regras compreendidas como inerentes ao devido processo legal, desde aquelas que impedem a penhora de certos bens, passando por aquela que impõe a convocação pública de interessados à aquisição de bem penhorado⁴⁹⁵.

O raciocínio não é infenso a críticas. Como ponto de consenso, é verdadeiro que não há nenhuma enunciação normativa explícita quanto à subsidiariedade, seja para impô-la ou dispensá-la. Para uma ou outra posição a respeito do tema, depende-se de interpretação integrada do sistema processual.

Por outro lado, parece difícil imaginar que, houvesse o art. 139, IV do CPC autorizado expressamente a aplicação direta de medidas atípicas na execução de obrigações pecuniárias, todo aquele regramento detalhado e exaustivo do procedimento expropriatório iria desvanecer, sob a pecha de despiciendo. Realmente, trata-se de procedimento complexo, que envolve uma série de atos processuais, o que demanda uma padronização para orientar os operadores sobre quais são os bens que podem ser penhorados e como se deve dar o devido processo legal para sua expropriação forçada. Como já mencionado (item 2.5), o tipo pode exercer função de orientação e simplificação. Sem a tipicidade, haveria prejuízo à segurança jurídica quanto ao complexo itinerário executivo voltado à penhora e expropriação.

Portanto, a pormenorização do procedimento expropriatório, indicando-se os meios típicos para sua realização, antes de significar que os meios atípicos dependem do exaurimento daqueles, pode simplesmente representar a opção legítima do legislador de atender à evidente necessidade de trazer uma coesão e segurança jurídica a um procedimento complexo, inclusive aproveitando-se de regras já consolidadas ao longo da experiência processual histórica.

⁴⁹⁵ DIDIER JR., Fredie *et al.* Curso de direito processual civil: execução. *Op. cit.*, p. 106.

Aliás, embora inesperado em razão de sua conhecida posição em relação aos meios atípicos, mas compreensível diante do vigor de sua produção científica, o maior crítico à atipicidade dos meios executivos também apresenta fulminante crítica a essa interpretação quanto à subsidiariedade, ao se referir a certas medidas atípicas que vem sendo cogitadas e aplicadas:

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 arroladas⁴⁹⁶.

Outro argumento em favor da subsidiariedade absoluta, que talvez até esteja na base do anterior, repousa no receio de se conferir um perigoso poder discricionário ao órgão julgador, em verdadeira carta branca que o autorizaria a buscar a satisfação do direito exequendo de maneira arbitrária. Ou seja, temor pela insegurança jurídica.

Como já afirmamos ao longo do trabalho, a segurança jurídica não está inexoravelmente ligada à aplicação de modelos legais pré-estabelecidos, podendo ser alcançada a partir de outro método. Em se tratando de cláusula geral a ser concretizada no processo, o método assenta-se no contraditório útil, na fundamentação adequada e na observância das demais normas que dialogam com a cláusula geral.

Isso quer dizer que, mesmo que a subsidiariedade fosse expressamente dispensada pelo CPC/15, não poderia o juiz eximir-se de buscar uma execução equilibrada, com respeito à proporcionalidade, à eficiência, à dignidade da pessoa humana, ao contraditório, ao dever de fundamentação, enfim, a todos os valores que permeiam o sistema processual e que são de observância cogente.

Não faz sentido buscar refrear o potencial da cláusula geral executiva sob o receio do cometimento de arbitrariedades, em desprestígio à interpretação de que a norma em questão, na verdade, impõe ao juiz o dever de adoção das medidas necessárias, adequadas e eficientes à promoção prática de direitos, por influência imediata do direito

⁴⁹⁶ ASSIS, Araken de. *Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”*. *Op. cit.*, no prelo.

fundamental à tutela jurisdicional executiva, sem obviamente dispensar o resguardo àqueles valores.

Pela linha de argumentação sob crítica, a subsidiariedade, na verdade, acaba se prestando a um indisfarçável papel de escudo contra a atuação judicial desalinhada com os valores subjacentes às normas constitucionais e às normas gerais do sistema processual. O mais adequado, a nosso ver, é traçar parâmetros sobre o modo como a atipicidade pode ser utilizada com respeito aos direitos de ambos os polos de interesses em conflito e com segurança jurídica, controlando-se eventual arbitrariedade a partir daquelas normas, não varrer o problema para baixo da subsidiariedade.

De mais a mais, não há justificativa plausível para se defender o caráter subsidiário dos meios atípicos nas execuções de obrigações de pagar quantia, sob esse argumento da necessidade de evitar abrir margem ao arbítrio, quando não há maiores resistências à aceitação desse “risco” nas execuções das demais modalidades de obrigações⁴⁹⁷. Isso não levaria a outra conclusão senão a de que os credores dessas obrigações de outra natureza podem ter à sua disposição os meios executivos mais eficientes à tutela satisfativa do seu direito; os credores de obrigações pecuniárias, contudo, devem se contentar com o meio executivo típico que chegue ao resultado, ainda que este meio seja menos eficiente que outros meios atípicos que poderiam ser manejados⁴⁹⁸. Não há como cancelar tal conclusão.

⁴⁹⁷ Quem aponta essa incoerência é: VITORELLI, Edilson. *Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

⁴⁹⁸ Esse tratamento de desprestígio às obrigações pecuniárias encontra forte eco na doutrina. *Didier et al*, por exemplo, admitem a prisão civil como medida atípica para a efetivação de direitos sem conteúdo patrimonial subjacentes a obrigações ou deveres de fazer ou de não fazer, mas não admitem medidas executivas atípicas menos gravosas para obrigações de pagar, como a suspensão da CNH e do passaporte, sequer a multa coercitiva, não demonstrando qualquer consideração com o direito que está na origem do crédito. Admitem, também, a aplicação direta de medidas executivas atípicas para forçar o executado ao cumprimento do dever processual de indicação de bens penhoráveis na execução por quantia certa, embora para essa situação de descumprimento da obrigação de fazer acessória o sistema processual preveja tipicamente as diligências de busca de patrimônio pelo oficial de justiça (DIDIER JR., *Freddie et al. Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 115-131, *passim*). Em crítica a esse tratamento diferenciado por parte da doutrina de maneira geral, assim pontua DANIEL NEVES: “*Afirmar que o art. 139, IV, do Novo CPC, não é dispositivo capaz de permitir que a medida executiva coercitiva restrinja direitos do devedor da obrigação pecuniária e permitir tal ocorrência na execução das demais espécies de obrigação, inclusive porque previstas expressamente em lei, é criar odiosa e inconstitucional*”

Tecidas essas considerações, é chegado o momento de apresentar e desenvolver os pontos que sustentam a assertiva de que o sistema processual brasileiro admite a imposição direta de medidas atípicas na execução de obrigações de pagar, independentemente do prévio esgotamento das medidas típicas. A ordem de abordagem seguirá uma possível linha de progressiva resistência à adoção direta de meios executivos atípicos.

O primeiro ponto reside na abertura do sistema ao autorregramento processual, de modo a ser permitida a flexibilização convencional do procedimento através de negócios jurídicos processuais entabulados pelas partes com arrimo no art. 190 do CPC/15. Assim, e em tese, nada impede que as próprias partes convençionem medidas executivas atípicas a serem adotadas como primeira opção, em detrimento do procedimento típico, contanto que não se estabeleçam medidas coercitivas proibidas por lei, tampouco se adentre nos lindes das medidas punitivas, interferindo nos poderes-deveres do juiz de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 139, III, CPC/15).

Recorde-se, no pormenor, que a execução por quantia certa, ao menos na maioria dos casos, é regida pela disponibilidade dos direitos, o que abre ambiente à celebração de negócios processuais, cabendo aos interessados avaliar os riscos de convencionar uma medida executiva atípica não apenas sob o enfoque do ônus de a ela eventualmente se submeter, mas também sob a ótica da responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uma execução injusta (art. 776 do CPC/15).

A ideia ora apresentada, na verdade, foi objeto de reflexão por parte de linha doutrinária que sustenta o caráter subsidiário das medidas atípicas, com base nos dois argumentos anteriormente mencionados e refutados, consistentes na necessidade de observar o procedimento típico delineado pelo legislador, e de evitar abrir margem a arbitrariedades pelo julgador⁴⁹⁹. Logo se vê que o suposto caráter cogente do

distinção de tutela jurisdicional do exequente de ter seu direito satisfeito a depender da espécie de obrigação exequenda” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC. Op. cit.*, versão eletrônica).

⁴⁹⁹ DIDIER JR., *Fredie et al. Curso de direito processual civil: execução. Op. cit.*, p. 136-138. Os citados autores, inclusive, firmam a seguinte diretriz: “*admite-se negócio jurídico processual em que se aceite,*

procedimento executivo típico perde certa força quando se encontra uma forma de preservar as partes contra incursões promovidas pelo órgão julgador, o que demonstra, como pontuamos acima, que a subsidiariedade tem como principal móvel de defesa limitar os poderes-deveres do juiz a fim de resguardar a segurança jurídica.

Ainda neste mesmo contexto de valorização da manifestação de vontade, também se revela possível que o próprio executado, após o prazo de pagamento e para evitar as medidas de expropriação, indique meios que possam satisfazer o direito com a menor onerosidade para seu patrimônio, colaborando, assim, para a idealização de uma medida atípica que possa atender de maneira satisfatória aos interesses de ambas as partes⁵⁰⁰.

Neste sentido, e sem descurar da necessidade de preservar a eficácia em favor do exequente, vedar o uso direto de meios executivos atípicos indicados pelo executado, numa visão fechada que não vai além do roteiro a ser cumprido, é laborar de maneira frontal contra o art. 805 do CPC/15, que trata da cláusula geral da menor onerosidade ou da eficiência executiva.

Essa hipótese difere da negociação processual, a qual depende da convergência de vontades. No método proposto, parte-se da vontade manifestada unilateralmente pelo executado com indicação de um meio executivo atípico para ser usado diretamente, e,

previamente, o uso de medidas executivas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão". MINAMI, em seu trabalho acadêmico, adere a essa diretriz (MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015. Op. cit.*, p. 175). No mesmo sentido: CARREIRA, Guilher Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama. *Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. Op. cit.*, no prelo. O enunciado 19 do FPPC admite a negociação processual sobre medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogoratórias ou indutivas, embora não trate da aplicação direta ou subsidiária: “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-rogoratórias 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”.

⁵⁰⁰ Essa proposta foi sugerida na banca de qualificação desta pesquisa, em debate com os professores RODRIGO MAZZEI (orientador), MARCELO ABELHA e TIAGO GONÇALVES.

evidentemente, abre-se oportunidade de manifestação por parte do exequente, que pode ou não aderir ao meio indicado. Em não havendo concordância pelo exequente, a qual, por força da colaboração, deve ser fundamentada (o exequente deve dizer por que o meio proposto não lhe atende), caberá ao juiz decidir se acata ou não o meio executivo atípico, à luz da orientação encartada no art. 805 do CPC/15, inclusive aferindo eventual abuso de direito por parte do exequente.

A primeira conclusão, portanto, é a de que é possível o uso de medidas atípicas como técnicas executivas principais, e não subsidiárias, para efetivação de obrigações pecuniárias, seja com base em prévia aceitação das partes interessadas através de manifestações de vontade entabuladas em negócio jurídico processual, ou com base em manifestação de vontade do executado que, sem prejuízo aos interesses do exequente, atenda ao postulado da menor onerosidade.

Para desenvolver o segundo ponto, recorde-se que o procedimento para cumprimento de sentença envolvendo obrigação de prestar alimentos, em disciplina extensível à execução de título extrajudicial tratando de prestação da mesma natureza (art. 911, parágrafo único, do CPC/15), estabelece quatro medidas executivas típicas para satisfação do crédito, a saber: i) o protesto do pronunciamento judicial (art. 528, §1º, do CPC/15); ii) a prisão civil (art. 528, §3º, do CPC/2015); iii) o desconto em folha de pagamento (art. 529 do CPC/15); e d) a expropriação de bens eventualmente localizados em nome do devedor (art. 528, §8º, do CPC/15). Neste arranjo de medidas típicas, a medida coercitiva da prisão civil é priorizada em detrimento do meio expropriatório baseado na penhora de bens, relativamente ao débito alimentar que compreende três prestações imediatas.

Com base nisso, há posição doutrinária que, com razão, sustenta que, à míngua de referência à subsidiariedade no texto normativo, não há motivo para obstar na execução de alimentos “*a utilização das medidas atípicas de forma ordinária, e não subsidiária,*

*inclusive, cumuladas (solidárias) com outras medidas tipicamente previstas na legislação, ampliando assim, a possibilidade de satisfação do crédito inadimplido”*⁵⁰¹.

De fato, se o sistema processual admite uma medida coercitiva drástica como a prisão civil, não faz sentido exigir o esgotamento desse meio típico para depois encetar medidas atípicas menos restritivas à esfera jurídica do devedor de alimentos.

E nem se diga que a adoção de providências executivas atípicas seria prejudicial ao credor, infringindo a condição para estabelecimento de meios menos onerosos ao devedor prevista na cláusula geral do art. 805. A medida mais gravosa não é necessariamente a mais eficiente. Bem ao contrário, uma medida executiva pode imprimir uma constrição tão impactante na esfera jurídica do devedor, que prejudique sua própria eficiência. É o caso da privação absoluta da liberdade do devedor que desempenhe atividades laborais autônomas e que, por isso, tenha fontes de renda variáveis e instáveis. Sua prisão pode dificultar a obtenção dos recursos financeiros necessários à satisfação da dívida, afastando ainda mais o credor da satisfação de seu crédito.

Já há, inclusive, posicionamentos jurisprudenciais recentes admitindo medidas coercitivas atípicas em caráter imediato nas execuções de prestação alimentar, justamente em reverência à cláusula geral da menor onerosidade⁵⁰². Aliás, mesmo quem sustenta que as medidas executivas atípicas nas execuções de obrigações de pagar devem ter caráter exclusivamente patrimonial (item 4.7) abre concessão à necessidade de reflexão sobre a possibilidade de emprego de medidas atípicas de natureza pessoal quando a obrigação envolve prestação de alimentos, precisamente pelo fato de sua execução admitir prisão civil⁵⁰³.

⁵⁰¹ PEREIRA, Rafael Caselli. *Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial, sob a perspectiva da atipicidade dos meios executivos (art. 139, inciso IV – CPC/2015) – uma proposta de sistematização*. Op. cit., no prelo.

⁵⁰² Conforme tratado no capítulo 5, em análise a decisões judiciais envolvendo a aplicação do art. 139, IV, do CPC/15.

⁵⁰³ “Talvez seja possível o emprego de medidas atípicas de natureza não patrimonial no cumprimento da decisão judicial que reconhece a exigibilidade da obrigação de prestar alimentos, onde até mesmo a prisão civil do devedor pode ser admitida. Este, porém, é ponto sobre o qual aqui não se faz qualquer consideração, já que precisaria ser mais bem desenvolvido em outra sede, fazendo-se neste ponto, apenas, uma provocação à reflexão” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da patrimonialidade da*

Além disso, como já referido (item 3.4.5.2), raciocínio semelhante pode ser construído em face do devedor depositário infiel, pois, não obstante o bloqueio supralegal da prisão civil, há superfície constitucional para se trabalhar com outras medidas coercitivas atípicas menos incisivas que aquela.

Nessa senda, firma-se, como segunda conclusão parcial, que é admissível, à luz do sistema processual brasileiro, o emprego direto de medidas executivas atípicas para efetivação de obrigações de pagar envolvendo prestações alimentícias, bem como de obrigações afetas ao depositário infiel.

O terceiro ponto parte da constatação essencial de que o modelo padrão de penhora-expropriação, para satisfação de obrigações de pagar, é um procedimento complexo que envolve uma série de atos encadeados, sendo o principal deles a penhora de bens, que é uma medida executiva típica preparatória para a expropriação, sem a qual o próprio andamento da execução fica prejudicado (art. 921, III).

O sucesso do procedimento expropriatório, então, depende da localização de bens penhoráveis. Para tanto, o sistema processual impõe ao executado, dentre outros deveres processuais decorrentes do postulado da colaboração, os deveres de não dificultar ou embarçar a realização da penhora e, mais importante ainda, o de indicar quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora (art. 774, III e V), se ao exequente não for possível esta indicação por desconhecer o patrimônio penhorável (art. 798, II, c). Esses deveres de fazer e de não fazer são instrumentais ou acessórios à execução, porque não estão relacionados diretamente à satisfação da obrigação de pagar quantia, mas à medida sub-rogatória de expropriação pela qual se almeja esta satisfação.

Para o caso de descumprimento desses deveres por parte do executado, o sistema processual estabelece duas medidas típicas: i) uma medida aplicando sanção punitiva, consistente em multa por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 774, parágrafo único); ii) uma medida sub-rogatória acessória, consistente em substituição da conduta do executado pela atividade de busca de bens a ser realizada por oficial de justiça (arts.

execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.; Coordenadores: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: JusPodivm, 2018, nota 15, no prelo).

782, 829, §1º, 830 e 836, §1º) ou pela atividade do próprio juiz, através de pesquisa em sistemas eletrônicos, se tal providência já não tiver sido tentada anteriormente.

Nesse contexto, o sistema processual deve estar instrumentalizado com mecanismos que permitam compelir o executado a cumprir seu dever processual de indicação de bens penhoráveis, mesmo depois de já aplicada a medida punitiva, e independentemente da possibilidade de substituição de seu comportamento, o que, em geral, ressalvada a pesquisa em sistemas eletrônicos, traz ônus excessivo ao Estado ou ao exequente, com chances incertas de sucesso. Frise-se que as diligências de busca de bens (medida sub-rogatória acessória) servem ao interesse do exequente, não tendo a finalidade de trazer comodidade ao executado, eximindo-o de seus deveres processuais, os quais urgem sejam cumpridos ainda que tardiamente.

Há de se reconhecer, portanto, a possibilidade de aplicação de uma medida coercitiva atípica, como a multa diária, de maneira direta ou em concomitância às diligências de busca de bens, com a finalidade de incrementar a expropriação forçada. A medida coercitiva se revela apropriada como técnica útil para tirar da inércia o executado omissor, que permanece alheio à execução, ou para pressionar o executado que se vale de expedientes refinados para ocultar seu patrimônio.

Não há razão para não atrair o repertório dogmático e normativo atinente à atipicidade na efetivação das obrigações de fazer e de não fazer em prol dos deveres processuais de mesma natureza impostos ao executado na execução de obrigações pecuniárias. Trata-se de ilação defendida por MARCELO LIMA GUERRA já na sistemática processual do CPC/73⁵⁰⁴, que encontra eco em manifestações doutrinárias já com enfoque no art. 139, IV do Código atual, as quais inclusive sustentam a possibilidade de aplicação direta ou conjunta, não meramente subsidiária, das medidas executivas atípicas, neste propósito de forçar o executado, ou mesmo terceiros, a cumprir seus deveres processuais nas execuções por quantia certa⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. *Op. cit.*, p. 187; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. *Op. cit.*, p. 152.

⁵⁰⁵ Neste sentido, tratando da possibilidade de usar uma medida coercitiva atípica, em caráter imediato, como instrumento da medida sub-rogatória, pois “o artigo 139, IV não se limita a prever medidas

Essa solução, a nosso ver, permite acomodar na execução o ainda pouco prestigiado princípio da eficiência processual, que orienta no sentido de que, na relação entre meios e resultados, o processo deve buscar obter os melhores resultados com os meios de menor custo, assim entendidos os meios de menor gasto possível de tempo e de esforço. A forma mais eficiente de dar cabo da tarefa de encontrar bens penhoráveis é justamente pressionando quem está submetido à responsabilidade patrimonial, ou seja, o executado, que deverá indicá-los ou comprovar satisfatoriamente sua inexistência, conforme o dever processual que lhe toca.

Com tais considerações, a terceira conclusão parcial é a de que é admissível o emprego de medidas executivas atípicas, diretamente ou em cumulação às providências típicas⁵⁰⁶, para pressionar o executado a cumprir deveres processuais instrumentais voltados à implementação da medida sub-rogatória de expropriação na execução por quantia certa.

O último ponto certamente é o mais sensível. Trata-se do uso de meios executivos atípicos em caráter imediato e visando diretamente a satisfação do crédito à margem do procedimento padrão da penhora-expropriação – fora da hipótese de obrigação alimentar. É uma possibilidade a ser ainda amadurecida pela doutrina, mas, ao que entendemos, é uma solução que o sistema processual comporta, consoante razões adiante.

O raciocínio parte da premissa de que “*o processo hoje deve deixar de ser pensado como ready-to-wear ou one size fits all para o made to measure, não somente na adaptação para as demandas individuais de grande complexidade, mas também para as*

coercitivas ou sub-rogatórias que levem diretamente ao cumprimento da obrigação, mas permite que sejam utilizadas como instrumento, como uma ferramenta para a incidência de uma outra medida sub-rogatória”: ABELHA, Marcelo. *O executado cafajeste II: medida coercitiva como instrumento da medida sub-rogatória*. *Op. cit.*, versão eletrônica. Em igual sentido, e a despeito de defenderem a subsidiariedade dos meios atípicos de execução: “*as medidas executivas atípicas podem ser utilizadas diretamente, e não subsidiariamente, na execução por quantia, para forçar o executado ou o terceiro a cumprir os seus deveres processuais*” (DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 125).

⁵⁰⁶ No sentido da possibilidade de cumulação dos meios típicos com os atípicos: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual da Execução Civil*. *Op. cit.*, p. 62. No sentido da possibilidade de cumulação de meios executivos atípicos: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. *Op. cit.*, versão eletrônica

*demandas de massa*⁵⁰⁷. O que se pretende aqui dizer é que o procedimento da penhora-expropriação é o modelo típico idealizado para atender de maneira geral as obrigações de pagar, mas isso não quer significar, em absoluto, que ele seja o melhor método, muito menos o mais eficiente, pois, para servir como um modelo padrão, deve tratar todas as crises de cooperação de maneira igual, sem atenção às especificidades do direito material envolvido ou às peculiaridades do caso concreto.

Para a maioria dos casos em que o devedor é solvente, o procedimento de penhora-expropriação pode trazer resultados satisfatórios ao exequente. Note-se, contudo, que, justamente por não ser o mais eficiente, esse modelo é colocado em segundo plano na execução de prestações alimentícias, a qual pode se valer de mecanismo coercitivo voltado a forçar o pagamento direto pelo próprio executado, acelerando a satisfação do crédito⁵⁰⁸. Da mesma forma, há situações em que o procedimento típico previsto em lei pode até alcançar o resultado satisfativo, mas evidentemente não é o mais eficiente para tanto.

Nessa ordem de considerações, parece certo afirmar que o procedimento previsto em abstrato não atende necessariamente ao princípio da eficiência encartado no art. 8º do CPC/15. Não há qualquer lógica em extrair a inferência de que, por se tratar de um modelo previsto em lei, o procedimento de penhora-expropriação atende a todos os casos com a máxima eficiência possível sempre. Se há outra forma executiva mais eficiente, esta deve ser prestigiada, porque assim determina o próprio sistema processual.

Algumas situações podem ilustrar esse ponto de vista a respeito da ineficiência do procedimento típico.

⁵⁰⁷ Tomamos de empréstimo a premissa em metáfora usada por Zaneti para falar de *design* de litígios (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 91).

⁵⁰⁸ O uso imediato de mecanismos coercitivos para uma maior eficiência na satisfação do direito de crédito, deixando a penhora e expropriação num patamar secundário, não é algo de todo estranho. Além do método tradicional da prisão civil para obrigações alimentares, vale registrar que nos Estados Unidos, através do “Fixing America’s Surface Transportation Act - FAST Act”, aprovado no final de 2015, permitiu-se à agência de receita federal americana proceder extrajudicialmente à suspensão ou limitação do passaporte em detrimento do indivíduo devedor de débito fiscal apurado em valor superior a 50 mil dólares, como medida coercitiva para forçar a regularização das pendências fiscais. O texto normativo, em língua original, pode ser extraído do seguinte sítio governamental americano: [http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=\(title:26%20section:7345%20edition:prelim](http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=(title:26%20section:7345%20edition:prelim).

Uma delas repousa nos casos em que há evidências de que o devedor tem plenas condições de pagar de imediato a sua dívida, mas se recusa a fazê-lo sem justificativa plausível. O procedimento de penhora-expropriação acaba sendo uma forma de o devedor contumaz persistir em protelar no cumprimento de sua obrigação, trazendo ônus excessivo não apenas ao credor, como também ao Estado, considerando o custo (tempo e recursos) para processamento da execução.

Num exemplo, pense-se no caso do condômino proprietário de apartamento de luxo que, não obstante esteja inadimplente com os débitos condominiais, apresente evidências retumbantes de saúde financeira (reforma de vulto no apartamento, festas requintadas na área social, troca de veículos etc), mantendo um estilo de vida de alto padrão às custas dos demais condôminos. Promove-se, então, a execução de título extrajudicial (art. 784, VIII) e, em pesquisas eletrônicas, não se encontram dinheiro em aplicações financeiras ou veículos (bens de maior liquidez) em seu nome, para rápida alienação. Resta, então, a solução de afastar o manto da impenhorabilidade do bem de família e penhorar a unidade imobiliária (art. 3º, IV, Lei nº 8.009/90) para levar à alienação judicial. Contudo, por se tratar de bem de valor elevado, talvez não se consiga, em curto prazo, alcançar esse objetivo, que pode ser ainda mais retardado com expedientes protelatórios do executado. Depois de longa tramitação, com o processo encaminhando-se à solução expropriatória, o executado, antes da concretização da alienação com a lavratura do auto de arrematação, exerce seu direito à remição, fazendo o que já poderia ter feito desde o início, ou seja, pagando a dívida (art. 826).

No exemplo, não há dúvidas de que o processo chegou ao resultado satisfativo. Mas, numa pergunta retórica, esse processo foi eficiente? Não apenas foi ineficiente, como acobertou verdadeiro exercício abusivo de direito, pois o procedimento padrão não é moldado em abstrato para tratar adequadamente desta situação. Trata-se de hipótese que, em nosso sentir, acomoda com tranquilidade o uso direto de medidas coercitivas atípicas para forçar o pagamento célere, colocando-se o procedimento expropriatório em segundo plano⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ Em sentido próximo, assim é o entendimento de MEDINA: “*Pense-se, p. ex., na hipótese em que o executado ostente elevado padrão de vida e, mesmo assim, não indique bens penhoráveis, em execução*”

Em casos como o exposto, se as circunstâncias demonstram que o devedor tem condições para tanto, a técnica coercitiva pode ser usada para acelerar a satisfação do crédito, convencendo o executado ser melhor cumprir a obrigação do título a se submeter aos atos coercitivos e, depois, ainda, ao procedimento expropriatório. O fato de haver bem penhorável não deve servir de barreira intransponível à adoção de outros meios mais eficientes. Anote-se que o próprio sistema processual reconhece essa necessidade de calibragem do meio executivo, ao admitir que, sendo o bem penhorável de difícil alienação, a execução deva tomar outro rumo mais eficiente para o recebimento do crédito (arts. 866 e 867).

Outras hipóteses, já mencionadas ao tratarmos da demonstração de capacidade financeira do devedor (item 4.3), são aquelas em que já está suficientemente comprovado o fato do enriquecimento sem causa do devedor, como em casos de ação criminal, de improbidade administrativa ou de outras ações civis. Não é sustentável chegar na fase executiva de ressarcimento e ignorar os fatos já comprovados, tratando o demandado como um devedor comum. É claro que o devedor pode ter dissipado o patrimônio obtido ilicitamente, mas há situações em que é difícil imaginar a dissipação total do volume desviado. De toda forma, é ônus do devedor, nestes casos, justificar comprovadamente eventual dissipação do patrimônio, para confrontar o fato já demonstrado na fase anterior pelo exequente.

para o recebimento de dinheiro fundada em título executivo extrajudicial. Seria possível, nesse caso, o uso de medidas executivas atípicas? (...) Na hipótese, parece-nos que o uso de medidas coercitivas como a multa periódica poderia justificar-se. Seria possível pensar, também, no uso de medidas como a indisponibilidade de bens e direitos (cf. art. 185-A do CTN, Lei 5.172/1966, na redação da LC 118/2005), ou em casos mais extremos, até mesmo a intervenção judicial na empresa poderá ter lugar (cf. art. 102 e ss da Lei 12.529/2011). Tais medidas, segundo pensamos, são autorizadas pelo art. 139, IV do CPC/2015” (MEDINA, José Miguel Garcia. Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro. Op. cit., p. 300).

A despeito de sua posição contrária à utilização de técnicas executivas atípicas em execuções baseadas em título extrajudiciais, MARINONI defende a possibilidade de aplicação direta da multa coercitiva em cumprimento de sentença que reconhece obrigação de pagar, ainda que seja possível alguma forma de execução por sub-rogação. Nesse sentido, explica o autor que: *“Todos sabem que, na lógica do sistema processual vigente, não há vantagem no pagamento imediato da condenação. Se o condenado tem ciência de que a satisfação do crédito declarado na sentença demora para ser efetivada, prefere esperar que o lesado suporte o tempo e o custo da execução por expropriação. Ora, como é pouco mais que óbvio, o simples fato de o infrator poder trabalhar com o dinheiro durante o tempo de demora – que não é pequeno – da execução por expropriação somente pode lhe trazer benefício, com igual prejuízo ao lesado”.* (MARINONI, Luiz Guilherme. A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro. Versão eletrônica. Op. cit.).

Em outra visada, talvez seja no plano do sistema de tutela coletiva que as medidas executivas atípicas para adimplemento do crédito encontrem maior viço. Com efeito, a adequação do procedimento a partir do art. 139, IV do CPC/15 pode permitir caminhos executivos mais eficientes que o procedimento típico, em valorização ao direito objeto da tutela coletiva. São variadas as situações que podem ser pensadas, dando-se preferência a medidas executivas atípicas a serem aplicadas em caráter imediato, de forma a relegar ao procedimento típico uma função subsidiária.

Neste sentido, e sobre a premissa de que a relevância do direito material é critério suficiente para permitir a aceleração do procedimento para satisfação do crédito, ZANETI sustenta ser indevido tratar uma obrigação de pagar quantia certa que decorre do descumprimento de um termo de ajustamento de conduta ambiental da mesma maneira que uma dívida contraída em uma relação comercial.

Dessa forma, considerando, por exemplo, que uma multa ambiental firmada em termo de ajustamento de conduta tem uma importante função na tutela do bem jurídico ambiental como bem jurídico autônomo, afirma o autor que, na execução do título executivo extrajudicial formado para a tutela do bem coletivo, é possível, já na citação para pagamento e mediante requerimento do exequente, advertir-se o executado de que, não realizado o pagamento no prazo legal, “*poderá incidir astreintes por dia de atraso como forma de aceleração ao pagamento, independentemente de prosseguir o procedimento de penhora e expropriação*”⁵¹⁰. Trata-se de solução que parte da correta e inegável constatação de que o procedimento típico não é o mais adequado e eficiente para a tutela do direito em jogo.

Outra situação diz respeito à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos que gerem obrigações de pagar em favor de centenas ou milhares de credores individuais. É imperativo pensar-se em soluções mais eficientes que evitem a “*judicialização a varejo*” de execuções multitudinárias, as quais não apenas oneram em demasia o serviço judiciário, como também dificultam a efetiva reparação dos danos sofridos pelos

⁵¹⁰ ZANETI JR, Hermes. *O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento e a partir do caso concreto*. Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.; Coordenadores: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

prejudicados, ainda que não se venha a trilhar a via da penhora-expropriação nas múltiplas execuções individuais.

Na hipótese aventada, em se tratando de devedor de notória solvência, um caminho mais eficiente e condizente com o que se espera de uma tutela coletiva, à margem de execuções multitudinárias calcadas no modelo individual credor-devedor, consiste em imputar a esse devedor o dever de identificar os beneficiários e pagá-los diretamente, sem intermediação do judiciário, inclusive valendo-se de canal a ser estabelecido ou já existente entre as duas partes, em decorrência de relação contratual ou institucional⁵¹¹. Esse dever pode ser imputado com arrimo no art. 139, IV do CPC/15, e reforçado com medidas coercitivas atípicas, como a multa diária.

Pense-se, ainda, nos casos de ações coletivas que, a partir de lesões individuais, reconhece direito de crédito em favor de uma classe cujos membros individuais são de difícil identificação, sendo mais eficiente buscar técnicas atípicas que visem satisfazer esse crédito através de vantagem financeira a ser fruída diretamente pela mesma classe prejudicada pelos danos reconhecidos na demanda, sem a intermediação pouco eficiente do fundo coletivo⁵¹².

Enfim, como conclusão derradeira, voltando à premissa de que o direito fundamental à tutela executiva imprime deveres não apenas ao legislador para adequação em abstrato do instrumento processual, mas também ao juiz para calibrar a adequação nas situações concretas, é de se refutar o dogma de que as medidas executivas atípicas não podem ser aplicadas de imediato nas execuções de obrigações de pagar, até por se tratar de concepção que conspira frontalmente contra o princípio da eficiência processual, especialmente quando resta patente que o procedimento executivo típico não atende da melhor maneira o direito subjacente ao crédito em execução.

⁵¹¹ Como abordado adiante no item 4.11.2, bancos podem valer-se do canal estabelecido contratualmente com os credores para depósito dos valores devidos diretamente em suas contas, tal como decidido no REsp 767.741-PR. Igualmente, e em se tratando de valores que não ultrapassam a alçada do precatório, uma entidade pública, como o INSS, pode se valer da via administrativa normal para pagamento mensal dos benefícios previdenciários para creditar valores devidos aos segurados em decorrência de direito reconhecido em ação coletiva, tal como solução ajustada em consenso no acordo firmado no âmbito da Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP. Se a solução não fosse acordada, há de se refletir se tal caminho poderia ser construído como meio de efetivação com base na cláusula geral executiva.

⁵¹² Como abordado adiante no item 4.11.1.

Perfilhados esses quatro pontos de inflexão que dão suporte à tese de que o sistema processual brasileiro comporta o uso imediato, e não meramente subsidiário, de medidas executivas atípicas em obrigações de pagar quantia, inclusive visando diretamente a satisfação do crédito, uma advertência final se faz necessária.

Não se quer defender que a cláusula de efetivação do art. 139, IV, do CPC/15, que consagra a atipicidade executiva nas obrigações de pagar, autorize que se descarte prévia e abstratamente o procedimento típico previsto em lei, como se outorgasse um juízo de discricionariedade quanto à utilização dos meios típicos ou atípicos. Ou seja, não se propõe neste trabalho que haja uma total inversão do que ocorre de ordinário, passando-se a adotar ampla e genericamente medidas executivas atípicas em caráter imediato, pois isso realmente daria margens à temida arbitrariedade judicial, como argumentam os defensores da subsidiariedade dos meios atípicos.

O uso direto de medidas executivas atípicas é possível, mas não deve ser banalizado. Sua aplicação depende de um método para resguardo da segurança jurídica: decisão judicial legitimada pelo contraditório e uma fundamentação alicerçada em elementos concretos, que pondere todos os valores fundamentais em conflito⁵¹³, e que leve em consideração, como é inerente à técnica da cláusula geral, os precedentes que dão concretude à cláusula nas diversas situações de crise de cooperação envolvendo o direito de crédito.

4.6 DESNECESSIDADE DE COGNIÇÃO COMPLETA, EXAURIENTE E DEFINITIVA PARA PERFILHAR A ATIPICIDADE EXECUTIVA

⁵¹³ “Evidente que o art. 139, inciso IV, do CPC, não pode protagonizar o juiz, de forma que lhe dê carta branca para arbitrariedades, com a sua utilização de maneira indiscriminada, restringindo direitos individuais amparados pela Carta Maior, contrariando lei ou princípios do Direito. Deverá haver um equilíbrio/proporcionalidade/razoabilidade entre a medida proposta e o alcance desejado, preservando valores processuais como a efetividade, a menor onerosidade do devedor, o interesse do credor, a boa-fé objetiva, a cooperação dos sujeitos no processo, eficiência, entre outros” (VASCONCELOS, Luiz Carlos Souza. *A jurisdição sob o prisma da tutela efetiva dos direitos e sua relação com a atipicidade dos meios executivos*. Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.; Coordenadores: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo).

Tratando dos critérios para estabelecimento de medidas executivas atípicas, MEDINA sustenta que a intensidade⁵¹⁴ dessas medidas deve ser aferida caso a caso, levando-se em consideração dois parâmetros: a importância do bem jurídico a ser tutelado e a qualidade da cognição judicial realizada. Para efeito da qualidade da cognição, o autor refere que devem ser levados em consideração os diversos matizes e escalas com que pode ser distinguida a cognição judicial (completa/parcial, exauriente/sumária, definitiva/não definitiva).

Assim, segundo MEDINA, o manejo de medidas atípicas mais intensas, mesmo supletivamente, depende de ter havido “*cognição completa, exauriente e definitiva sobre a existência do direito do exequente*”, o que, em regra “*é obtido em execução de sentença transitada em julgado*”, podendo-se suceder, também, “*em execução fundada em título extrajudicial, se opostos e rejeitados embargos do executado*”⁵¹⁵.

A importância do bem jurídico, de fato, deve ser sopesada quando da idealização de medidas executivas atípicas. Por outro lado, reputamos que a possibilidade de medidas atípicas não depende da estabilidade do direito, a ser alcançada a partir de cognição exauriente e definitiva⁵¹⁶.

Como anotado anteriormente (item 4.1.1.2), a eficácia executiva abstrata do título executivo extrajudicial confere a seu portador tanto direito à prestação quanto aquele detentor de um título executivo judicial, o que implica dizer que o grau de intensidade das medidas executivas a serem empregadas pelo juiz independe do grau de estabilidade do título executivo. O risco decorrente da maior vulnerabilidade do título extrajudicial é coberto pelo sistema processual pelo mecanismo da responsabilidade civil imposta ao exequente pelos danos causados por uma execução injusta (art. 776).

⁵¹⁴ Para o autor, intensidade abrange tanto a dimensão dos bens jurídicos atingidos (p. ex., liberdade, patrimônio etc.) quanto a profundidade dos atos executivos a serem realizados (p. ex., se alcançam ou não a alienação de bens, a entrega de dinheiro etc.).

⁵¹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. Op. cit., p. 297 e 300.

⁵¹⁶ Também entendendo que a opção levantada por MEDINA não é subsistente: MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. Op. cit., p. 200.

Ademais, condicionar a atipicidade na execução de título extrajudicial à prévia oposição e rejeição dos embargos, para fins de satisfazer a hipotética necessidade de assegurar a qualidade da cognição sobre o direito em execução, é premissa que tem potencial de entrar em confronto com a ideia de calibrar os meios executivos e acelerar o procedimento para satisfação do crédito de acordo com a importância do bem jurídico, o que seria patentemente prejudicial em situações em que a relevância do direito material já estivesse estampada no título executivo extrajudicial, como no caso de um termo de ajustamento de conduta tratando de bem jurídico ambiental.

Por outro lado, ao passo em que rejeitamos a orientação referida, havemos de reconhecer que a qualidade da execução, conquanto não seja determinante, pode ser útil para o estabelecimento de medidas executivas atípicas. Isso porque a fase de cognição, inclusive no módulo aberto pelos embargos à execução de título extrajudicial, pode revelar fatos diferenciados acerca da origem do crédito ou da situação patrimonial do devedor, os quais podem servir de embasamento para a imposição imediata de medidas atípicas na execução, bem como para definir quais medidas são mais adequadas e eficientes.

Num rápido exemplo já mencionado, se ficou comprovado na fase de conhecimento que o título tem origem em enriquecimento sem justa causa do executado, esse fato pode ser levado em consideração para o juízo de convencimento acerca das condições patrimoniais do executado e de sua capacidade para suportar o crédito em execução, de modo a permitir a imposição de multa coercitiva para forçar o pagamento de pronto ou, ao menos, pressionar à revelação do patrimônio obtido a partir daquele enriquecimento.

Portanto, a invocação da cláusula geral do art. 139, IV do CPC/15 para adentrar na seara da atipicidade executiva não depende de atividade de cognição a respeito da certeza do direito encartado no título executivo extrajudicial, não se podendo estabelecer tratamento diferenciado entre uma execução não embargada e uma execução com embargos já julgados para fins de fixar os meios executivos que podem ser adotados, ainda que o processo de conhecimento possa eventualmente ser útil para extração de fatos que auxiliem na concretização da cláusula geral.

4.7 MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS ABRANGIDAS PELA CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA: MEDIDAS PATRIMONIAIS OU PESSOAIS

Ponto a ser investigado diz respeito a se a cláusula geral executiva admite a imposição de medidas executivas coercitivas atípicas de conteúdo patrimonial ou de conteúdo pessoal, considerando a dimensão dos bens jurídicos atingidos. Para tanto, e como premissa necessária, urge traçar algumas linhas a respeito do princípio da patrimonialidade na execução, a fim de se distinguir entre medidas executivas de cunho pessoal como meio para obtenção do resultado satisfativo, e medidas dessa natureza como fim satisfativo em si mesmo.

O primitivo direito romano adotava o sistema da *legis actio per manus iniunctionem* (ou *manus injectio*), o qual permitia ao credor lançar mão da própria pessoa do devedor, escravizando-o, vendendo-o ou tirando-lhe a vida, como forma de pagamento da dívida não adimplida⁵¹⁷. Tal sistema prestigiava a satisfação da execução a partir de uma vingança privada, servindo as medidas executivas pessoais como o próprio resultado satisfativo.

Em evolução humanizadora durante seu desenvolvimento histórico, a execução forçada abandonou esse sistema, passando-se a proibir que o corpo do devedor responda por suas dívidas, e buscando-se a satisfação do credor exclusivamente no patrimônio do devedor. Nos sistemas processuais modernos, essa tendência humanizadora se faz ainda

⁵¹⁷ “(...) aquele que confessa dívida perante magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado á presença do magistrado. Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim quiser o credor. O devedor preso viverá às suas custas, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério. Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao comitium, onde se proclamará em altas vozes o valor da dívida. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre” (Lei das XII Tábuas, Tábua III, n. 4-9).

mais intensa a partir de limites à própria incursão patrimonial, com o fim de preservar um mínimo de dignidade ao devedor e à sua família⁵¹⁸.

Nesta esteira, a execução deixou de ser pessoal e passou a ser real, é dizer, o enfoque da execução deixou de ser a pessoa do devedor e se deslocou para seu acervo patrimonial, sedimentando o chamado princípio da patrimonialidade. Com isso, foi desenvolvida a fórmula básica da responsabilidade patrimonial, insculpida na regra de que o patrimônio do devedor é a garantia de seus devedores⁵¹⁹, ou, como consta no texto legal do sistema brasileiro, “*o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei*” (art. 789 do CPC/15).

Portanto, e encampando antiga tradição, a responsabilidade pela satisfação das dívidas na execução civil dos títulos judiciais ou extrajudiciais no sistema do CPC/15 é sempre patrimonial, nunca pessoal.

Com essas considerações, cumpre expor que, não obstante a regra da responsabilidade patrimonial, há linha doutrinária que reconhece haver no direito brasileiro resquícios da execução pessoal ou relativização do princípio da patrimonialidade, em razão de técnicas de execução indireta que incidem sobre a pessoa do executado, com o fim de pressioná-lo a cumprir sua prestação⁵²⁰. A mais evidente medida coercitiva que atua sobre a pessoa do devedor é a prisão civil para pagamento de prestação alimentícia, mas o sistema processual também prevê outras técnicas dessa natureza, como o protesto de sentença (art. 517 do CPC/15) e a inclusão do executado em cadastro de inadimplentes (art. 782, §3º do CPC/15), as quais trazem restrições pessoais ao devedor.

Nada obstante, essa linha doutrinária não deixa, evidentemente, de reconhecer que a aplicação dessas medidas executivas coercitivas não significa que o corpo ou a esfera de

⁵¹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral. Op. cit.*, p. 111; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. Op. cit.*, p. 1063-1064.

⁵¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV, Op. cit.*, p. 351.

⁵²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral. Op. cit.*, p. 111; ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil. Op. cit.*, p. 73; DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: execução. Op. cit.*, p. 69-70.

liberdade do devedor passe a responder por suas dívidas, tratando-se apenas de meios de pressão psicológica para o cumprimento da obrigação.

Em outras palavras, essas medidas coercitivas são usadas nas execuções de obrigações de pagar como instrumentos voltados ao fim de efetivar a responsabilidade patrimonial do executado, de forma a poder se afirmar que, na “*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*”⁵²¹. Neste contexto, não há sequer que cogitar de afronta às balizas axiológicas da humanização das execuções jurisdicionais, plasmadas no princípio da patrimonialidade, uma vez que não se pretende compensar o crédito devido com um período de constrição da liberdade ou de outro direito, pois utilizada a medida coercitiva e não atingido seu desiderato, o executado continua tão devedor quanto antes⁵²². Por isso, não se confundem, em absoluto, com as formas de satisfação da dívida do antigo sistema da *manus injectio*, que se compraziam com o suplício pessoal do devedor.

Feita essa necessária explanação, voltamos à questão a ser deslindada: se a cláusula geral executiva admite, como técnica instrumental de coerção ao pagamento da dívida, a imposição de medidas coercitivas atípicas de caráter patrimonial, assim entendidas aquelas que imediatamente atingem a esfera patrimonial do executado, e também medidas coercitivas atípicas de caráter pessoal, assim entendidas aquelas que restringem esferas não patrimoniais do executado, sempre com o objetivo de buscar a satisfação patrimonial.

Há uma corrente que se formou sobre o tema que preconiza não ser admissível, a partir do art. 139, IV, impor medidas atípicas que recaiam sobre a pessoa do devedor, mas apenas sobre o seu patrimônio⁵²³. Sustenta-se, essencialmente, que o sistema processual

⁵²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. Op. cit., versão eletrônica.

⁵²² Neste sentido, tratando especificamente da prisão civil: ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. *A utilização da prisão civil como meio executório atípico*. Op. cit., no prelo.

⁵²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC*. Op. cit., no prelo. Tal também é a opinião de FERNANDA TARTUCE, conforme entrevista no site do IBDFAM, disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6096/O+pol%C3%AAmico+inciso+IV+do+artigo+139+do+CPC+e+suas+difusas+interpreta%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em março/2018.

formatado no CPC/15, à exceção da prisão civil do devedor de alimentos, não se afasta do princípio da patrimonialidade, o que implica reconhecer que as medidas executivas imponíveis com suporte naquela cláusula geral “*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*”⁵²⁴. Entende-se, nessa linha, que a grande utilidade prática do art. 139, IV é a extensão às obrigações de pagar da medida coercitiva de caráter patrimonial consistente na multa periódica, que pode se revelar proveitosa nos casos em que o devedor de notória capacidade econômica protela indevidamente a quitação de sua dívida.

Em sentido contraposto, há linha doutrinária que entende possível, sob certas condições e não de maneira indiscriminada, o uso de medidas atípicas patrimoniais e pessoais como forma de execução indireta⁵²⁵.

Ao discorrer sobre sua posição em favor das medidas executivas de caráter pessoal, DANIEL NEVES, com propriedade, questiona por que se levantar restrição a essas medidas nas execuções de obrigação de pagar quantia certa, enquanto na execução das demais espécies de obrigação há, inclusive, previsão expressa que admite que a medida recaia sobre a pessoa do executado. Na opinião do autor, a resistência em aceitar medidas executivas de tal natureza nas obrigações de pagar representa mais uma

⁵²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC*. *Op. cit.*, no prelo.

⁵²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. *Op. cit.*, versão eletrônica; RODOVALHO, Thiago. *O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCP art. 139 inc. IV (atipicidade dos meios executivos)*. *Op. cit.*, no prelo. ROQUE, Andre 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). Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo. PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO Renata Cortez Vieira. *Das medidas atípicas de coerção contra o poder público: aplicabilidade e limites*. *Op. cit.*, no prelo. DELLORE, Luiz. *NCP: Atipicidade de medidas executivas já é realidade*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/npc-atipicidade-de-medidas-executivas-ja-e-realidade-17042017>. Acesso em março/2018. 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 março/2018. Segundo MEDINA, algumas medidas, como o bloqueio de cartão de crédito, podem ser consideradas híbridas, por repercutirem em ambas as esferas pessoal e patrimonial (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 314-315).

manifestação de tratamento de desprestígio ao credor de obrigação pecuniária, conferindo-lhe menor proteção jurisdicional que aos credores das obrigações de fazer, de não fazer e de pagar quantia certa, à contrapartida de maior proteção ao devedor de obrigação pecuniária.

Ainda na mesma linha de argumentação, registra o autor ser notável constatar que o sistema processual prevê que medidas executivas típicas nas obrigações específicas, além de recaírem sobre a pessoa do devedor, podem depender do exercício da força estatal para serem efetivadas, atraindo o uso de aparato policial, conforme art. 536, §1º, do CPC/15, ao passo em que as medidas coercitivas atípicas nas execuções de obrigações de pagar podem, ao menos em sua maioria, se efetivar sem a necessidade de violência física, o que as torna menos invasivas que a efetivação de algumas medidas executivas típicas.

Esta última linha de entendimento é que perfilhamos neste trabalho, firmes nas ideias de que: i) o sistema processual executivo para a efetivação de obrigações pecuniárias comporta medidas típicas de execução indireta que podem restringir direitos com repercussão em esfera não patrimonial do executado, a exemplo não apenas da prisão civil, mas também das figuras do protesto de sentença e da inclusão do nome do devedor em cadastro de inadimplentes⁵²⁶; ii) essas medidas executivas consistem em técnicas que não violam o princípio da patrimonialidade, pois este está ligado ao fim da execução de obter no patrimônio do devedor (ou do responsável) o quanto necessário à satisfação da dívida; iii) o alcance das medidas atípicas passíveis de adoção pela cláusula geral executiva, sob a ótica da dimensão dos bens jurídicos atingidos, deve ser delineado a partir do quanto o sistema processual admite de incursão na esfera jurídica do executado em figuras executivas típicas (interpretação sistemática), sendo

⁵²⁶ Tratando do bem jurídico atingido com essas medidas coercitivas, vale citar a seguinte asserção: “é evidente que tais medidas executivas não recaem sobre o patrimônio do devedor, mas sim, ainda que reflexamente, em sua própria pessoa. Ao ter seu nome “sujo”, afeta-se direito de personalidade do devedor, já que a integridade moral é indubitavelmente um direito de personalidade, direito esse associado à sua pessoa e não ao seu patrimônio. A inclusão de nome em cadastros de inadimplentes e o protesto, inclusive, já foram entendidos como potencial ofensa ao direito de personalidade pelo Superior Tribunal de Justiça” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC. Op. cit.*, versão eletrônica). Como já referido MEDINA anota que medidas que, mediata ou imediatamente, repercutem nas esferas patrimonial e pessoal podem ser consideradas híbridas (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro. Op. cit.*, p. 314-315).

prescindível a pormenorização legal casuística do que pode ou que não pode, senão careceria de sentido valer-se de uma cláusula geral; iv) não há qualquer justificativa plausível, dogmática ou normativa, para não render aos credores das diferentes obrigações um tratamento executivo homogêneo no que tange às medidas executivas passíveis de manejo para alcançar a satisfação do direito.

Há, ainda, uma pertinente observação a ser feita em reforço a essa posição. Essas medidas coercitivas de caráter pessoal assentam-se não na quebra do princípio da patrimonialidade da execução, como afirma a linha doutrinária contrária, mas, sim, na superação do dogma da intangibilidade da vontade do executado como etapa intermediária para a consecução da responsabilidade patrimonial.

Passe o truísmo, à conclusão de que o sistema processual comporta o manejo de medidas coercitivas atípicas de caráter patrimonial ou pessoal em execuções de obrigações pecuniárias não corresponde a ilação de que quaisquer medidas de caráter pessoal são admitidas. Não havendo prévia vedação abstrata pelo ordenamento jurídico (a exemplo do que ocorre com a proibição de prisão civil fora das hipóteses constitucionais), a validade de uma ou outra medida atípica de caráter não patrimonial, inclusive as polêmicas medidas que vem sendo adotadas na prática forense (suspensão de CNH, de passaporte, de cartões de crédito etc.), há de ser aferida em concreto, de acordo com as peculiaridades da situação em conflito, e sob filtros que legitimem a decisão judicial que concretize a cláusula geral executiva.

4.8 REPERCUSSÕES DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA COOPERAÇÃO NA APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS

4.8.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA RELAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA COOPERAÇÃO COM A CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO DO ART. 139, IV, DO CPC/15

Como é trivial (art. 1º do CPC/15), os vetores principiológicos do CPC/15 exercem influência em todo o procedimento, desde a demanda inicial na fase cognitiva até o ato de encerramento da fase executiva, com a satisfação do direito exequendo ou por outra causa de extinção anômala. Se todas as normas fundamentais repercutem na atividade executiva, interessa-nos, neste passo, investigar de maneira mais próxima de que forma os princípios da colaboração (ou cooperação) e da boa-fé norteiam a postura das partes e do órgão judicial na execução civil e qual a consequência pelo desvio de tais posturas. Em indagações sintéticas: qual o comportamento objetivamente esperado dos principais sujeitos – juiz e partes – no processo de execução, e de que forma o ordenamento trata os desvios?

Para introduzir o tema, tecer algumas considerações preliminares e essenciais sobre os princípios em questão, sem pretensão de exaurimento do tema, é medida salutar para o raciocínio a ser desenvolvido.

O art. 5º do CPC/15, ao dispor que os sujeitos processuais devem comportar-se de acordo com a boa-fé, consagra, em definitivo, o princípio da boa-fé objetiva no âmbito processual, o que retrata maturidade evolutiva do sistema jurídico brasileiro. Trata-se de um postulado ético imposto pelo sistema normativo, que serve de fonte de deveres comportamentais que, sob um aspecto objetivo, guardam harmonia com a lealdade que se espera dos sujeitos no processo.

Para a concretização desse princípio, imprimem-se aos sujeitos processuais, incluído o órgão jurisdicional, novos deveres na dinâmica da relação jurídica processual, que deságuam em exigências de comportamento leal e transparente. Assim, o princípio da boa-fé consubstancia “*fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do “abuso do direito” processual (desrespeito à boa-fé objetiva)*”⁵²⁷.

Correlatamente, podem-se inferir do postulado da boa-fé as seguintes proposições negativas: proibição de criar dolosamente posições processuais e, por conseguinte, agir

⁵²⁷ DIDIER JR, Fredie. *Comentários aos arts. 1º a 12 do CPC/15*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 17.

de má-fé; proibição de *venire contra factum proprium*, que se traduz em uma situação jurídica em desconformidade com comportamento anterior; e proibição de abuso de direitos processuais, o que ocorre quando se excedem os limites próprios do exercício do direito. Decorre da boa-fé objetiva processual, ainda, a possibilidade da perda de poderes processuais pelo não exercício durante tempo suficiente para o outro sujeito acreditar que, de fato, não será exercido (a chamada *verwirkung*).

Embora o princípio da boa-fé objetiva seja fonte do dever de não agir de má-fé, a violação a esse princípio não depende da prova da má-fé subjetiva, sendo desnecessário perscrutar se houve intenção dolosa ou maliciosa por parte do sujeito. Os deveres de boa-fé processual exigem das partes comportamentos objetivamente caracterizados como tais, o que implica dizer que a violação à boa-fé deve ser objetivamente aferida a partir do desvio dos comportamentos considerados como devidos, sendo irrelevante perquirir o elemento subjetivo da parte. É desnecessária a caracterização e demonstração de má-fé subjetiva, sob pena de virtual esvaziamento do instituto processual e enfraquecimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva.

O princípio da colaboração, por sua vez, encontra previsão no art. 6º do Código, com a orientação de que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Trata-se de um princípio jurídico porque é uma norma que impõe um “*estado de coisas que tem de ser promovido*”. Como princípio, seu fim está em servir de elemento para realização de um processo idôneo, justo e efetivo, do que decorre os imperativos de encarar o diálogo como ferramenta essencial para condução do processo, evitar o desperdício de atividade processual, e “*apurar a verdade das alegações das partes a fim de que se possa bem aplicar o direito e empregar as técnicas executivas adequadas para a realização dos direitos*”⁵²⁸.

Além de princípio, a colaboração também representa um modelo de processo. Fala-se em modelo de processo quando se leva em conta a distribuição das funções que devem ser exercidas pelos sujeitos processuais na instauração, no desenvolvimento e na

⁵²⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Op. cit., p. 100 e 105.

conclusão do processo. De maneira sintética, a doutrina costumava identificar dois modelos, o modelo adversarial, em que os protagonistas são dois adversários que contendam diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, com preponderância do princípio dispositivo, e o modelo inquisitorial, em que o órgão jurisdicional assume o papel protagonista no processo, com preponderância do princípio inquisitivo⁵²⁹.

O modelo cooperativo ou colaborativo se apresenta como uma terceira espécie, que se caracteriza pelo redimensionamento do contraditório, é dizer, pela inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, valorizando-se o contraditório como instrumento indispensável à formação da decisão judicial. O processo colaborativo deve se desenvolver sem protagonismo de qualquer sujeito, cabendo a todos uma postura cooperativa, marcada pelos deveres de esclarecimento, de lealdade, de proteção, de consulta, e de prevenção, com a necessidade de uma equilibrada distribuição da cota de participação de cada um dos sujeitos do processo para o alcance da solução integral do mérito e da atividade satisfativa⁵³⁰.

Com a breve exposição das normas acima cotejadas, o que se pretende demonstrar é que, para se alcançar, em tempo razoável, a solução integral do mérito e a efetivação da atividade satisfativa, há um iter procedimental a ser percorrido, formado por atos processuais que se congregam em fases do procedimento. Durante esse percurso, e até para a consecução daquelas prioridades (mérito e satisfatividade), exige-se de todos aqueles que participam do processo um comportamento de acordo com os princípios da

⁵²⁹ DIDIER JR, Fredie. *Princípio da cooperação*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). Normas fundamentais (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 8). Salvador: *JusPodivm*, 2016, p. 346.

⁵³⁰ Cumpre anotar divergência doutrinária sobre como se deve dar a colaboração entre os sujeitos do processo. Para MEDINA, a colaboração se da em dois níveis: entre as partes e entre as partes e o juiz (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. *Op. cit.*, p. 55 e 1.094). Esse entendimento foi sufragado no enunciado 373 do FPPC: "*As partes devem cooperar entre si; devem atuar com ética e lealdade, agindo de modo a evitar a ocorrência de vícios que extingam o processo sem resolução do mérito e cumprindo com deveres mútuos de esclarecimento e transparência*". DANIEL MITIDIERO perfilha entendimento divergente. Para ele, a relação obrigacional no âmbito do direito privado, em regra, é permeada pela existência de interesses convergentes das partes, daí a necessidade de colaboração entre as partes para promoção do interesse comum. Contudo, o processo é presidido normalmente pela existência de interesse divergentes entre as partes. Assim, a necessidade de colaboração entre as partes seria uma imposição contraintuitiva ou ilusória, levando a um indevido esfumaçamento dos objetivos de cada qual no processo civil. Conclui, assim, que a colaboração esperada pela ordem jurídica no processo civil é do juiz para com as partes, jamais das partes entre si (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. *Op. cit.*, p. 103-104).

boa-fé e da cooperação, cabendo ao órgão jurisdicional autocontenção e controle dos atos das partes.

Dessa forma, em paralelo ao direito das partes de obtenção em prazo razoável da solução integral do mérito e da atividade satisfativa, descortina-se o correlato dever atribuído às próprias partes de colaborarem e agirem de boa-fé para a consecução daquelas metas. Isso significa reconhecer que o comportamento das partes influi na solução justa do mérito e na eficiência da atividade satisfativa.

Fazendo-se um enfoque restrito aos sujeitos parciais, é inescapável reconhecer que, a despeito da diretriz adotada pelo CPC/15 de exortação normativa à adoção de postura de cooperação e de boa-fé na dinâmica processual, o processo pode ser palco de atos comissivos ou omissivos eivados de má-fé, de abuso de direito ou de cunho protelatório, num quadro de resistência desmotivada ao cumprimento não apenas dos deveres impostos às partes, mas também das decisões judiciais, o que certamente pode concorrer para frustração da função jurisdicional.

Evidente, portanto, que o processo deve dispor de ferramentas para substituir, reprimir ou dissuadir atos ou omissões que possam comprometer a entrega da prestação jurisdicional com atividade satisfativa.

É nesse quadrante que se amoldam, dentre outros poderes-deveres, aqueles estampados na cláusula geral de efetivação do art. 139, IV, pois o processo deve possibilitar o ambiente adequado para a solução do mérito e a atividade satisfativa, alcançadas com a cooperação das partes, inclusive com a eliminação de posturas processuais que postergam a efetivação do direito.

Do mesmo modo, o julgador deve ter postura ativa e participativa, não se limitando a apenas coartar e sancionar qualquer atividade que viole os deveres exigíveis das partes, mas contribuindo ele próprio para o escopo de solução do mérito com entrega prática da prestação jurisdicional. Afinal, o juiz não deve estar indiferente ao resultado da atividade jurisdicional, ao contrário, deve atuar de maneira comprometida com o acesso à justiça e com a correlata meta de um resultado justo, efetivo e eficiente do conflito.

Com tais considerações, vejamos mais detidamente os princípios em questão na perspectiva do órgão judicial e dos sujeitos parciais.

4.8.2 PERSPECTIVA DO ÓRGÃO JUDICIAL

Pela perspectiva do órgão judicial, e como não poderia deixar de ser, os deveres de comportamento exigidos pela boa-fé objetiva e pelo modelo colaborativo de processo são plenamente aplicáveis no contexto da atividade executiva, o que resulta em diversos desdobramentos práticos, adiante analisados.

Um primeiro destaque a ser feito quanto à repercussão da boa-fé objetiva sobre o órgão judicial reside na necessidade de proteção da confiança legítima das partes, o que se dá pela vedação do comportamento contraditório. Se os atos do órgão judicial influenciam o comportamento das partes, pois estas respondem às determinações judiciais na confiança de que, mantidas as circunstâncias de fato e de direito, o caminho adotado será mantido, não deve o órgão julgador laborar em contradição, violando a legítima confiança que ele próprio criou nas partes⁵³¹.

Deve-se atentar, contudo, que a proibição de comportamento contraditório não impede o juiz de readequar os rumos da execução à luz de circunstâncias de fato ou de direito supervenientes que indiquem um meio executivo mais eficiente ou que denotem o desajuste da medida em vigor.

Para ilustrar, suponha que seja determinada a penhora sobre o faturamento da empresa, formalizando-se todas as exigências constantes da lei. É plenamente admissível que, diante da redução do valor mensal obtido com a penhora, frustrando os objetivos da medida, seja feita a readequação do percentual anteriormente fixado, ou, mesmo, seja tornada sem efeito a medida, a fim de que outro meio executivo seja buscado. Da mesma forma, ainda que a expectativa de valores mensais seja mantida, também é

⁵³¹ Enunciado 376 do FPPC: “A vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional”.

possível sua substituição pela constrição de dinheiro caso se tenha notícia do recebimento de numerário por parte do executado (por exemplo, recebimento de valores de precatório), o qual pode inclusive sofrer medidas coercitivas caso haja suspeita de que esteja ocultando os valores recebidos. Não há que se falar em atos contraditórios por parte do órgão judicial nesses tipos de mudança de rumo da execução, pois a dinamicidade do procedimento executivo exige constante atenção com sua adequação à situação concreta.

Por outro lado, não havendo mudanças nas circunstâncias de fato e de direito, o órgão judicial não deve prolatar ato em contraste a outro anteriormente adotado. Ainda no exemplo da penhora sobre faturamento, suponha-se que, após meses de constrição, dentro da expectativa inicial das partes quanto aos valores arrecadados e ao sacrifício imposto sobre a empresa, o órgão judicial volte atrás e, sem qualquer mudança do contexto fático-jurídico, entenda que a medida é descabida ou que o percentual é muito baixo. Seria, em tese, possível reconhecer a ocorrência de violação à boa-fé processual, por quebra da confiança das partes quanto ao rumo da execução.

A situação mais sensível com relação a comportamentos contraditórios ocorre nos casos de atuação de julgadores distintos num mesmo processo, com a substituição da pessoa física do juiz, entendendo o julgador atual por rever atos do antecessor, simplesmente por discordância pessoal quanto ao entendimento adotado nas decisões revistas. Há inequívoca quebra da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, pois é necessário que o órgão judicial mantenha coerência, até porque as partes se organizam e fazem planejamentos lícitos com base no que foi decidido.

É igualmente sensível a situação oposta, ou seja, a da atuação do mesmo julgador em processos distintos, envolvendo questões análogas. A esse respeito, vale destacar a orientação do FPPC contida no enunciado 377: “*A boa-fé objetiva impede que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos*”. Trata-se do imperativo de manutenção da coerência decisória da pessoa física do julgador em processos distintos, o que, a nosso ver, decorre não apenas da boa-fé objetiva, mas também da isonomia. Tal orientação traz significativo impacto na

atividade executiva, em especial na concretização da cláusula geral executiva, que demanda motivação adequada para a idealização de medidas atípicas. É essencial que o juiz mantenha coerência em suas próprias decisões envolvendo semelhante matéria de fato e de direito.

Já sob o enfoque do modelo cooperativo de processo, este também imprime os deveres de prevenção, de advertência, de esclarecimento, de consulta e de auxílio às partes no contexto da atividade executiva. Nesse viés, e com vistas às particularidades do módulo de execução, deve o juiz chamar as partes para comparecimento sempre que se fizer necessário (art. 772, I) e também advertir o executado de que sua conduta pode caracterizar ato atentatório à dignidade da justiça (art. 772, II). Esses poderes-deveres que se atribuem ao juiz possuem um conteúdo conciliador e ético, na medida em que a prevenção, a advertência, o esclarecimento e a consulta devem ser priorizadas à repressão, punição ou declaração de irregularidades, tudo com o objetivo de propiciar a adequada tutela jurisdicional executiva em tempo e modo razoáveis, em um processo democrático.

Em abordagem mais detida, o dever de consulta às partes revela-se singularmente diferenciado na execução, especificamente quanto à aplicação da cláusula geral de efetivação do art. 139, IV, com fins à idealização de medidas executivas atípicas ao procedimento.

Isso porque, para aplicação da cláusula geral, é necessário que o juiz preencha os espaços normativos dos conceitos indeterminados e estabeleça o consequente normativo que irá definir a medida executiva mais eficiente, mais adequada e menos gravosa no caso concreto, em uma operação de concretização da norma processual que deverá observar as regras sobre motivação veiculadas no art. 489 do CPC/15. Não há como, num processo que se espera ser colaborativo, alijar as partes da possibilidade de participar e influir na construção da solução concreta. Sem a consulta às partes, pode haver dificuldades em aferir a eficiência e a menor onerosidade do meio escolhido. A convicção judicial deve ser formada a partir do contraditório efetivo, cuja dimensão, no modelo cooperativo, exige que a atividade argumentativa das partes necessariamente se reflita na fundamentação das decisões judiciais.

É claro que pode haver situações excepcionais em que a consulta prévia às partes, em especial ao executado, pode implicar risco à efetividade da medida executiva. Todavia, o sistema processual concebe a possibilidade de concessão de medidas antes da oitiva da parte quando houver risco ao resultado útil do processo (art. 9º, parágrafo único, I e art. 300), sendo esta a solução a ser adotado no módulo executivo quando houver risco de tal ordem, não se suprimindo, senão postergando, a oportunidade para manifestação.

Outra particularidade que pode ser apontada no módulo executivo é o fato de que o Código institui um “*dever de auxílio do juiz para com o exequente*”⁵³², conforme prescrições normativas que não encontravam correspondência na legislação anterior. Neste sentido, o art. 772, III institui que o juiz pode, em qualquer momento do processo, “*determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável*”, e, na sequência, o art. 773 refere que “*o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados*”, inclusive devendo adotar as providências necessárias para assegurar a confidencialidade de eventuais dados sigilosos, como consta do parágrafo único.

Com efeito, para a realização da tutela executiva, mormente quando o executado não se mostra colaborativo, pode ser necessária a adoção de providências para localização de bens penhoráveis, para a realização de cálculos, para a exibição de documentos diversos ou outras diligências essenciais à atividade executiva, inclusive a quebra de sigilo bancário ou fiscal⁵³³, por exemplo. Sendo imprescindível a atuação do juiz para a consecução dessas diligências, é seu dever atuar em cooperação às partes.

Insta registrar que o art. 773, ao fazer referência a “*medidas necessárias ao cumprimento da ordem*”, sem qualquer dúvida se conecta com a norma geral de

⁵³² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Op. cit., p. 163. DIDIER sustenta não ser possível defender a existência de um dever geral de auxílio, como conteúdo do princípio da cooperação, à semelhança do que acontece em Portugal. Contudo, admite a existência de deveres típicos de auxílio, por expressa previsão legal (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Princípio da cooperação*. Op. cit., p. 358). Neste sentido, é possível inferir deveres de auxílio por parte do juiz a partir dos dispositivos analisados na sequência do texto.

⁵³³ FPPC, enunciado 536: O juiz poderá, na execução civil, determinar a quebra de sigilo bancário e fiscal.

efetivação do art. 139, IV do CPC/15. Isso descortina a possibilidade de adoção de medidas atípicas de efetivação também como mecanismo para assegurar o cumprimento de deveres de fazer, de não fazer ou de entregar coisa estabelecidos pelo juiz como atos instrumentais para a realização do procedimento de expropriação. Em outras palavras, o art. 773, inserido no bloco de regras gerais que disciplinam todos os procedimentos executivos, incluindo o procedimento típico aplicável à execução por quantia certa, veicula norma que permite a adoção de medidas atípicas voltadas a assegurar o êxito do próprio procedimento típico.

Enfim, cabe ao juiz colaborar com o exequente para contornar eventuais entraves ou dificuldades para o regular prosseguimento do procedimento executivo no escopo de se alcançar a tutela de seu direito, podendo, para tanto, valer-se de medidas atípicas voltadas à efetivação de deveres instrumentais à execução, imponíveis não apenas ao executado, mas também a terceiros. É claro que tal atribuição não substitui a atuação do exequente, especialmente dos litigantes habituais, na busca de meios para realizar a execução, devendo o juiz atuar quando a diligência depender da autoridade judicial. A ideia do processo cooperativo não é que um sujeito deva facilitar o trabalho do outro, mas que cada um cumpra adequadamente seu papel, dentro da cota de participação que lhe cabe de acordo com sua função e posição no processo.

4.8.3 PERSPECTIVA DAS PARTES

Considerando a situação peculiar das partes no módulo executivo, em que um quer obter a efetivação de seu direito da maneira mais rápida possível, enquanto outro, em oposição, quer preservar ao máximo a sua liberdade e patrimônio, não é equivocado afirmar ser normalmente mais comum que os comportamentos processuais não desejados advenham do polo passivo da execução.

Realmente, da parte do exequente, tendo em vista que, conforme o art. 797 do CPC/15, a execução realiza-se em seu interesse, observa-se que se ele não adotar as providências

que lhe tocam a fim de colaborar para um resultado satisfativo em tempo razoável, o prejuízo naturalmente será seu.

Isso não quer dizer, entretanto, que o exequente não possa adotar um comportamento passível de censura por violação aos postulados em enfoque. O desdobramento mais claro dos princípios da boa-fé e da colaboração sobre a atuação do exequente reside na exigência de evitar atos executivos abusivos, assim entendidos aqueles que, sem qualquer vantagem em particular em seu favor, implicam em gravame excessivo ao executado, como, por exemplo, a não comunicação ao Juízo de averbações premonitórias efetivadas ou o não cancelamento daquelas averbações relativas aos bens não penhorados (art. 828, §§ 1º e 2º), ou atos executivos inúteis, que compreendem atos que não trazem nenhum resultado útil à execução, servindo apenas para prejudicar o executado, como é o caso da hipótese de penhora sobre bem cujo produto será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução (art. 836).

De maneira sintética, o comportamento que se espera do exequente é principalmente não buscar, sem qualquer proveito objetivo à execução, o meio mais oneroso ao executado, conforme princípio encartado no art. 805 do CPC/15, além de outros deveres encontrados no livro da execução, que podem ser reportados à cláusula da menor onerosidade. Conforme a situação, a consequência jurídica do comportamento indevido por parte do exequente pode ser o dever de indenizar o executado por eventuais prejuízos, como no caso em que o exequente se omite no cumprimento de seu dever de não promover averbação indevida ou não cancelar as averbações desnecessárias (art. 828, § 5º).

Por outro lado, da parte do executado, dada a particularidade da sujeição de sua esfera jurídica à intromissão forçada para satisfazer o interesse do exequente, a ocorrência de prejuízo pessoal com o resultado da atividade executiva pode servir de impulso a atos de resistência indevida à execução, tidos como desviantes da boa-fé objetiva e do princípio da colaboração.

Aliás, essa realidade é reconhecida pelo próprio Código, que traz uma disciplina específica voltada a condutas comissivas ou omissivas típicas do polo passivo, enquadrando na pecha de atentatória à dignidade da justiça a conduta do executado que,

conforme rol do art. 774: I - frauda a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - dificulta ou embaraça a realização da penhora; IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais; V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Em comum a todas essas hipóteses, o sistema prevê a imposição de medida punitiva, consistente em multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente. Não se descartam, contudo, outras sanções de natureza processual ou material, como consta da parte final do parágrafo único do art. 774. As sanções materiais aplicáveis seriam aquelas ligadas à responsabilidade civil por eventuais prejuízos causados ao exequente. As demais sanções processuais serão analisadas a seguir.

Especificamente para a hipótese de fraude à execução, que se caracteriza quando “*a alienação ou oneração de bens é feita já na pendência de um processo, quer executivo, quer de conhecimento, monitório ou mesmo cautelar, cujo desfecho possa conduzir à imposição de medidas sobre o bem alienado ou gravado*”⁵³⁴, o próprio sistema prevê outra sanção processual, suficiente para contornar a situação fraudulenta: estabelece em favor do exequente a nota de ineficácia da alienação fraudulenta, estendendo aos bens objeto da fraude a responsabilidade patrimonial, assim atingindo, de maneira relativa e apenas para o processo, o plano da eficácia do negócio jurídico (art. 792, § 1º).

Quanto às demais situações (oposição maliciosa à execução, oposição de dificuldades à realização da penhora, resistência injustificada às ordens judiciais e não indicação de quais são e onde estão os bens penhoráveis), além da multa, o sistema processual admite a imposição de outras sanções de natureza processual, mas não as especifica, o que demanda investigação de todo o sistema.

Como já dissemos, se o sistema processual exige a adoção de postura de cooperação e de boa-fé na dinâmica processual executiva, o processo deve dispor de instrumentos

⁵³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 423.

adequados para substituir, reprimir ou dissuadir atos ou omissões que possam comprometer a entrega da atividade satisfativa.

Perceba-se que, no caso da fraude à execução, não há apenas a repressão através da multa, pois o sistema também prevê a declaração de ineficácia do negócio jurídico, o que é suficiente para contornar os efeitos do comportamento desviante. De igual forma, é preciso que se encontrem mecanismos aptos a fazer frente ao executado que, mesmo após a multa punitiva, persiste em conduta que se enquadra nas demais situações de violação ao comportamento objetivamente esperado. Realmente, o efeito dissuasório da multa punitiva dissipa-se com a sua efetiva aplicação, convolvendo-se em efeito repressivo, de acordo com sua natureza. Destarte, não é admissível que se deixe uma porta aberta à inefetividade do processo, permitindo-se que a persistência do executado impeça a execução de atingir os seus objetivos⁵³⁵.

É justamente em preenchimento a tal lacuna que se insere a possibilidade do manejo de medidas de efetivação atípicas de coerção, visando eliminar efeitos deletérios de posturas do executado que prejudicam a efetivação do direito.

Nessa linha de raciocínio, infere-se que, nas hipóteses de oposição maliciosa à execução, de oposição de dificuldades à realização da penhora, de resistência injustificada às ordens judiciais e de não indicação de quais são e onde estão os bens penhoráveis, é possível ao juiz, com base na norma geral de efetivação do art. 139, IV do CPC/15, impor ao executado as medidas de efetivação necessárias e adequadas para cumprimento da ordem judicial.

⁵³⁵ Diverge-se, neste ponto, da posição de ARAKEN DE ASSIS. Sabe-se que o autor tem posição peremptoriamente contrária ao engendramento de medidas executivas atípicas, reputando haver flagrante inconstitucionalidade em tal proceder, à luz do art. 5.º, LIV, da CF/1988, o que é premissa totalmente contrária à adotada neste trabalho. De outro lado, tratando especificamente do argumento quanto à subsidiariedade de medidas atípicas no caso de frustração do meio executório típico para a hipótese de falta de localização de bens penhoráveis sabidamente existentes, o professor também refuta essa linha, dizendo que “*para o caso de o executado não indicar onde se localizam seus bens, desincumbindo-se do dever previsto no art. 774, IV, há sanção específica: a multa em montante não superior a vinte por cento do valor da execução (art. 774, parágrafo único)*” (ASSIS, Araken de. *Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”*. *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. *Op. cit.*, no prelo). Não se pode concordar com esse ponto de vista, que permitiria que o devedor recalcitrante simplesmente apostasse no insucesso das diligências para localização de seus bens correndo o risco de pagar até 20% a mais, o que pode ser um risco tolerável dependendo da capacidade econômica de cada um.

Além das hipóteses acima, há outras situações de comportamentos de violação à boa-fé objetiva e à colaboração tipificadas no CPC/15 com relação ao módulo executivo, não se podendo, ademais, descartar comportamentos atípicos que podem implicar em desvio a essas diretrizes normativas.

Como hipóteses típicas, cumpre citar o art. 903, §6º, que traz previsão de multa por ato atentatório à dignidade da justiça em razão de suscitação infundada de vício com o objetivo de provocar desistência do arrematante nos leilões judiciais, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. Na verdade, não é apenas o executado que pode se enquadrar nesta previsão típica, pois o dispositivo legal falta em suscitante, o qual pode ser o próprio exequente ou o terceiro, embora a tendência é que o sujeito a incidir nesta pecha seja o executado, que poderia ter interesse em desfazer a arrematação de seu bem. Cite-se, também, o art. 918, parágrafo único, que traz previsão de multa em face do executado por ato atentatório em razão embargos à execução protelatórios. Essas situações, todavia, não dão ensejo a outras medidas processuais além daquelas já previstas, porque correspondem a condutas instantâneas que não persistem no tempo (suscitação infundada de vício e oposição de embargos protelatórios), para as quais não haveria medidas sub-rogorárias ou coercitivas pertinentes.

Por outro lado, algumas situações atípicas de violação à boa-fé objetiva podem dar ensejo a decisões relativas à manutenção ou à realização de constrição sobre bens do executado.

Se o executado ofertar voluntariamente determinado bem de seu patrimônio disponível como garantia à execução, inclusive se beneficiando dos efeitos salutares da formalização da penhora (exclusão do nome de cadastros de inadimplentes, obtenção da suspensão da exigibilidade da dívida fiscal e consequente emissão de certidão de regularidade fiscal, etc), não se pode aceitar que, posteriormente, venha suscitar a nulidade da penhora, sob o argumento da impenhorabilidade absoluta, pois se trataria de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) e incompatível com o dever de lealdade decorrente da boa-fé processual⁵³⁶. Nessa hipótese, em se tratando de

⁵³⁶ “(...) Hipótese em que o executado indica bem à penhora e, posteriormente, invoca a nulidade da adjudicação em razão da impenhorabilidade absoluta (art. 649, V, do CPC) do objeto da constrição, por

bem que o executado poderia livremente alienar, há que ser mantida a penhora. A penhora deve sucumbir apenas diante de bem gravado com cláusula de inalienabilidade, caso em que restaria apenas punir o executado por litigância de má-fé.

Também há de ser analisada à luz da boa-fé objetiva, para fins de manutenção ou realização da penhora, o comportamento do executado que, em diversas ações, ora atribui a propriedade do mesmo bem à pessoa jurídica, ora à pessoa natural, conforme o momento que se lhe apresente mais conveniente. Por violação ao dever de não laborar em contradição (*venire contra factum proprium*), não se pode compactuar com esse tipo de comportamento⁵³⁷.

Em conclusão, o comportamento processual do executado pode servir de elemento de convicção, à luz de deveres gerais ou específicos decorrentes da boa-fé objetiva e do modelo cooperativo de processo, para a imposição ou manutenção de medidas de efetivação, diretas ou indiretas.

4.8.4 INATIVIDADE DO EXECUTADO E MEDIDAS DE EFETIVAÇÃO

constituir equipamento essencial ("colheitadeira") à continuidade do exercício da profissão. Inviabilidade. Bem móvel voluntariamente oferecido pelo devedor à garantia do juízo executacional. Patrimônio integrante do ativo disponível do executado. Renúncia espontânea à proteção preconizada no inciso V do art. 649 do CPC. Vedação ao comportamento contraditório (venire contra factum proprium). 2. Os bens protegidos pela cláusula de impenhorabilidade (art. 649, V, do CPC) podem constituir alvo de constrição judicial, haja vista ser lícito ao devedor renunciar à proteção legal positivada na norma supracitada, contanto que contemple patrimônio disponível e tenha sido indicado à penhora por livre decisão do executado, ressalvados os bens inalienáveis e os bens de família. Precedentes do STJ. 3. No caso, não há nulidade no procedimento expropriatório, porquanto, além de o bem penhorado ("colheitadeira") compor o acervo ativo disponível do recorrente/executado, este o ofertou deliberadamente nos autos da execução, de ordem a evidenciar contradição de comportamento da parte ("venire contra factum proprium"), postura incompatível com a lealdade e boa-fé processual" (STJ - REsp: 1365418 SP, Quarta Turma, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 04/04/2013, Data de Publicação: DJe 16/04/2013).

⁵³⁷ "(...) 2. Não pode ser beneficiado aquele que, ainda que em ações diversas, ora atribui a propriedade do mesmo bem imóvel a pessoa jurídica, ora a pessoa natural, conforme o momento que se lhe apresente mais conveniente, sob pena de compactuar-se com o venire contra factum proprium, providência repudiada em nosso ordenamento jurídico". (STJ - REsp: 1288006-SP, Quarta Turma, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 01/10/2013, Data de Publicação: DJe 18/02/2014).

Anota-se na doutrina que a inatividade da parte no processo pode assumir distintas feições ou diferentes graus, passando pela omissão total em comparecer ou em atuar no processo, pelo abandono da causa durante seu desenvolvimento e pela desatenção a um ou mais ônus processuais, situações que caracterizam, respectivamente, a contumácia, a ausência ou abandono e a preclusão⁵³⁸.

Como explica ROGERIO LAURIA TUCCI, o tratamento dogmático jurídico da contumácia no processo civil é particularizado ao momento histórico ou à legislação a que se refere, alinhando-se, quanto ao tema, quatro teorias: i) a teoria da concepção penal da contumácia, pela qual a ausência da parte (réu) é tida como um ato ilícito por violação ao dever de comparecimento, passível de punição; ii) a teoria da renúncia, pela qual, dada a ausência de qualquer prejuízo à parte presente com a ausência do adversário, atribui-se ao réu, em lugar de um dever de comparecimento, o ônus de se defender, e reconhece-se a licitude da renúncia, ainda que implícita, ao direito substancial, segundo determinada concepção doutrinária, ou apenas ao direito à produção das provas, segundo outra concepção; iii) a teoria da autodeterminação, segundo a qual todos são livres de autodeterminar-se no processo e, conseqüentemente, a inatividade da parte deve ser considerada como o não exercício da faculdade de agir, de forma que, longe de algo ilícito ou punível, é a contumácia expressão da livre disponibilidade dos próprios direitos e interesses; iv) a teoria da inatividade, a qual, não contemplando o dever de comparecimento, deixa de perquirir, em qualquer hipótese, sobre a voluntariedade do ato, podendo ser revel aquele que, cientificado da propositura da ação, deixou de contestá-la por razões múltiplas, íntimas ou a ele inimputáveis⁵³⁹.

Segundo o referido autor, a teoria pela qual se confere um caráter punitivo à contumácia, de modo a se admitir uma punição ao contumaz tão só pelo fato de sua ausência, soçobrou às modernas legislações, às quais nada importa, para o normal desenvolvimento da ação, a ausência do réu, arcando este com os efeitos desvantajosos da omissão na defesa de seus direitos⁵⁴⁰. Nessa linha, aponta o jurista que, no Brasil,

⁵³⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Da contumácia no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora José Bushatsky, 1964, p. 119.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 108-113, *passim*.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 107.

especificamente, a legislação processual civil orientou-se pela teoria da inatividade⁵⁴¹, pois interessa somente o fato objetivo do não comparecimento, não se podendo falar em renúncia, pois mesmo o revel pode intervir no processo, a qualquer tempo, devendo aceitá-lo no estado em que o encontra.

Se tal concepção ainda se apresenta adequada ao processo de conhecimento, pois o tratamento jurídico dado à situação de revelia, com a presunção da veracidade das alegações de fato formuladas pelo autor e a fluência dos prazos independentemente de qualquer comunicação (art. 344), é suficiente a permitir o regular desenvolvimento do módulo cognitivo até o seu desfecho, o mesmo não se pode dizer, contudo, ao módulo executivo, dado o fato de a lei atribuir ao executado o dever de colaborar na identificação do acervo patrimonial passível de responder pelo débito. A lógica do processo de conhecimento não se estende, no pormenor, ao processo executivo, pois a ausência do executado pode constituir em estorvo ao normal desenvolvimento da ação, mormente quando haja dificuldades em localizar dinheiro ou outros bens penhoráveis, o que é essencial para o sucesso da execução por quantia certa. Neste contexto, os efeitos típicos da revelia não suprem a inatividade do executado com sua citação/intimação para o processo/fase executiva.

Dessa forma, no processo executivo, a contumácia do demandado (art. 774, V) recebe tratamento jurídico de fato ilícito, o qual gera duas consequências: a punição pelo fato de sua omissão, com imposição de multa punitiva por ato atentatório à dignidade da justiça, e o uso de mecanismos de constrangimento para forçar o executado a se manifestar em juízo, haja vista sua colaboração ser necessária ou útil ao processo.

Em outra guinada, caso se encontrem bens idôneos para desenvolvimento da execução, a colaboração do executado, neste pormenor, deixa de ser imprescindível, comutando-se o dever de colaboração em ônus atinente à possibilidade de arguição de impenhorabilidade ou de indicação de outros meios menos onerosos.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 114.

De toda forma, entendemos não haver mais espaço normativo para acobertar, sob o pálio da normalidade, o comportamento omissivo do executado consistente na adoção do silêncio diante de sua convocação para adimplir ou garantir uma dívida em execução.

É preciso reconhecer que o ato de convocação da parte para pagar a dívida (intimação no art. 523 e citação no art. 829 do CPC/15) possui eficácia que vai além da integração do executado no contraditório da relação jurídica executiva. Trata-se de um ato judicial que, com amparo na presunção relativa de certeza do direito material estampado no título executivo, visa cumprir a promessa de entrega da atividade satisfativa, com a tutela concreta daquele direito. O pagamento não é uma faculdade ao devedor, mas um dever. O chamado judicial não é um convite, mas uma ordem, e seu descumprimento abre ensejo às medidas executivas necessárias para assegurar seu cumprimento (art. 139 e 782).

Contudo, seria possível ter como provado, a partir da postura omissiva do executado, que se trata de um executado contumaz de má-fé (um executado cafajeste, na expressão de MARCELO ABELHA), assim entendido aquele que possui patrimônio e está se opondo de maneira dolosa à execução?

Creemos que não seria possível extrair isoladamente desse fato jurídico (omissão ou silêncio do executado), por presunção, a comprovação de que se trata de um executado cafajeste ou contumaz. Não há base legal para tal presunção, tampouco sendo possível deduzir, por presunção judicial, que o executado silente é executado que possui patrimônio e está se opondo injustificadamente à execução. É preciso haver a conjugação de outros elementos de prova, hauridos da anterior fase de conhecimento ou apresentados já no desenvolvimento da execução, que sinalizem positivamente a existência de possível patrimônio, além de se oportunizar o contraditório ao executado.

Nada obstante, o silêncio do executado diante de intimação específica, a qual convém já esteja registrada no mandado inicial, para indicar quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora, já implica violação ao dever de colaboração encartado no art. 774, V, e deve levar à adoção de medidas atípicas para o cumprimento da ordem judicial, como, por exemplo, a imposição de multa coercitiva (*astreinte*). É desnecessário perquirir, neste caso, se o executado de fato possui ou não bens penhoráveis, pois o que se busca é que

ele venha a juízo e colabore na identificação do acervo patrimonial, inclusive para demonstrar, se for o caso, que não possui bens penhoráveis (com declarações contábeis ou fiscais), pois é ônus do executado demonstrar a “*justa causa para o descumprimento*”, tomando-se de empréstimo a expressão adotada pelo Código para afastar a medida típica da multa coercitiva (art. 537, § 1º, II).

Em síntese, cabe ao executado explicar, comprovadamente, que não tem como cumprir o dever de indicar bens à penhora, porque não os possui. Não há, em face da execução, direito a sigilo patrimonial ou direito à ocultação de bens penhoráveis diante da responsabilidade patrimonial que recai sobre o executado, e da necessidade de se efetivar a tutela satisfativa.

Num segundo momento, caso se adicionem outros elementos de fato à situação de omissão do executado, é dizer, sejam coligidas provas que evidenciem sinais de riqueza de sua parte, daí já é possível presumir tratar-se de *executado cafajeste*, assegurando-se o contraditório para eventuais justificativas. Nesta hipótese, não há como contemporizar, devendo-se adotar medidas coercitivas restritivas de direito que guardem adequação com a situação concreta.

O fato de ser, em tese, possível a adoção de medidas sub-rogatórias para que terceiros prestem informações acerca do acervo patrimonial (instituições financeiras, registros públicos, órgãos fiscais e outras repartições públicas) não elide o dever do executado de atuar com transparência e lealdade quanto a seu patrimônio penhorável. As medidas sub-rogatórias não são instrumentos que visam trazer comodidade ao executado, poupando-o dos deveres inerentes à sua posição processual, mas instrumentos voltados à efetividade da execução apesar da omissão do executado.

Além disso, nem sempre as diligências do exequente ou do órgão judicial em busca de patrimônio geram resultado positivo, considerando o expediente relativamente comum de escamoteação do patrimônio. Tal subterfúgio para escapar à responsabilidade, na precisa colocação de MARINONI, “*tem se tornado comum pela razão de que os maus devedores realmente acreditam que, procedendo dessa forma, ficam com os seus patrimônios imunes*” de modo que se “*a doutrina e os juízes continuarem a fechar os*

*olhos para essas situações, estarão colaborando não só para o descrédito do direito, como também para a desesperança em relação ao próprio Poder Judiciário”.*⁵⁴²

É justamente nestas situações em que se congregam a omissão do executado e elementos que indicam sinais de riqueza (viagens ao exterior, gastos excessivos com bens e serviços não essenciais, o agir como se fosse proprietário de veículos ou de outros bens que não estão formalmente em seu nome, etc) que se torna possível a adoção de medidas coercitivas atípicas que, trazendo restrição parcial ao modo de vida incompatível com a situação de inadimplemento, buscam pressionar o executado a cumprir sua obrigação.

Em desfecho das ideias apresentadas, a omissão do executado, embora não possa isoladamente levar à conclusão de que se trata de um devedor contumaz caloteiro, é suficiente para imposição de medidas coercitivas atípicas como instrumento da futura medida sub-rogatória, no sentido de pressionar o executado a cumprir seu dever processual de desvelar seus bens penhoráveis. Caso se somem a essa inatividade do executado outros elementos probatórios quanto à sua saúde financeira, de forma a se convencer de que ele não paga porque não quer, é possível cogitar de medidas atípicas coercitivas para acelerar a satisfação direta de obrigação pecuniária.

4.9 CONTRADITÓRIO E FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA PARA CONFORMAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Aplicar os meios executivos inerentes a determinado procedimento é, por si só, uma forma de evitar abusos e insegurança jurídica⁵⁴³, de forma a dispensar o órgão judicial de justificativas mais densas quanto ao uso das medidas típicas previamente estatuídas em lei, ressalvadas eventuais controvérsias que podem ocorrer pontualmente (excesso de execução, menor onerosidade, impenhorabilidade etc).

⁵⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. Op cit., 2010, p. 462.

⁵⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, Op. cit., p. 140.

O mesmo não ocorre, contudo, quanto a medidas executivas atípicas, sendo necessário garantir formas de fiscalizar o exercício do poder executivo estatal.

De acordo com o quanto expomos com relação às cláusulas gerais (item 3.4.1), é possível afirmar que, num aspecto procedimental, a previsibilidade e segurança jurídica na concretização da cláusula geral executiva para aplicação de meios atípicos dependem do contraditório útil com as partes, baseado no trinômio conhecimento-participação-influência, e de uma decisão que esteja devidamente fundamentada.

Quanto ao contraditório, ao tratarmos da aplicação prática da cláusula geral da menor onerosidade sob o ângulo da eficiência executiva (item 3.4.3.4), expomos que, como um meio executivo pode apresentar variação em sua eficiência conforme as peculiaridades do caso concreto, é imprescindível a consulta às partes para legitimação da decisão judicial quanto ao princípio da menor onerosidade. O contraditório permitirá instruir o processo com elementos concretos que repercutem na análise do dispêndio de tempo e de recursos para aferição do meio executivo mais eficiente, evitando medidas inúteis. Aplica-se, no caso, a orientação subjacente ao art. 853, que demanda a oitiva das partes antes de diversas providências relativas à penhora, o que deve ser estendido à aplicação de medidas executivas atípicas.

Em acréscimo, há de se reconhecer a relevância do contraditório considerando ser possível ao executado levantar, como verdadeira matéria defesa em face de medida coercitiva que esteja sendo cogitada, a caracterização de justa causa que o impede de cumprir a decisão.

A justa causa encontra previsão legal nos meios típicos como forma de exclusão da medida coercitiva, conforme art. 537, §1º, II e art. 528, § 1º, neste último dispositivo identificada a partir da referência textual quanto à justificativa da impossibilidade de efetuar o pagamento. Tais expressões legais representam conceito jurídico indeterminado inserido em estrutura normativa cujo conseqüente já está previsto em lei⁵⁴⁴, a saber, a exclusão da medida coercitiva.

⁵⁴⁴ Vide item 3.4.1, em que se apontam os pontos comuns e diferentes entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Naturalmente, essa disciplina se estende às medidas atípicas. Como apontado ao longo do trabalho, as medidas coercitivas visam atuar sobre a vontade do executado, a fim de constrangê-lo ao cumprimento da obrigação imposta na decisão judicial. Sendo impossível por qualquer razão tal cumprimento, não há vontade a ser coagida, e a medida coercitiva deve ser cessada ou impedida, sob pena de caracterização de medida punitiva. Portanto, havendo justa causa, incabível a aplicação de medidas coercitivas.

A justa causa funciona como fato impeditivo da pretensão executiva do exequente quanto ao meio coercitivo, e, sendo o caso, deve ser inclusive permitida a produção de prova, conforme disciplina do art. 350 do CPC/15. Apenas a partir do debate em contraditório será possível uma decisão adequada sobre a existência ou não de justa causa em favor do executado.

Nessa linha, a demonstração da justa causa por parte do executado afigura-se oportuna nas situações em que se levantam indícios de riqueza de sua parte. O executado não pode ser alijado da possibilidade de justificar sua posição, demonstrando eventuais fatos que descaracterizam o pretense quadro de resistência imotivada de cumprimento da obrigação.

Como já afirmado, a atividade cognitiva está presente no exercício dos atos executivos, e sua amplitude varia na proporção direta da atipicidade desses meios⁵⁴⁵. Às partes, exequente e executado, toca o direito de influir eficazmente nas decisões do juiz da execução, daí a importância do contraditório, como garantia de equilíbrio entre a exigência de satisfação do credor e a de respeito ao devedor e ao seu patrimônio⁵⁴⁶.

O debate em contraditório, a rigor, deve ser prestigiado antes da tomada da decisão. Se, excepcionalmente, houver risco ao resultado útil do processo, deve-se perfilar a solução engendrada pelo sistema processual de concessão da medida com postergação do contraditório (art. 9º, parágrafo único, I e art. 300)⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. *Op. cit.*, p. 218-219.

⁵⁴⁶ GRECO, Leonardo. *A execução e a efetividade do processo*. *Op. cit.*, versão eletrônica.

⁵⁴⁷ Embora envolvendo medida executiva típica, um exemplo narrado por DINAMARCO a partir de sua experiência profissional é bem ilustrativo quanto ao risco de prejuízo à efetividade do processo executivo: “Depois de um árduo processo de conhecimento, em que o devedor fora condenado a pagar vultosa

Quanto à fundamentação, avulta a disciplina do art. 489, § 1º do CPC/15, que traz detalhamentos sobre a garantia (pelo ângulo do jurisdicionado) ou dever (pelo ângulo do órgão jurisdicional) constitucional de motivação das decisões, conforme previsto no art. 93, IX, do texto constitucional.

Nesse contexto de aplicação de cláusula geral processual, a motivação das decisões judiciais sobressai como importante mecanismo de controle na atividade jurisdicional, especialmente considerando que, por se tratar de norma aberta, é imprescindível explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, conforme parâmetros do art. 489, § 1º do CPC/15. Além disso, a atividade executiva apresenta potencial de provocar tensão entre princípios, o que da mesma forma exige justificação quanto à ponderação efetuada para a conclusão quanto ao meio executivo escolhido, na forma do art. 489, §2º do CPC/15, sob pena de nulidade da decisão⁵⁴⁸.

A fundamentação confere racionalidade e legitimidade à decisão, sendo, por tal razão, fator de salvaguarda à independência judicial, na medida em que a exposição das razões remete à ilação de que o juiz decidiu de determinado modo porque assim impunham os fundamentos adotados. Trata-se, sem dúvidas, de exigência inerente ao Estado Democrático de Direito, bem como instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais pelas partes por ela atingidas⁵⁴⁹.

Dessas reflexões, e sem adentrar verticalmente em teorias acerca da decisão judicial⁵⁵⁰, cumpre evidenciar que o contraditório e a garantia constitucional da motivação das

*quantia, deparou o credor com grande dificuldade para encontrar bens penhoráveis no patrimônio do devedor. Descobriu finalmente que este guardava boa soma em dólares americanos em um cofre-forte bancário. Pediu o arrombamento do cofre, a ser feito com todas as cautelas destinadas à idoneidade do ato, responsabilizando-se pelas despesas do arrombamento. O juiz da causa, a quem certamente não importavam os resultados de seu exercício jurisdicional, despachou simplesmente: "diga a parte contrária". É fácil imaginar onde foram parar os dólares!" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo. *Op. cit.*, p. 299).*

⁵⁴⁸ Sobre a fundamentação da decisão judicial que concretiza cláusulas gerais: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao art. 489*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁵⁴⁹ CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Poderes do juiz e princípio do contraditório*. *Revista de Processo*, vol. 195/2011, p. 279 - 307, Maio/2011.

⁵⁵⁰ Ao tratar da aplicação de medidas executivas atípicas à luz de uma teoria da decisão judicial, ZANETTI apresenta desenvolve o raciocínio a seguir sintetizado: i) a fundamentação adequada é imprescindível para o rompimento da via típica e manejo de meios executivos atípicos; ii) contudo, é preciso superar a concepção formalista da interpretação que crê na fundamentação como uma garantia que, por si só, é

decisões judiciais permitem: i) evitar o arbítrio; ii) verificar se a decisão está eivada de subjetivismo; iii) identificar e controlar o raciocínio do juiz; iv) permitir a impugnação; v) aumentar a previsibilidade da aplicação do direito⁵⁵¹.

Neste contexto de controle da decisão judicial quanto à aplicação de medidas executivas atípicas, a fundamentação adequada presta-se ao imperativo de escoimar eventuais medidas coercitivas atípicas da nódoa de efeitos punitivos (itens 3.4.6 e 4.3).

Num singelo exemplo com base em uma medida polêmica que tem sido adotada na prática forense, constata-se que uma medida de suspensão do passaporte tendo como motivação a linha de raciocínio de que se o executado não tem como solver a dívida, também não há de ter recursos para viagens internacionais, redundando em medida claramente punitiva, malgrado pela inexistência de previsão típica, conquanto se queria escorá-la no poder geral de efetivação do art. 139, IV como medida coercitiva. Isso porque, caso se constate que o executado não tem como solver a dívida, não faz qualquer sentido, em termos de idoneidade coercitiva, valer-se de medidas atípicas para o fim de pressioná-lo a algo que ele não tem condições de fazer.

A proposição acerca da ausência de recursos para quitação da dívida não autoriza conduzir à imposição de medidas atípicas com base no art. 139, IV, por transbordar à necessária finalidade coercitiva autorizada pela cláusula geral executiva. Embora a lógica possa até ser verdadeira – se não tem dinheiro para pagar a dívida, não pode ter recursos para viajar – a imposição de suspensão de passaporte (ou outra medida semelhante) é meio absolutamente impróprio para atingir o resultado (pagamento da dívida), o que levaria a uma conotação punitiva, e, assim, careceria de previsão legal.

suficiente para legitimar o exercício da atividade jurisdicional, independentemente do seu conteúdo; iii) cumpre aferir critérios idôneos para controlar normativamente a aplicação de medidas executivas atípicas; iv) o controle intersubjetivo da decisão judicial deve combinar a observância do contraditório (valor-fonte do processo civil), a justificação interna das razões de decidir (coerência a partir da análise lógico-formal do raciocínio judicial), e a justificação externa (teste de estabilidade, coerência e integridade da decisão perante o ordenamento jurídico, com controle das escolhas das premissas fáticas e jurídicas da decisão e do respectivo resultado que se obtém) (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 116-123).

⁵⁵¹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 83-84 (Coleção Atlas de Processo Civil).

Ademais, há de se ter o cuidado para que as pretensas medidas executivas adotadas com base na atipicidade não estejam escoradas em decisão cuja fundamentação não saia do campo da generalização e abstração, invocando motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, sob pena de ilegitimidade da medida por vício de fundamentação, conforme inteligência do art. 489, § 1º, III.

Ainda em desdobramento ao exemplo anterior, suponha-se uma fundamentação que perfilhe o silogismo de que (i) viagens internacionais, manutenção de veículo ou de um cartão de crédito dependem de recursos financeiros, (ii) por não ter solvido a dívida em execução, o executado não dispõe de recursos financeiros, (iii) logo, o executado deve ser proibido de fazer viagens internacionais (suspensão do passaporte), manter e dirigir veículos (suspensão da CNH) e utilizar cartão de crédito (suspensão de cartões de crédito).

Esse tipo de fundamentação, a rigor, se fosse válido, poderia ser usado em absolutamente todas as execuções pecuniárias em que o executado, chamado a solver sua dívida, não a quitasse, nem a garantisse. Ou seja, no universo de todas as execuções de obrigações de pagar quantia certa no Judiciário brasileiro (incluídos os cumprimentos de sentença) seria admissível o uso dessas medidas pelo simples fato da manutenção do estado de inadimplemento da dívida em execução após o prazo legal para pagamento.

Sem rebuços, se decisão com tal fundamentação fosse admitida, haveria a generalização e abstração de uma situação de possível ocorrência (não pagamento após o prazo) e o estabelecimento, por vínculo de imputação, de uma consequência jurídica automática e inevitável com a verificação em concreto do fato do inadimplemento, em clara intromissão no campo da competência do legislador. Seria como se houvesse uma norma legal que, de maneira abstrata e genérica, dispusesse que, não ocorrendo o pagamento voluntário no prazo, serão suspensos os direitos do executado a passaporte, a habilitação para dirigir e a portar cartões de crédito, em simetria ao que dispõe o art. 523, § 1º quanto à incidência de multa (punitiva) de 10% no cumprimento de sentenças referentes a obrigações pecuniárias.

Contudo, não há norma com tal previsão, e providências jurídicas com tal suporte fático representariam sanções puramente punitivas, porque prescindiriam da análise quanto à

efetiva capacidade do executado de cumprir a ordem de pagamento, análise esta essencial para assegurar o caráter coercitivo da medida.

A fundamentação apta a legitimar medidas de tal jaez depende de raciocínio que, calcado em análise que considere os elementos concretos, especialmente o comportamento do executado, demonstre que, *apesar de não ter solvido a dívida em execução*, há indícios ou provas de que o executado dispõe de recursos financeiros para tanto.

Por isso, totalmente acertado dizer que “*sem robusta análise do caso concreto não é possível dizer que ali ou alhures há medida punitiva travestida de coercitiva*”⁵⁵². Isso significa que, dogmaticamente, não há como afirmar, sem ao menos projeção em circunstâncias de fato hipotéticas, que medidas processuais atípicas como as mencionadas apresentam sempre natureza de medidas punitivas – e por isso são ilegítimas - ou, de maneira oposta, que apresentam sempre natureza de medidas coercitivas – sendo intrinsecamente legitimadas por tal atributo.

Cabe ao juiz, na fundamentação, analisar as circunstâncias do caso concreto, para que fique patenteada a idoneidade coercitiva de uma medida idealizada com base na cláusula geral do art. 139, IV. A coerência da fundamentação, calcada em elementos normativos do próprio ordenamento jurídico (Constituição, leis e precedentes), limita a discricionariedade judicial e concilia a necessidade de segurança jurídica com a efetividade do direito.

4.10 APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS DE OFÍCIO OU A PARTIR DE PROVOCAÇÃO DA PARTE

⁵⁵² ABELHA, Marcelo. *O executado cafajeste II: medida coercitiva como instrumento da medida subrogatória*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267289,31047-O+executado+cafajeste+II+medida+coercitiva+como+instrumento+da+medida>. Acesso em: fevereiro/2018.

Há manifestação doutrinária no sentido de que a imposição de medidas executivas atípicas depende de pedido expresso, certo e determinado por parte do exequente, para evitar a quebra da imparcialidade do julgador, em violação ao princípio da isonomia das partes⁵⁵³.

Acostamo-nos, contudo, à linha amplamente majoritária⁵⁵⁴ de que o juiz pode impor de ofício ou a requerimento de qualquer das partes o meio executivo atípico para a satisfação do crédito exequendo.

A atuação de ofício não está prevista de forma expressa no inciso IV do art. 139. Contudo, como dissemos anteriormente (itens 4.1 e 4.1.1.1), o alcance da cláusula geral do art. 139, IV também deve considerar sua interação com as demais fontes do sistema de atipicidade executiva. Nesse sentido, os arts. 536 e 773 do CPC/15 dispõem expressamente que as medidas necessárias à efetivação da tutela ou ao cumprimento da ordem podem ser adotadas de ofício ou a requerimento.

Ademais, o próprio *caput* e incisos do art. 139 levam à interpretação de que é dever do juiz atuar de ofício seja para “*velar pela duração razoável do processo*” (medidas executivas), seja para “*reprimir atos contrários à dignidade da justiça*” (medidas punitivas).

Naturalmente, atuar de ofício não significa prescindir do contraditório, sendo bastante clara a esse respeito a orientação do art. 10 do CPC/15.

⁵⁵³ BERALDO, Leonardo de Faria. *As medidas executivas atípicas contra o condômino inadimplente*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

⁵⁵⁴ DIDIER *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 117-119; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. *Op. cit.*, versão eletrônica. FERREIRA, Gabriela Macedo. *Poder geral de efetivação: em defesa da constitucionalidade da técnica de execução dos direitos do art. 139, IV do Código de Processo Civil*. *Op. cit.*, no prelo; VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. *Atipicidade dos meios executivos: da discricionariedade à violação de preceitos garantidores do estado democrático de direito*. *Op. cit.*, no prelo; SANTOS, Leonardo Valverde Susart dos. *Atipicidade executiva e créditos trabalhistas: dessacralização do princípio dispositivo e instrumentos de gestão processual cooperativa*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo. BRANCO, Janaina Soares Noletto Castelo; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *O interesse público seria limite à aplicabilidade do art. 139, IV, do CPC, às execuções em face da fazenda pública?* In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo. No mesmo sentido, mas tratando do tema à luz do CPC/73: GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. *Op. cit.*, p. 105.

Por outro lado, é acertado dizer que o juiz não pode impor de ofício, como medida atípica, providência para a qual a lei exija provocação da parte. De fato, há medidas executivas típicas para as quais a lei prevê, expressamente, a necessidade de requerimento da parte, como é o caso das seguintes medidas: i) prisão civil do devedor de alimentos (art. 538, *caput*); ii) penhora *online* (art. 854, *caput*); iii) inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes (art. 782 § 3º); iv) constituição de capital na execução de alimentos indenizativos (art. 544, *caput*, todos do CPC/15). Não cabe ao juiz burlar a exigência legal, a pretexto de atipicidade executiva⁵⁵⁵.

4.11 ADEQUAÇÃO DOS MEIOS PARA A EFICIÊNCIA NA EXECUÇÃO DE PRETENSÕES PECUNIÁRIAS NO SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

A consolidação de um sistema jurisdicional efetivo e eficiente de tutela coletiva demanda um tratamento processual diferenciado dos litígios transindividuais, sendo assente que o modelo instrumental clássico, idealizado sob um viés individualista, é insuficiente para superar desafios quanto à tutela de situações de conflito envolvendo pluralidade de pessoas, identificáveis ou não, ou bens cuja titularidade é coletiva. O próprio histórico legislativo da tutela coletiva no Brasil - desde o marco histórico fincado com a Lei de Ação Popular, até o próprio o CPC/2015, o qual foi estruturado para interagir o microssistema coletivo - revela o progressivo aperfeiçoamento das técnicas processuais à vista da necessidade de reformular paradigmas como a inseparabilidade entre a legitimidade processual e a titularidade do direito material e os limites subjetivos da coisa julgada, dentre outros. Essa necessidade de adequação do instrumento processual tornou-se ainda mais premente com a fase evolutiva inaugurada

⁵⁵⁵ Neste sentido: “não pode o julgador, *ex officio*, determinar, como medida atípica, providência para a qual a lei, tipicamente, exige provocação da parte” (DIDIER *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. *Op. cit.*, p. 123).

com o advento da CF/88, que estendeu à tutela coletiva as garantias fundamentais do acesso à justiça, da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal⁵⁵⁶.

Sob o ângulo da tutela executiva, o sistema processual coletivo comporta tanto a execução de pretensão coletiva, a ser conduzida por um legitimado extraordinário (parte ideológica), na forma da disciplina da Lei de Ação Civil Pública, quanto a execução de pretensões individuais, a ser manejada pelo legitimado extraordinário ou pelas próprias vítimas, por força do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, conforme arts. 91 a 100 do CDC⁵⁵⁷.

Nada obstante, a tutela coletiva de obrigações pecuniárias foi estruturada com base no tradicional modelo individualista do tipo credor e devedor. Na execução de pretensão coletiva de natureza pecuniária, o legitimado extraordinário apresenta-se como o clássico credor que busca a execução de obrigação de pagar quantia em face do devedor. O fato de nesta execução os valores serem destinados a um fundo coletivo, como será detalhado a seguir, não muda esse cenário, pois a posterior reversão dos recursos arrecadados à reconstituição do direito lesado é providência que transborda ao módulo processual executivo, inserindo-se na competência administrativa do conselho gestor.

O mesmo esquema credor-devedor, com a exortação ao pagamento voluntário sob pena de busca de bens para penhora e expropriação, se dá na execução de pretensões individuais, seja esta proposta individualmente pelas vítimas passíveis de identificação e habilitação (art. 97 do CDC), seja pelo legitimado extraordinário coletivo, em substituição processual em favor dos prejudicados (arts. 97 e 98 do CDC)⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ A respeito do histórico da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, com amplas referências doutrinárias, remetemos a artigo publicado em coautoria: ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. *Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017, p. 236-277.

⁵⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 10. ed., Salvador: *Juspodivm*, 2016. p. 437.

⁵⁵⁸ MARCELO ABELHA explica que, ao contrário do quanto preconiza o art. 98 do CDC, a execução da norma concreta formulada em ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos não será coletiva, ainda que se autorize a legitimação extraordinária do ente coletivo para a execução, pois o direito tutelado é individual puro (ABELHA, Marcelo. *Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC*. Revista de Processo, vol. 116/2004, p. 325-333, Jul-Ago/2004. Versão eletrônica).

Contudo, novas perspectivas se abrem para aprimorar o tratamento da execução no processo coletivo com a comunicação da disciplina atípica prevista no art. 139, IV do CPC/15 ao sistema coletivo, seja pelo exercício dos poderes-deveres executivos do juiz, ou mesmo a partir de negócios processuais de caráter executivo que podem ser celebrados em instrumentos como um termo de ajustamento de conduta⁵⁵⁹.

Com essas ponderações, apresentam-se a seguir algumas propostas de flexibilização do procedimento e de adequação dos meios de efetivação, com arrimo na atipicidade executiva, visando aprimorar a eficiência da execução relativa a prestações pecuniárias no sistema coletivo. Para tanto, urge superar o paradigma tradicional do credor-devedor, assentado na busca da satisfação da obrigação de pagar pela via da penhora-expropriação.

4.11.1 EXECUÇÃO COLETIVA PECUNIÁRIA E SATISFAÇÃO FLUIDA DA CLASSE AFETADA POR DANOS COLETIVOS: SOLUÇÃO EXECUTIVA ATÍPICA ALTERNATIVA AO FUNDO COLETIVO DE REPARAÇÃO

O sistema de tutela coletiva no Brasil comporta qualquer forma de tutela capaz de propiciar a adequada defesa dos direitos e interesses transindividuais (art. 83 do CDC), podendo advir das ações coletivas condenações em prestações pecuniárias voltadas à restauração ou indenização dos danos causados ao bem tutelado. Há, também, a possibilidade de formação de títulos executivos encartando obrigações de pagar decorrentes de multas coercitivas aplicadas por descumprimento de obrigações específicas (art. 11 da Lei de Ação Civil Pública - LACP e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor - CDC).

A disciplina normativa do sistema coletivo estabelece que os valores pecuniários decorrentes de condenações em ações voltadas à tutela de direitos essencialmente

⁵⁵⁹ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925. Op. cit.*, p. 127-129.

coletivos (direitos difusos e coletivos, assim definidos no art. 81, I e II, do CDC) devem ser destinados a fundos públicos de defesa de direito difusos, para posterior reversão em favor da coletividade com a recomposição dos bens lesados (art. 13 da Lei de Ação Civil Pública).

Igual destino toca aos valores advindos de condenações em ações relacionadas a direitos acidentalmente coletivos (direitos individuais homogêneos, como definidos no art. 81, III, do CDC), na hipótese de não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, conforme mecanismo de reparação fluida (*fluid recovery*, art. 100 do CDC), o que é comum em situações envolvendo danos individuais causados a um grupo de pessoas de difícil ou impossível identificação individual⁵⁶⁰. Ambas as situações atraem a legitimação extraordinária do ente coletivo.

Decorre de tal sistematização um necessário intervalo entre o pagamento de prestações pecuniárias na execução coletiva e sua efetiva reversão em favor da coletividade, haja vista o elemento intermediário personalizado no fundo de reparação. VITORELLI anota que tal circunstância não seria, por si só, de lamentar, não fosse o fato de que, na prática, o fundo federal e os fundos estaduais não têm sido eficazes em cumprir suas funções institucionais, havendo inclusive aplicação de recursos em finalidades discutíveis⁵⁶¹.

Sendo o objetivo do fundo de reparação a reconstituição dos bens lesados, como consta na lei de regência, há de se refletir sobre de que formas seria possível trilhar outros caminhos executivos que propiciem a reparação da classe ou grupo prejudicado pelos

⁵⁶⁰ Diz-se, assim, que a demanda executiva com reversão ao fundo prevista no art. 100, parágrafo único, é eventual e residual. Eventual porque depende de sentença que impute condenação genérica tornando certa a obrigação de pagar quantia às vítimas ou sucessores do evento danoso. Residual porque é mister que, após um ano da formação do título executivo, o número de liquidações individuais seja incompatível com a gravidade do dano, de forma a se reconhecer situação de vantagem ao causador do dano (ABELHA, Marcelo. *Fundamentos da tutela coletiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 267-269).

⁵⁶¹ VITORELLI, Edilson. *Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos*. Op. cit. no prelo. Explica ainda o autor que “Em 2017, dados divulgados pelo próprio Ministério da Justiça demonstraram que o FDD arrecadou, de 2010 a 2017, quase 1,9 bilhão de reais e desembolsou apenas 38,4 milhões. Essa realidade não é acidental, ou decorrente de incúria dos gestores do fundo. Como o FDD é um fundo contábil, não um fundo financeiro, sua arrecadação fica alocada na conta única do tesouro nacional, dependendo de previsão orçamentária para que os valores possam ser gastos. Essa previsão, ao longo dos anos, sempre foi significativamente inferior ao valor arrecadado, de modo que o restante fica disponível, em termos financeiros, para ser utilizado pelo governo federal, em outras finalidades”.

danos, especialmente pelo viés da compensação pecuniária destes danos. Neste ensejo, vem a lume uma modalidade de reparação no estilo que a doutrina norte-americana denomina *cy-près*, que deriva da expressão francesa *cy-près comme possible*, a qual traduz a ideia de “o mais próximo do possível”.

Explica VITORELLI que essa modalidade se divide em dois ramos. O primeiro é o *price-rollback cy-près*, que trata da adoção de providências reparatórias fluidas, que são indiretamente benéficas à sociedade. O exemplo citado pelo autor é o da cobrança indevida de tarifas de táxi na cidade americana de São Francisco, cuja decorrente ação de classe determinou que a reparação pecuniária fosse efetivada com a cobrança de valor menor pelo serviço por um período determinado, com benefício fluido à classe de usuários de táxi⁵⁶².

O segundo é o *organisational-distribution cy-près*, que consiste na redistribuição dos recursos pela atuação de mecanismos públicos ou privados. Essa modalidade permite a criação de fundos específicos vinculados ao processo, sendo neste mesmo definida a destinação dos recursos, inclusive com a participação da sociedade, de forma a garantir a reversão dos valores para projetos de interesse local, vinculados ao dano coletivo. Cita o autor caso brasileiro envolvendo acordo de execução firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Shell/Basf, em condenação decorrente de contaminação ambiental que prejudicou a saúde de trabalhadores, destinando-se os recursos a entidades relacionadas ao tratamento do câncer⁵⁶³.

Trata-se, sem dúvidas, de iniciativas que podem redundar em maior eficiência para a satisfação quanto à reparação do dano coletivo do que a utilização dos fundos previstos na legislação do processo coletivo, o que recomenda a busca de diálogo entre as partes visando transações que sigam essa linha de reparação dos danos. Mas, se a possibilidade de adoção de soluções deste jaez, no sistema brasileiro, através de acordos celebrados no processo coletivo pode não despertar maiores resistências, o mesmo não se dá com a imposição de tais medidas através de decisões judiciais, até porque o Brasil não adotou,

⁵⁶² VITORELLI, Edilson. *Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos*. *Op. cit.*, no prelo.

⁵⁶³ *Ibidem*.

no microsistema do processo coletivo, o sistema de *judicial discretion* na aplicação dos recursos oriundos das condenações em dinheiro⁵⁶⁴. Mesmo no contexto americano, a técnica da *cy-près* ocorre em meio a uma transação ou acordo, quase nunca por decisão judicial⁵⁶⁵.

A pergunta que se oportuniza, então, é: o CPC/15, a partir da atipicidade, abre espaço para o juiz se valer de técnicas inspiradas na doutrina americana da *cy-près*, visando a eficiência da tutela executiva do crédito em ações coletivas?

Para o propósito investigado, atinente a soluções que permitam a satisfação do crédito sem a utilização do tradicional mecanismo intermediário do fundo coletivo, interessa-nos as providências reparatórias fluidas da modalidade do *price-rollback cy-près*. A modalidade do *organisational-distribution cy-près*, conquanto seja bastante interessante pela sua aptidão de uma compensação mais imediata e da maneira mais próxima possível dos danos verificados, ainda depende de arrecadação de recursos para um fundo, apenas tornando-se mais eficiente sua gestão e mais adequada a destinação dos valores arrecadados.

Parece-nos possível sustentar, com base na atipicidade dos meios executivos aplicada no contexto de ações coletivas envolvendo obrigações de pagar, a possibilidade de flexibilização do procedimento executivo com o intuito de, assegurada a participação útil das partes e o dever de fundamentação suficiente, construir-se solução judicial que suplante a tradicional via expropriatória para a satisfação da prestação pecuniária.

O sistema processual admite medidas de efetivação imponíveis diretamente ao devedor, imputando-lhe deveres de fazer e de não fazer instrumentais para a satisfação do direito creditório. Destaque-se, nesse sentido, conforme previsto no art. 774 do CPC/15, a possibilidade de ordenar o executado a não se opor maliciosamente à execução, a não dificultar ou embaraçar a realização da penhora, a indicar ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, dentre outras variadas providências

⁵⁶⁴ BADIN, Arthur. *O fundo de defesa de direitos difusos*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 67/2008, p. 62 – 99, Jul - Set /2008. Versão eletrônica.

⁵⁶⁵ REZENDE, Priscilla Correa Gonçalves de; ALVES, Gustavo Silva. *A relevância da fluid recovery para a satisfação da tutela coletiva*. Revista Eletrônica de Processos Coletivos, vol. 7, n. 2, Abr - Jun/2016. Versão eletrônica.

que exigem um comportamento de fazer ou de não fazer por parte do devedor para o êxito da execução do crédito.

Nesse diapasão, o art. 139, IV abre ao juiz a possibilidade de determinar, sob pena de sanções processuais, medidas executivas diretas em face do próprio devedor, as quais, consubstanciando obrigações ou deveres de fazer e de não fazer, podem redundar em via mais expedita e eficiente para fins de tutela executiva do direito⁵⁶⁶. Destarte, tendo como base o sistema de atipicidade, é possível adotar medidas atípicas que imponham ao devedor deveres voltados à satisfação do direito subjacente ao crédito em execução, ainda que à margem do tradicional mecanismo expropriatório.

Com essas premissas, sobressai oportuna, no sistema coletivo, uma técnica executiva atípica que, tal como a figura típica da penhora sobre o faturamento da empresa devedora (art. 866 do CPC/15), atinja esse mesmo faturamento, mas em momento lógico anterior, afetando, na verdade, uma fonte de receita que compõe seu faturamento, com igual impacto financeiro à empresa.

Tomando como inspiração o exemplo anteriormente citado, suponha-se caso em que venha a ser imposta obrigação de pagar em face de determinada concessionária de serviço público, por condenação em ação civil pública fundada em cobranças a maior de pedágios ou outras tarifas⁵⁶⁷. Naturalmente, o valor da prestação pecuniária seria estimado de acordo com o dano financeiro provocado à coletividade, que também equivaleria à expressão do enriquecimento sem causa da concessionária, apurado conforme valor excedente da tarifa cobrada, período de duração da cobrança ilegal e número aproximado de usuários lesados a partir de uma média diária.

⁵⁶⁶ Pense-se na hipótese de se descobrir, durante o procedimento executivo para pagamento de quantia, que o devedor possui cofre em sua residência. Em vez de providências sub-rogatórias a cargo de terceiros para a abertura do cofre (à força, com arrombamento), o que pode ser custoso, pode-se priorizar a imposição de obrigação de fazer diretamente ao devedor, ordenando-se que ele mesmo abra o cofre, sob pena de sanções processuais (medida processual punitiva por ato atentatório, e medida coercitivas para pressão psicológica).

⁵⁶⁷ É verdade que a Lei de Ação Civil Pública, em previsão de duvidosa constitucionalidade constante em seu art. 1º, parágrafo único, veda o uso de ação coletiva para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Trata-se de regra restritiva que não comporta interpretação extensiva, daí porque o exemplo sugerido não esbarraria na famigerada proibição, considerando que pedágio não tem natureza jurídica tributária, pois se trata de preço público, de natureza contratual e submetido a regime de direito privado.

Trata-se de hipótese que, a exemplo do caso dos passageiros de táxi, apresenta impedimento prático para o ressarcimento preciso dos prejudicados homogeneamente, pela impossibilidade de se identificar com exatidão cada um dos lesados. Então, o valor imposto na condenação coletiva deveria, a rigor, seguir para o correspondente fundo reparatório, conforme previsão do art. 100 do CDC, em execução promovida por um ente coletivo.

Vale refletir, contudo, que, se os valores decorrentes da prestação pecuniária a ser paga pela concessionária para reparação do dano estimado seriam destinados ao fundo coletivo para posterior reversão à coletividade prejudicada, então consubstancia resultado prático financeiramente equivalente, porém mais eficiente quanto à reparação do dano, uma decisão judicial executiva que determinasse, como solução para satisfação do direito por trás do crédito, a redução do valor do pedágio ou tarifa por certo período, até se alcançar o valor do crédito. Com essa solução, beneficia-se financeiramente a classe de usuários prejudicada com o dano apurado, com igual adimplemento do crédito em execução, sob o enfoque da satisfação do direito em jogo.

Observe-se que, no exemplo, a origem do dano repousa em cobranças excessivas em obrigações de pagar, em cujos polos da relação material se situam a concessionária (polo ativo) e a classe dos usuários (polo passivo). Com a condenação na ação coletiva, estabelece-se uma obrigação de pagar financeiramente equivalente àquelas, invertendo-se a posição dos sujeitos nos polos da relação jurídica de direito material, como é típico de qualquer ressarcimento por cobranças indevidas. Ou seja, o grupo prejudicado, representado pelo ente coletivo, passa a ser titular do direito de crédito, figurando a concessionária como sujeito passivo.

Na via tradicional, a forma de satisfação do direito dessa classe, segundo disposto na lei, seria pelo caminho da destinação dos valores ao fundo coletivo, com posterior aplicação dos recursos em medidas que beneficiam a classe, relacionadas, na medida do possível, com a natureza da infração ou de dano causado⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸ Tal como consta do art. 7º do Decreto nº 1.306/1994, que instituiu o Fundo Federal de Direitos Difusos (FDD), vinculado ao Ministério da Justiça. O regramento, embora específico à esfera federal, espelha a

Entretanto, se o dano tem sua origem vinculada a relações jurídicas obrigacionais pecuniárias excessivas (tarifas cobradas dos usuários), não há por que não se pensar em satisfazer o crédito decorrente daquele dano tendo como suporte outras obrigações pecuniárias da mesma natureza (posteriores tarifas cobradas dos usuários), reduzindo-as na proporção necessária a aplacar o excesso apurado.

Como já afirmado, trata-se, a nosso ver, de meio executivo atípico, que se vale de ordem dirigida ao devedor, que consubstancia obrigação de fazer (redução da tarifa) instrumental à tutela executiva do crédito, a qual seria feita diretamente às custas do devedor.

Essa engenhosa solução propõe a reparação de um prejuízo financeiro provocado a um grupo indeterminado de pessoas através de proporcional benefício financeiro em favor da mesma classe, resguardando-se equivalência com o valor da prestação pecuniária ordinária que o sujeito passivo haveria de pagar, estimada de acordo com a expressão financeira do dano.

Tal caminho, além de poder proporcionar maior satisfação da classe prejudicada, em razão da relação direta entre o dano causado e a forma de reparação a ser efetivada, passa em absoluto pelo crivo da menor onerosidade, porque evita que o devedor tenha de desembolsar de imediato vultosa quantia, e não é menos eficaz ao grupo titular do direito, considerando a demora inerente provocada pela intermediação do fundo coletivo no método tradicional de reparação.

Numa visão jurídica pragmática, essa solução não repercute em nenhuma diferença prática significativa, sob o ponto de vista da esfera jurídica do devedor, quando comparada ao meio típico de penhora de percentual de faturamento de empresa (art. 866 do CPC/15). No caso, o faturamento da concessionária seria formado, essencialmente, pelas tarifas pagas pelos usuários. Pelo meio executivo típico, a concessionária receberia os valores cheios da tarifa normal, os quais, após o faturamento, seriam decotados para serem depositados em juízo para adimplemento do crédito, depois

solução necessária à luz da norma legal do art. 13 da Lei de Ação Civil Pública, que prevê a referibilidade entre os recursos e a reconstituição dos bens lesados.

destinados ao fundo coletivo, e, por fim, algum dia, revertidos à coletividade. De outra guinada, pelo meio atípico proposto, antecipa-se virtualmente o momento em que esses valores são decotados do faturamento, mediante a redução do preço da tarifa cobrada dos usuários, cujos interesses são a razão de ser da ação coletiva.

Logra-se, com isso, encurtar o caminho para se iniciar a satisfação da classe vitimada pelo dano apurado, num procedimento atípico que preza pela eficiência do processo em favor do titular do direito coletivamente tutelado, com direta referibilidade entre o dano e a vantagem financeira obtida.

Outrossim, o caminho de efetivação sugerido passa com folga pelo teste inerente à cláusula geral da menor onerosidade a que se deve submeter qualquer meio executivo atípico (art. 805 do CPC/15). É menos oneroso que a penhora do faturamento, que envolve uma série de providências para sua operacionalização (nomeação de administrador-depositário; aprovação judicial de sua forma de atuação; prestação mensal de contas; e entrega em juízo das quantias recebidas, com os respectivos balancetes mensais, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida), sendo mais simples a medida de redução da tarifa com controle da quantidade de pagamentos no tempo. E também é menos oneroso que o procedimento expropriatório, cuja tendência (nem sempre realizável) é o despojamento imediato do patrimônio necessário ao integral pagamento da dívida, o que, no caso, poderia até prejudicar a continuidade da atividade de interesse público desempenhada pelo sujeito passivo.

Por outro lado, não se trata, como poderia parecer sob certo ângulo, de providência que busque conferir uma reciprocidade à conversibilidade permitida pelo art. 499 do CPC/15 – que trata da possibilidade de converter uma obrigação específica em obrigação de pagar –, para, na via inversa, promover a conversão da obrigação de pagar originária em obrigação de fazer equivalente. Não teria sentido pensar dessa forma, considerando eventual necessidade de desfazer a conversão, em caso de impossibilidade ou de resistência quanto ao cumprimento da obrigação imposta. É mais apropriado pensar em via atípica para satisfação do crédito, o qual permaneceria em sua formatação obrigacional original, com suspensão das medidas expropriatórias em prol do curso de medidas atípicas, inclusive mantendo-se hígdas eventuais medidas de indisponibilidade

patrimonial tomadas no processo, para garantia da execução no caso de necessidade de retomada do caminho expropriatório.

O tema é instigante e há de ser objeto de amadurecimento e reflexões pela doutrina brasileira, seja para acolher ou refutar tal possibilidade à luz do sistema de atipicidade trazido com o Código vigente⁵⁶⁹.

De toda forma, pelos motivos expostos, entendemos haver superfície no art. 139, IV para encaminhamento de solução atípica como a proposta, de forma a superar judicialmente a tortuosa via expropriatória para a satisfação do crédito, e, assim, garantir uma tutela coletiva mais eficiente e satisfatória do ponto de vista dos titulares do direito lesado. Recorde-se que a ideia da cláusula geral é justamente que, preenchida a moldura valorativa aberta do enunciado normativo, possa o juiz construir a norma concreta com a solução mais adequada e eficiente para a crise a ser deslindada, mantida a compatibilidade com as demais normas do sistema.

Enfim, esta é uma técnica atípica para a tutela do crédito em demanda coletiva: ao invés da medida típica de penhora de percentual de faturamento da empresa devedora, promove-se um decréscimo proporcional em uma fonte de receita que compõe seu faturamento, mediante a imposição do dever de redução do preço do serviço ou produto ofertado à classe afetada pelo dano coletivo, proporcionando-lhe uma compensação direta. Sob o enfoque da tipologia delimitativa (item 2.5), trata-se de solução atípica análoga à figura típica.

Em ambas as medidas, típica e atípica, deve ser fixado um percentual que propicie a satisfação do crédito exequendo em tempo razoável, mas que não torne inviável o exercício da atividade empresarial, conforme orientação do art. 866, § 1º. Na verdade, a ideia da medida atípica é que o resultado final para a empresa, em termos de impacto financeiro negativo, seja equivalente àquele que haveria com a medida típica da penhora de parte do faturamento.

⁵⁶⁹ No sentido da proposta defendida neste texto, com base em experiências estrangeiras da *cy-près*: “*pode o órgão julgador (...) substituir a indenização destinada ao fundo por uma redução temporária dos preços de alguns produtos ou serviços da empresa executada, de modo a ressarcir, também coletivamente, os consumidores*” (DIDIER JR., Fredie, ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 12. ed., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 491).

A propósito, há notícias de ações coletivas em que, já na demanda inicial, além do pedido de reconhecimento de obrigações de pagar em face do ente requerido, também é deduzido pedido de que os valores decorrentes sejam descontados da tarifa cobrada dos usuários prejudicados pelas irregularidades alegadas na ação⁵⁷⁰.

Em nosso entender, tal pedido na petição inicial tem a utilidade de adiantar uma possível forma de satisfação em caso de reconhecimento do direito, mas não haveria qualquer prejuízo à posterior adoção de tal providência se não houvesse especificação nesse sentido, tampouco engessamento do meio executivo a ser perfilhado. A fase de conhecimento deve focar prioritariamente em resolver a crise de identificação da norma jurídica concreta, é dizer, em identificar o direito material aplicável no caso. A efetivação prática desse direito é problema que encontra melhor ambiente de resolução na fase de execução, até porque entre o ajuizamento da demanda e o trânsito em julgado para deflagração da execução definitiva pode transcorrer interregno temporal suficiente para a ocorrência de significativas modificações das condições fáticas (p. ex., substituição da concessionária). Deve prevalecer, assim, a atipicidade dos meios executivos, permitindo-se ao juiz que, à medida que a execução se desenvolva, adote os meios mais eficientes para a tutela do direito reconhecido.

Em remate, a se aceitar como legítima a proposta objeto das considerações acima, a consequência direta seria admitir que, guardado o respeito ao contraditório e à fundamentação, a medida executiva adequada pode ser idealizada atipicamente e aplicada pelo juiz diretamente em execuções envolvendo obrigações pecuniárias, sem que se precise prestar reverência ao dogma do esgotamento dos meios sub-rogatórios tipificados e subsidiariedade dos meios executivos atípicos⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ A exemplo da Ação Civil Pública nº 0022716-65.2017.4.02.5001, em tramitação na Seção Judiciária do Espírito Santo, movida pelo Ministério Público Federal em face de concessionária de serviço público rodoviário, na qual, dentre outros, foram formulados os seguintes pedidos: “a) seja a concessionária condenada a indenizar os usuários da rodovia concedida em valor compatível com as irregularidades identificadas e sua capacidade econômica, determinando-se a conversão integral do valor em desconto tarifário; b) seja a ANTT condenada a determinar à concessionária desconto no valor da tarifa a título de dano moral coletivo, correspondente ao valor arbitrado por esse juízo”.

⁵⁷¹ Dogma cristalizado no enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis e objeto de críticas no item 4.5.

4.11.2 MEDIDAS ATÍPICAS PARA A EXECUÇÃO DE PRETENSÕES INDIVIDUAIS NO SISTEMA COLETIVO

Como já mencionado, a execução de pretensões individuais no sistema coletivo, estando no polo ativo as vítimas identificadas (art. 97 do CDC) ou o próprio ente legitimado extraordinário coletivo atuando em favor destas (arts. 97 e 98 do CDC), segue o tradicional esquema credor-devedor, com a convocação judicial do sujeito passivo para pagamento voluntário dos valores devidos a cada um dos múltiplos credores, sob pena de penhora e expropriação. Não se trabalha com fundo coletivo de reparação nestas hipóteses, salvo se não houver habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano.

É possível, contudo, pensar em meios mais eficientes para aprimorar a satisfação de pretensões individuais pecuniárias tuteladas em ações para a defesa de interesses individuais homogêneos, na esteira, inclusive, de soluções já engendradas sob a égide do Código anterior, com mais razões aplicáveis à luz do CPC/15, tendo por base justamente as medidas executivas atípicas autorizadas pelo art. 139, IV⁵⁷². A ideia, como será visto, é evitar as execuções multitudinárias no modelo credor-devedor.

Precedente de sumo relevo quanto ao tema é o entendimento manifestado no julgamento do Recurso Especial 767.741/PR (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 24.08.2010), versando sobre ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, em que uma instituição financeira foi condenada a pagar expurgos inflacionários de planos econômicos aos poupadores com contas ativas na década de 80.

Como consta do voto condutor do julgado, o Juízo de primeiro grau, em vez de trilhar o caminho tradicional de execuções individuais sob a batuta do Judiciário (o que geraria milhares de procedimentos visando à satisfação de cada poupador), entendeu por extrair eficácia mandamental da sentença e determinar que o banco satisfizesse as obrigações de pagar mediante creditamento direto e extrajudicial na conta de cada beneficiado.

⁵⁷² Posição manifestada por VITORELLI (VITORELLI, Edilson. *Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos*. *Op. cit.*, no prelo).

O acórdão local recorrido, encampando a solução determinada na sentença de primeiro grau, entendeu ser possível atribuir eficácia mandamental à sentença, sem que se verificasse qualquer prejuízo processual ou de ordem material aos envolvidos, especialmente porque *“a aplicação de tradicional procedimento executório, pelos indivíduos beneficiados pela sentença, causaria insuperáveis transtornos ao Judiciário, traria desnecessário ônus aos titulares de direito e, posteriormente ao próprio devedor, razão pela qual admite-se a moderna aplicação do direito, para se atingir a finalidade social de lei”*.

O STJ manteve a decisão recorrida, entendendo adequada ao caso a solução de determinar que o próprio banco depositasse os valores devidos nas contas de seus clientes. Vale transcrever as lúcidas razões perfilhadas no julgado em questão:

13.- É claro que a determinação do julgado, em princípio, diferencia-se do que normalmente ocorre nos comandos jurisdicionais da matéria -- afasta-se, em verdade, do "id quod plerumque accidit " , ou seja, do que comumente acontece.

Mas não há ofensa a lei federal nenhuma na determinação do Juízo, no sentido de que o preceito do julgamento transitado em julgado se cumpra pela forma mandamental, que se extrai da própria petição inicial, da sentença e do Acórdão -- como se demonstrou acima.

Nada há nos artigos de lei invocados pelo Recurso do Banco do Brasil, que obste essa determinação, ou seja, que impeça a execução mandamental direta, mediante depósito na conta bancária de seus depositantes, pelo próprio banco (CPC, art. 463; Lei da Ação Civil Pública - Lei 7347/85, art. 15; Código de Defesa do Consumidor, Arts. 96, 97, 98, 99 e 103, § 3º; e Lei Complementar 105, art. 1º, V).

Lembre-se que, do fato incontroverso de os consumidores individuais poderem propor execuções individuais não se pode extrair a conclusão de que seja vedado ao Juízo determinar que o Banco devedor efetue, ele próprio, o depósito dos valores nas contas de seus clientes, até porque seria contraditório imaginar que, do fato de alguém ter direito não seria congruente imaginar a impossibilidade de determinação para a satisfação desse direito.

Casos discrepantes da normalidade -- como o de não haver mais conta de algum interessado no Banco -- serão resolvidos individualmente, de acordo com as circunstâncias de cada caso.

O que não faria sentido é, tratando-se de estabelecimento que lida com moeda corrente e, portanto, espécie de bem preferente, mesmo na ordem da penhorabilidade, dar início a execução, para que viesse a criar-se novo longo processo, reabrindo-se todas as instâncias recursais, para, ao final, pagar o que, afinal de contas, já deve ser feito de imediato pela forma mais simples, que é a determinada pelo Juízo.

14.- O julgamento evita, permita-se a expressão, a "judicialização a varejo " de execuções multitudinárias, como o que vem sendo observado no Brasil, a produzir verdadeira inviabilização do próprio serviço judiciário.

Observa-se no caso o que, em regra, se faz no mundo, ou seja, proclamada a tese jurídica, ou reconhecida a questão fática, por intermédio da "Class Action" (USA), ou instituto assemelhado, não se exige que cada um dos milhares de beneficiários do julgamento coletivo promova sua ação individual, mas, sim, ao contrário, segue-se o cumprimento do julgado por atividade direta da entidade atingida pelo julgamento, seja mediante atuação da entidade responsável, no obrigatório cumprimento automático do julgado, seja por ação de medida de coerção indireta -- geralmente por intermédio de órgão setorial, público ou privado, do setor.

Com precisão, VITORELLI, ao render encômios ao precedente em tela, afirma que “*exigir execução individual de cada beneficiário da decisão coletiva significa desfazer, na execução, todos os benefícios sociais decorrentes da coletivização da fase de conhecimento*”⁵⁷³.

Na verdade, pensando-se nas três esferas de interesse na execução e também na cláusula geral da menor onerosidade, a solução perfilhada atendeu aos interesses dos titulares individuais do direito, que não precisaram ajuizar execuções individuais ou contar com a execução promovida pelo ente coletivo, aos interesses do Poder Judiciário, que não se viu assoberbado com milhares de execuções nas quais praticamente se limitaria a intermediar, burocraticamente, a comunicação entre pequenos credores e um devedor amplamente solvente, bem como aos interesses do próprio devedor, que, sem a propositura de execuções individuais, não viu sua condenação ser acrescida de nova imposição de honorários pela fase executiva.

Por outro lado, cumpre atentar que, para justificar a meio executivo adotado, o STJ, como resumido na ementa do julgado, seguiu a linha de que “*o pedido formulado possuiu nítido caráter mandamental*” e que “*essa característica se refletiu no título judicial que se formou*”, acolhendo a construção feita nas instâncias inferiores.

Contudo, ao que pensamos, essa linha argumentativa se revela desnecessária atualmente, diante do fato de que o art. 139, IV, do CPC/15 permite o manejo de medidas executivas atípicas, independentemente de considerações quanto à natureza do pedido e de eventuais efeitos mandamentais da tutela concedida. A vinculação da

⁵⁷³ VITORELLI, Edilson. *Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos*. *Op. cit.*, no prelo.

cláusula geral de efetivação ao objetivo de assegurar resultado satisfativo para, dessa forma, concretizar o direito fundamental à tutela executiva, representa justificativa dogmática suficiente para dar suporte normativo a soluções executivas atípicas como aquela trazida no precedente acima, evitando-se, ao mesmo tempo, interpretações que possam conferir tratamento processual diferente a situações substanciais absolutamente idênticas, apenas pela forma com a qual o pedido foi deduzido⁵⁷⁴.

Há outros casos em que, de maneira semelhante, obrigações de fazer foram instrumentalizadas para satisfazer obrigações de pagar quantia de maneira mais eficiente no âmbito de ações coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos.

Na Ação Civil Pública nº 0002320-59.2012.4.03.6183/SP, em que se almejava a tutela de direitos individuais homogêneos de segurados e pensionistas da Previdência Social, foi celebrado e homologado acordo entre, de um lado, no polo ativo, o Ministério Público Federal e o Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical - SINDNAPI, e, de outro, no polo passivo, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para fins de revisão de benefícios previdenciários e de pagamento das decorrentes diferenças individuais. No próprio acordo foram alinhados deveres de fazer instrumentais a cargo do INSS para que, administrativamente, fossem efetivados os dois direitos substanciais reconhecidos, o direito à revisão (obrigação de fazer voltada à relação de trato sucessivo de pagamento mensal do benefício) e o direito ao recebimento de valores retroativos (obrigação de pagar quantia)⁵⁷⁵.

Assim, para a satisfação das obrigações pecuniárias tendo como sujeitos ativos individuais os segurados e pensionistas da Previdência Social, ao invés do método tradicional de procedimentos de liquidação individual, seguidos de cumprimento em face da Fazenda Pública, o próprio INSS se encarregou de promover extrajudicialmente o pagamento devido a cada qual, valendo-se do mesmo meio ordinariamente utilizado para pagamento dos benefícios mensais, para a comodidade dos beneficiados.

⁵⁷⁴ Não faria qualquer sentido tratar de maneira diferente, sob o ângulo da função executiva, a hipótese em que a parte pede o pagamento de valores a título de ressarcimento e aquela em que pede o creditamento de valores também a esse título, usando como *discrímen* a sutileza dos termos empregados para a formulação do pedido.

⁵⁷⁵ Para melhor cumprimento do acordo e para lhe dar publicidade, o INSS editou a Resolução nº 268, de 24.01.2013, com todas as orientações para seus agentes e para o público externo.

É recomendável que o estabelecimento de obrigações de fazer instrumentais visando o pagamento de valores devidos a credores titulares direitos individuais homogêneos seja estimulada pela via da solução consensual, até em conformidade com a exortação encartada no art. 3º, § 2º, do CPC/15. Pela via negocial, as partes podem definir amplamente ajustes quanto ao direito material, bem como convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, com arrimo na cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC/15).

Todavia, não há impedimento a que, frustrada a tentativa de ajuste consensual, essas medidas instrumentais sejam impostas atipicamente com base na cláusula geral de efetivação do art. 139, IV, do CPC/15, construindo-se um caminho mais eficiente para a satisfação do direito, em comparação à *via crucis* das execuções individuais multitudinárias. Como já dito no item precedente, essas providências podem ser debatidas na fase de conhecimento e definidas na sentença⁵⁷⁶, mas o meio executivo a ser adotado pode ser definido e modificado na fase de execução, assegurando-se o contraditório.

Em outro exemplo, embora sob a égide do CPC/73, pode-se citar o caso de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em Governador Valadares, com o propósito de condenar uma empresa aérea e uma seguradora a restituir aos consumidores valores cobrados pela venda abusiva de seguro viagem. A sentença de procedência, além de reconhecer o direito substancial à devolução dos valores cobrados abusivamente, acolheu o pedido ministerial de que a companhia fosse obrigada a identificar, por intermédio dos dados de cadastro fornecidos no momento da compra, todos os consumidores que sofreram o dano, bem como fosse obrigada a adotar as providências necessárias no sentido de restituir a cada um deles os valores pagos⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ MARCELO ABELHA entende possível em tais situações imputar na sentença “o dever da empresa abrir um canal de pagamento de indenizações fixadas em sentença aos consumidores que a ela se dirigirem com nota fiscal do produto adquirido” (ABELHA, Marcelo. *Fundamentos da tutela coletiva*. Op. cit., p. 256).

⁵⁷⁷ O caso concreto é trazido por VITORELLI (VITORELLI, Edilson. *Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos*. Op. cit., no prelo). Trata-se da ação civil pública nº 5429-04.2011.4.01.3813. Em consulta por nós realizada em março/2018, o recurso de apelação manejado pela demandada contra a sentença estava pendente de apreciação pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Observe-se que, no caso em questão, houve pedidos específicos na demanda coletiva para que fossem impostas à companhia obrigações de fazer voltadas ao adimplemento eficiente do direito substancial dos consumidores. Se não houvesse tais pedidos na fase de conhecimento, pensamos que, embora uma lacuna nesse sentido pudesse representar um problema no CPC/73, não haveria qualquer óbice a se determinar esses deveres na fase executiva, como medidas executivas atípicas assentadas no art. 139, IV, do CPC/15.

Isso porque as providências de identificação dos consumidores lesados e de adoção das medidas necessárias à restituição extrajudicial dos valores são absolutamente acessórias da obrigação pecuniária decorrente do direito material tutelado e, portanto, estão diretamente ligadas à efetivação deste direito. O art. 139, IV admite a imposição de medidas acessórias para o cumprimento do título executivo, sendo despendendo prévio requerimento na fase de conhecimento, porque se trata de um problema não de reconhecimento, mas de realização do direito, típico da fase executiva.

Dessa forma, sob o influxo da atipicidade executiva admitida no sistema processual, a demanda coletiva, em sua fase de conhecimento, deve estar voltada à definição do direito material, cabendo à fase executiva o estabelecimento de medida atípicas instrumentais que, em flexibilização do procedimento, permitam construir o caminho executivo mais eficiente para a satisfação daquele direito material.

5 ANÁLISE CASUÍSTICA DE DECISÕES JUDICIAIS A RESPEITO DA CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO DO ART. 139, IV DO CPC/15

Num olhar pragmático quanto à aplicação da cláusula geral executiva em obrigações de pagar quantia, oportuna se revela a análise crítica de entendimentos judiciais já exarados sobre o tema. Embora, ao que entendamos, a cláusula geral executiva tenha um alcance muito mais amplo quanto à atipicidade executiva, permitindo, inclusive, medidas de incentivo positivo ao pagamento (medidas indutivas), as polêmicas forenses a respeito das medidas cabíveis nessas espécies de obrigação têm se limitado à possibilidade ou não de aplicação, como medidas coercitivas atípicas, de medidas de suspensão de passaporte, de CNH e de cartões de crédito.

Então, as decisões colhidas para análise tratam especificamente de tais medidas, colocando-as como medidas coercitivas atípicas, e as amostras se enquadram nas seguintes situações: a) deferimento das medidas sem análise de dados concretos referentes à postura ou à situação financeira do devedor; b) deferimento das medidas com base em elemento indicativo de condição financeira do devedor; c) deferimento das medidas com fundamento na constatação de blindagem patrimonial por parte do devedor; d) indeferimento das medidas (no caso, em revogação a decisão de primeiro grau), por reputá-las incompatíveis com o ordenamento jurídico constitucional-processual; e) deferimento das medidas com base em elemento indicativo de condição financeira e também considerando a postura de má-fé do executado; f) indeferimento das medidas, considerando-as, em tese, cabíveis, mas não demonstrados os requisitos necessários para a finalidade coercitiva; g) deferimento das medidas considerando-as meios executivos menos gravosos que a prisão civil em execução de alimentos; h) deferimento das medidas considerando, dentre outros aspectos, a relevância do direito em jogo (necessidade de reparação de dano ao Erário provocado por ato de improbidade administrativa).

Vejamos-las especialmente para cotejar, à luz das diretrizes adotadas neste trabalho, a idoneidade das medidas em questão como meios coercitivos atípicos nos casos concretos.

5.1 DEFERIMENTO DE MEDIDAS ATÍPICAS SEM ANÁLISE DE DADOS CONCRETOS REFERENTES À POSTURA OU À SITUAÇÃO FINANCEIRA DO DEVEDOR

Retratando a situação “a”, no processo de execução de título extrajudicial nº 4001386-13.2013.8.26.0011, da 2ª Vara Cível do foro de Pinheiros/SP, entendeu-se por aplicar, à guisa de técnicas coercitivas em face do devedor, medidas de suspensão do passaporte, da CNH e de cartões de crédito, com base no art. 139, IV, em decisão lavrada conforme fundamentação a seguir:

Diz o art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil:

“Art. 139: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV - 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”.

O dispositivo legal mencionado trouxe para a execução pecuniária possibilidades antes não previstas no Código de Processo Civil/1973. Anoto que a lei anterior, em seus arts. 461, § 5º e 461-A, § 3º, do CPC/1973, previa possibilidade de medidas específicas para garantir o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (tutela específica). Buscava, assim, a lei, garantir a efetivação da ordem judicial, com obtenção do resultado prático equivalente. Todavia, essa possibilidade não existia para a execução pecuniária.

A novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil no artigo supra citado amplia os poderes do juiz, buscando dar efetividade a medida, garantindo o resultado buscado pelo exequente. Assim, a lei estabelece que compete ao juiz, na qualidade de presidente do processo, 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.

Dessa forma, a nova lei processual civil adotou o padrão da atipicidade das medidas executivas também para as obrigações de pagar, ampliando as possibilidades ao juiz que conduz o processo, para alcançar o resultado objetivado na ação executiva.

Tais medidas, todavia, não poderão ser aplicadas indiscriminadamente. Entendo necessário que a situação se enquadre dentre de alguns critérios de

excepcionalidade, para que não haja abusos, em prejuízo aos direitos de personalidade do executado.

Assim, as medidas excepcionais terão lugar desde que tenha havido o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito, havendo indícios que o devedor usa a blindagem patrimonial para negar o direito de crédito ao exequente. Ora, não se pode admitir que um devedor contumaz, sujeito passivo de diversas execuções, utilize de subterfúgios tecnológicos e ilícitos para esconder seu patrimônio e frustrar os seus credores.

A medida escolhida, todavia, deverá ser proporcional, devendo ser observada a regra da menor onerosidade ao devedor (art. 805 do Código de Processo Civil). Por fim, necessário observar que a medida eleita não poderá ofender os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal. Por exemplo, inadmissível será a prisão civil por dívida.

Todavia, a gama de possibilidades que surgem, a fim de garantir a efetividade da execução, são inúmeras, podendo garantir que execuções não se protelem no tempo, nem que os devedores usem do próprio processo para evitar o pagamento da dívida. O Enunciado nº 48 do ENFAM analisa expressamente a possibilidade de imposição de medidas coercitivas para a efetivação da execução pecuniária. Diz o referido enunciado: “O art. 139, inciso IV, 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”.

O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Isso porque o processo tramita desde 2013 sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente. Todas as medidas executivas cabíveis foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens à penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a execução.

Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva.

Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado M. A. S., determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida.

Oficie-se ao Departamento Estadual de Trânsito e à Delegacia da Polícia Federal.

Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida.

Em análise estritamente acadêmica, as circunstâncias de fato narradas na fundamentação da decisão parecem indicar possível situação do "*executado miserável*", ou seja, da execução que se mostra infrutífera não por insuficiência dos meios executivos, mas por ausência de lastro patrimonial hábil a fazer frente à dívida. Não há na decisão, em concreto, qualquer elemento de fato que indique que as medidas

adotadas têm efetivo potencial coercitivo para reverter de maneira positiva os rumos da execução, o que, em nosso sentir, faz descambar as providências determinadas em medidas punitivas, não albergadas pela cláusula geral do art. 139, IV, ou por qualquer outra norma legal.

Seria necessário, para legitimar a aplicação de tais medidas, apresentar elementos que demonstrassem que o executado fez viagens internacionais no período de tramitação da execução, ou que há indícios de que o executado faz uso de veículo como se fosse seu dono e escamoteia sua propriedade sobre o bem, ou mesmo que o executado faz uso de cartões de crédito e mantém um padrão de vida incompatível com sua postura de negativa de adimplemento da dívida. Em outras palavras, seria imprescindível demonstrar haver por parte do executado a vontade de resistência injustificada à pretensão executiva (art. 774, IV, do CPC/15), em total desacordo à sua responsabilidade patrimonial, de modo a justificar a adoção de medidas processuais voltadas a fazer pressão volitiva sobre tal resistência.

A construção da fundamentação na parte em que se argumenta que “*Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para (...)*” e que “*Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva*” revela o escoramento da medida atípica em conjectura, o que não é adequado.

O interessante é que, a partir das informações prestadas pelo órgão judicial ao Tribunal de Justiça para instrução do meio de impugnação manejado pelo executado (Habeas Corpus), é possível entender que o caso concreto parecia realmente envolver devedor contumaz que não pagava a dívida porque não queria⁵⁷⁸. Mas tais elementos de fato

⁵⁷⁸ Colhem-se as seguintes informações do Ofício nº 220/16, encaminhado ao Habeas Corpus nº 218371-85.2016.8.26.0000: “*Iniciada a execução no ano de 2013, o devedor evitou de toda forma a citação. Nem no seu trabalho, nem em sua residência, era encontrado. Aliás, funcionários da residência e da empresa davam informações desencontradas, indicando claramente a tentativa de furtar-se do processo executivo. Assim, a citação ocorreu por hora certa. Feita a citação, o devedor constituiu advogado e apresentou defesa. Porém, nada pagou. Vive em imóvel de alto padrão, situado no bairro de elite de Alto de Pinheiros, muito próximo ao Colégio Santa Cruz (região nobre da cidade, com o metro quadrado muito valorizado). É notório que um imóvel como aquele em que vive o autor tem valor de condomínio altíssimo. O executado, ainda, tem trabalho fixo nas empresas de seu pai. Aliás, com o falecimento dos pais, o autor tornou-se proprietário de oito empresas, com seus dois irmãos, dentre elas imobiliárias e empresas de veículos e peças. Não obstante, o executado não tem nenhum dinheiro em suas contas*”

deveriam estribar a decisão judicial, até para permitir o controle das partes interessadas quanto às razões do órgão judicial. Se as informações prestadas pelo Juízo estivessem na fundamentação da decisão, certamente a análise crítica seria outra.

5.2 DEFERIMENTO DE MEDIDAS ATÍPICAS COM BASE EM ELEMENTO INDICATIVO DE CONDIÇÃO FINANCEIRA DO DEVEDOR

Quanto à situação “b”, nos autos do processo 0046324-70.2007.8.26.0562, versando sobre cumprimento de sentença, da 5ª Vara Cível da Comarca de Santos/SP, entendeu-se pela suspensão do passaporte do executado, com as seguintes razões:

A pessoa condenada ou que sofra o efeito de uma condenação civil tem o dever jurídico e cívico de cumprir a sentença, não se concebendo, por exemplo, que viaje ao exterior, efetuando gastos consideráveis, sem que primeiramente quite a dívida, enfim.

Não se trata de impedir e pessoa de ir e vir, porque esse direito persiste, mas de impedir a pessoa de viajar ao exterior até que efetue o pagamento da dívida, na medida em que a viagem ao exterior sempre demanda gastos significativos, que devem ser vertidos à satisfação da obrigação.

Considerando que o devedor neste processo não indica ao juiz meio eficaz visando à realização do crédito e que o credor tem o direito constitucional à colocação em prática pelo juiz de técnicas destinadas concretamente ao cumprimento desse desiderato, mesmo porque a efetividade do processo é uma exigência constitucional e a dignidade tem dupla face, a do devedor e a

bancárias, não tem carros em seu nome (além dos carros antigos e com restrição judicial em razão de outros processos), não indica qualquer patrimônio capaz de quitar sua dívida. Como é possível que o devedor viva em tão alto padrão, tenha emprego fixo, tenha empresas, ostente um alto padrão de vida e não tenha nenhum centavo em suas contas? Por que razão o devedor só teria em seu nome veículos antigos, que teriam restrição? Será que nenhum veículo teria sido adquirido após 1996? Ou teriam sido adquiridos no nome de terceiros, empresas ou pessoas físicas? Por onde o executado movimentava seu dinheiro? Como paga e mantém seu alto custo de vida? (...) Há uma evidente incongruência que sugere que o devedor não está insolvente, mas apenas manobrando seu patrimônio de forma a evitar o pagamento das dívidas que é responsável. Some-se a isso o seu comportamento anterior à citação. Foi quase um ano para a efetivação da citação e, ainda assim, por hora certa. Tão logo foi nomeado curador especial, o executado apresentou advogado constituído. A conduta é temerária se interpretada no contexto que se apresentou. Portanto, o quadro delineado indica que o executado é devedor contumaz e não quer pagar suas dívidas não por ausência de possibilidade, já que seu padrão de vida elevado indica possibilidade. Na verdade, o devedor não quer pagar. Assim, resta evidente que os bens do devedor foram deliberadamente ocultados para evitar a execução”.

do credor, defiro o requerimento do credor de bloqueio do passaporte do devedor, que, vale registrar, viajou ao exterior recentemente.

Determino que o cartório faça as comunicações necessárias, especialmente à Polícia Federal, para que o devedor não saia do país, devendo, demais disso, o passaporte ser apreendido pela Polícia Federal. (...)

Note-se que, no caso em questão, houve indicação de fato concreto ("*viajou ao exterior recentemente*") que sinaliza possível saúde financeira em contraste ao estado de inadimplência na execução civil, cuja dívida, conforme informação extraída do serviço *on-line* de consulta processual, era de pouco mais de mil reais. A decisão executiva foi proferida em 2017 e a dívida exequenda se reporta, pelo menos, ao ano de 2007, quando do ajuizamento da ação de conhecimento. Assim, havia elementos concretos a darem suporte ao enquadramento do executado como devedor contumaz, que não paga a dívida porque não quer, o que legitima o uso da medida coercitiva específica, em nosso entender.

Como ressalva, deve-se frisar a importância de se resguardar o contraditório prévio, salvo nos casos de situação de urgência que possa prejudicar a efetividade da medida (como na hipótese de demonstração de viagem ao exterior iminente), para que o executado se manifeste sobre os fatos (viagem ao exterior recente e persistência no inadimplemento) e apresente eventuais justificativas (*justa causa*), como a aquisição da passagem em momento anterior à constituição definitiva do título executivo, a contemplação da passagem em sorteio, a demonstração de que o motivo da viagem transcende a fins turísticos (tratamento de saúde, visita não frequente a parentes próximos, motivo de trabalho etc.), a serem consideradas pelo juiz para o deferimento ou não da medida.

5.3 DEFERIMENTO DE MEDIDAS ATÍPICAS COM FUNDAMENTO NA CONSTATAÇÃO DE BLINDAGEM PATRIMONIAL POR PARTE DO DEVEDOR

Retratando a hipótese “c”, traz-se à luma a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, dando provimento a agravo de instrumento nos autos nº. 0010050-40.2018.8.16.0000, deferiu o pedido do agravante de imposição de medidas coercitivas em face do executado.

Consta da fundamentação que o deferimento das medidas se deu pela convicção de que o executado estava se valendo de blindagem patrimonial para negar a satisfação do direito de crédito da parte exequente.

Para tal entendimento, foram coligidos elementos probatórios que indicavam que o executado ostentava alto padrão de vida, pois agia como se fosse proprietário de fazendas em diferentes localidades e de veículos diversos, embora nada fosse encontrado em seu nome.

Assim, uma vez reconhecido que todas as demais medidas típicas já haviam sido tomadas sem sucesso, entendeu-se pelo cabimento de medidas coercitivas em face do devedor.

A decisão em tela, conquanto sucinta em sua fundamentação, por se valer de remissão aos argumentos do agravante narrados no relatório, apresenta-se em consonância com a ideia de que as medidas coercitivas atípicas não devem ser usadas para crucificar o devedor que, por circunstâncias da vida ou dos negócios, não paga sua dívida porque não tem condições para tanto, mas se revelam legítimas em face de devedores que se valem de expedientes escusos para esconder e proteger os bens sobre os quais deve recair a responsabilidade patrimonial, e que continuam mantendo um estilo de vida absolutamente incompatível com a imagem de executado desprovido de patrimônio penhorável.

Trata-se de situação que, conforme defendemos no trabalho, sequer depende do esgotamento prévio de todas as diligências voltadas à implementação de medidas executivas típicas, considerando o imperativo de se buscar os meios executivos mais eficientes. Nada impede, contudo, a cumulação das medidas atípicas com diligências rotineiras em busca de desvelar bens para constrição executiva.

Por outro lado, a decisão foi tomada sem a oitiva prévia do agravado em sede recursal, não sendo possível saber se houve pronunciamento deste em primeiro grau a respeito dos elementos de fato contra ele coligidos. Embora seja possível o deferimento de medidas atípicas com a postergação do contraditório, tal providência deve ser reservada às situações em que há urgência, conforme requisitos do sistema processual. A decisão não explicitou os motivos de eventual urgência.

5.4 INDEFERIMENTO DE MEDIDAS ATÍPICAS POR REPUTÁ-LAS INCOMPATÍVEIS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL-PROCESSUAL

A decisão analisada no item 5.1 foi impugnada através de Habeas Corpus nº 2183713-85.2016.8.26.0000, tendo a 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria, concedido a ordem, conforme os seguintes trechos do voto do Relator, a retratar a hipótese do item “d”, qual seja a incompatibilidade das medidas com o ordenamento jurídico constitucional-processual:

O remédio constitucional, em tese, sequer seria conhecido porque a decisão impugnada, de fato, poderia ser arrostada por meio de recurso cível próprio, qual seja, o agravo de instrumento.

Nada obstante, conforme fundamentação já lançada nos autos por ocasião do deferimento da liminar, a apreensão do passaporte do paciente, por dívida contraída na esfera civil, importaria em permitir restrição da liberdade pessoal do executado, assim como do direito de locomoção constitucionalmente assegurado (art. 5º, XV, da CF). Por extensão, aqui também se inclui a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação.

Há quem entenda que a decisão guerreada não apresentaria ilegalidade, na medida em que o paciente somente não estaria apto a visitar países nos quais se exige a exibição de passaporte brasileiro e que, paralelamente, poderia se movimentar no âmbito do País mediante utilização de meio de transporte coletivo ou individual prestado por motorista autônomo, mas, sem dúvida alguma, isso importaria em relevante restrição de direitos e de liberdade individuais.

Como é cediço, os limites da responsabilidade patrimonial do devedor estão previstos no art. 789, do novo Código de Processo Civil: “Art. 789 o devedor

responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo restrições estabelecidas em lei.”

Destarte, o termo utilizado pelo legislador quando da redação daquele art. 139, inciso IV, no sentido de que o juiz poderá determinar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias...” não o autoriza a utilizá-lo de forma indiscriminada e de maneira a alcançar a liberdade pessoal do devedor.

Ao contrário, a interpretação sistemática do novo diploma processual civil deve ser feita de forma a se atentar para os fins sociais, às exigências do bem comum, à promoção da dignidade humana, à proporcionalidade, à razoabilidade e à legalidade (art. 8º, do NCPC).

Quanto mais não fosse, mesmo que se entenda que as medidas coercitivas em comento sejam proporcionais e razoáveis em função da lamentável renitência do devedor em quitar débito de há muito reconhecido, as providências ligadas à apreensão do passaporte e à suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não se apresentam necessariamente efetivas à satisfação da pendência financeira objeto da execução. (...)

Ademais da inadequação jurídica do instrumento processual de impugnação (*habeas corpus*)⁵⁷⁹, os fundamentos da decisão revisora do Juízo *ad quem* também não são isentos de críticas. Não há que se reconhecer óbice absoluto à aplicação de medidas executivas coercitivas consistentes em suspensão do passaporte ou da CNH com arrimo no direito de locomoção previsto no art. 5º, XV, da CF, pois, consoante razões declinadas na própria decisão, não há, com tais providências, supressão do direito de locomoção⁵⁸⁰.

Ainda que se reconhecesse alguma limitação ao direito de locomoção, a providência estaria em total harmonia com a ideia de inexistência de direitos fundamentais absolutos, os quais podem ser limitados em situações de colisão, como poderia haver,

⁵⁷⁹ Se a suspensão ilegal de CNH é apta a desafiar Habeas Corpus, então um motorista que, sustentando ilegalidade de multas de trânsito aplicadas em seu desfavor, poderia impetrar esse remédio em face do ato do Diretor do Detran que suspendesse sua habilitação em razão dessas multas. Da mesma forma, um cidadão poderia impetrar Habeas Corpus contra ato acoimado de ilegal do Diretor de Departamento de Polícia Federal que negasse a concessão de passaporte. Ou contra uma instituição privada que suspendesse ilegalmente seu cartão de crédito.

⁵⁸⁰ A propósito, tratando da suspensão do direito de dirigir veículo automotor, aplicado como medida substitutiva no âmbito criminal, o STJ tem entendimento de ser incabível o manejo de *Habeas Corpus* contra decisão judicial que imponha tal medida, pois este remédio “*não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional*” e porque, com a suspensão do direito de dirigir, “*não se verifica violação direta e imediata do direito de locomoção, o qual o paciente pode exercer livremente utilizando-se de outros meios*” (Habeas Corpus nº 322.655-SP, julgado em 07 de abril de 2016). O raciocínio, tanto quanto à inadequação do instrumento, como com relação à inexistência de violação ao direito de locomoção, há de ser estendido à seara cível, por coerência e compatibilidade.

em tese, com o direito fundamental à tutela executiva. A suspensão da CNH traz tantos transtornos ao indivíduo quanto o desapossamento do veículo para depósito em poder do depositário judicial ou do exequente (art. 840, II e § 1º), ou a própria alienação do bem para satisfação da execução, considerando que normalmente cada pessoa é proprietária de um único veículo.

Além disso, a suspensão do passaporte, da CNH e dos cartões de créditos como medida coercitiva encontra amparo em norma legal, que é justamente a do art. 139, IV. É verdade que não há previsão expressa de tais medidas, o que, todavia, é prescindível, pois a ideia de se estabelecer uma cláusula geral é justamente dispensar a previsão casuística de soluções para a finalidade pretendida.

Se tais medidas estão sendo aplicadas no caso concreto com genuína finalidade coercitiva já é problema de outra ordem e, neste ponto, sobressai acertada a decisão em análise ao dispor que, não sendo possível a utilização indiscriminada das medidas autorizadas pelo art. 139, IV e sendo imprescindível a análise sistemática de acordo com os valores e diretrizes do art. 8º, não há elementos que indiquem que as medidas se apresentam necessariamente eficientes à satisfação da pendência financeira objeto da execução, nada obstante informações detalhadas encaminhadas por ofício pelo Juízo (item 5.1).

Assaz interessante, por outro lado, é a fundamentação do voto vencido proferido no referido *Habeas Corpus*, segundo trechos a seguir transcritos:

"O mérito recursal está alicerçado na redação do artigo 139, inciso IV, do Novo Código de Processo Civil, que ampliou as hipóteses em que o magistrado pode promover a efetividade de suas decisões por meio de medidas atípicas não apenas nas obrigações de fazer, como também na obrigação de pagar. (...)

Tenho que o dispositivo mencionado permite a adoção das medidas postuladas pela exequente. Dizer o contrário significaria restringir a eficácia e o propósito da norma, chancelando condutas ilícitas e contrárias ao direito. A aludida "crise" da execução pode ser solvida sem que haja abuso ou arbitrariedade, intolerável supor que as partes se valham do Poder Judiciário para protelar débitos contraídos.

O objetivo do novel dispositivo não é impor penas ou restringir direitos, não sendo intenção do Judiciário suspender indefinidamente o direito de dirigir do executado ou sua liberdade de viajar, mas sim impor uma restrição tão gravosa caso ele não cumpra a determinação, que escolha cumprir sua obrigação e dar fim ao problema.

Em outras palavras, mediante as medidas de coerção o Estado procura persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações tão onerosas e inconvenientes que em algum momento seja para ele mais vantajoso cumprir do que permanecer no inadimplemento.

Ao fazê-lo, o Novo Código de Processo Civil rompe com as críticas da ineficiência das execuções. Não se cogita deferir medidas restritivas àqueles que demonstram a incapacidade absoluta de solver o débito, apenas àqueles que reconhecidamente se valem de artimanhas e subterfúgios para evitar a satisfação das dívidas, “preferindo” outras despesas mais 'nobres', agindo em nome de terceiros e fazendo escárnio dos credores e do próprio Poder Judiciário. (...)

Vejamos, a dívida contraída há muito vem sendo protelada pelo executado, esgotados os demais meios adequados de lhe compelir ao pagamento. A necessidade, portanto, está bem delineada já que a frustração dos meios ordinários implica na adoção das medidas atípicas do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. No mesmo sentido, a cassação da Carteira Nacional de Habilitação e do passaporte denotam adequação, inequívoca a eficácia para a consecução do objetivo do dispositivo legal.

Do exposto, nota-se que estamos diante de devedor contumaz, com diversos processos distribuídos, conforme cópias juntadas aos autos. O fato dele não poder dirigir, em absoluto retira o direito de ir e vir de alguém, pois ele pode se locomover, apenas não, dirigindo o próprio carro. E, quanto à apreensão do passaporte, o objetivo é evitar novos gastos, com viagens ao exterior, já que o executado está muitíssimo endividado.

A análise quanto ao cabimento e a finalidade das medidas processuais questionadas no caso sobressai irreprochável. E, mais importante, o voto sinalizou que se tratava de devedor contumaz que vinha protelando a dívida, não obstante tal matéria de fato não ter sido destrinchada na decisão impugnada, como seria de rigor.

A decisão judicial referida no item 5.2 também foi cassada em Habeas Corpus (HC nº 2126438-47.2017.8.26.0000), pela 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme voto estribado na seguinte fundamentação, também indicando a hipótese do item “d”:

O artigo que inaugura o capítulo do Código de Processo Civil intitulado “da responsabilidade patrimonial” assim dispõe: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

O texto legal deixa claro que a buscada execução é tão somente a satisfação do crédito.

Trata-se de instituto que deve se ater à esfera patrimonial do devedor, como bem apontado pela geografia do Código.

E o próprio ordenamento indica que a execução deve ser feita da maneira menos gravosa ao executado (artigo 805, Código de Processo Civil).

No caso, é evidente que a medida determinada, apreensão do passaporte do devedor, extrapola qualquer noção de proporcionalidade e razoabilidade.

A diligência determinada pelo magistrado acaba por refletir em esfera jurídica diversa daquela a que se busca atingir, como no próprio direito constitucional de liberdade e dignidade da pessoa humana.

Tal providência não apenas se mostra inútil para a satisfação do débito, mas também leva ao retrocesso jurídico, ao permitir a adoção de medidas que mais se assemelham às antigas “vinganças públicas” do que aos ideais contemporâneos de justiça.

Ressalto que há meios alternativos de persecução do crédito, assegurados expressamente pelo Código Processual vigente, dentre eles aquele previsto em seu artigo 517.

A decisão enquadra-se na arraigada tendência de proteção exacerbada do devedor, inclusive com invocações genéricas de princípios (princípio da menor onerosidade e princípio da dignidade da pessoa humana), com fundamentação que também se prestaria a justificar qualquer outra decisão, em desacordo com o disposto no art. 489, § 1º, III, do CPC/15. Não foram considerados os elementos concretos do caso (o tempo transcorrido em busca o pagamento do crédito e o indício de que o devedor tem condições de solvê-lo) e não se rendeu qualquer prestígio ao direito fundamental do credor aos meios executivos mais adequados e eficientes para a satisfação de seu direito.

5.5 DEFERIMENTO DAS MEDIDAS ATÍPICAS COM BASE EM ELEMENTO INDICATIVO DE CONDIÇÃO FINANCEIRA E TAMBÉM CONSIDERANDO A POSTURA DE MÁ-FÉ DO EXECUTADO

Digna de destaque, e ilustrando o item “e” referido, é a decisão prolatada na fase de execução do processo nº 200.2001.026.611-8, no qual foi veiculada ação de rescisão contratual combinada com devolução de parcelas, com tramitação na 9ª Vara Cível da Capital paraibana. Após a sentença condenatória em desfavor da empresa construtora ré, houve a desconsideração de sua personalidade jurídica, com a inserção do sócio no polo passivo da relação executiva.

Na decisão, com longa fundamentação a seguir resumida, explicou-se que foram tentadas várias medidas executivas (penhora no rosto de autos, penhoras on-line de ativos financeiros, penhora de sala comercial, penhora de veículos), além de terem sido realizadas audiências de conciliação, sem qualquer resultado positivo para a satisfação da dívida em execução.

Entendeu-se na decisão estar comprovado que, na verdade, a parte executada estava se esquivando de cumprir a obrigação em execução, em desrespeito à dignidade da justiça, sob os fundamentos da prática de atos procrastinatórios e impeditivos ao andamento da execução, como reconhecido em decisão anterior, da caracterização de blindagem patrimonial em razão da transferência integral de cotas de empresa do executado em favor do filho, e da evidenciação de que este ostentava vida social não condizente com o patrimônio declarado, considerando notícias em revista social de ampla circulação retratando o executado em festa de debutante de sua filha realizada em salão de festas nobre na Capital e com a presença de autoridades públicas, bem como a constatação de que o executado seria proprietário de fato de imóvel residencial de luxo adquirido recentemente, mercê de procuração que lhe dava amplos poderes sobre o bem, que tampouco estava registrado em seu nome.

Com esses elementos, formou-se convicção de que, embora nada fosse encontrado em nome do executado para saldar o título judicial nos muitos anos de tramitação do feito, o mesmo possuía robustez patrimonial.

Nessa linha de motivação, entendeu-se por aplicar, como medida punitiva, multa por atentatório à dignidade da justiça, e, como medidas coercitivas, a suspensão do passaporte e da CNH, além de providência instrumental a futura medida sub-rogatória, com o bloqueio do imóvel residencial, e de expedição de ofício ao Ministério Público para apuração de eventual crime de fraude processual (art. 347 do CP).

Trata-se de caso em que as medidas atípicas impostas se afiguram idôneas para o fim coercitivo, a partir da fundamentação judicial adequada e com suporte em elementos de fato.

5.6 INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS ATÍPICAS POR NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS A JUSTIFICAR A FINALIDADE COERCITIVA

Com relação à hipótese do item “f”, a decisão a seguir, exarada nos autos do processo 0013714-83.2005.8.08.0024 (ação de despejo por falta de pagamento cumulado com cobrança), pelo Juízo da 7ª Vara Cível de Vitória/ES, entendeu pelo indeferimento das medidas de suspensão da CNH e do passaporte dos executados, e pelo deferimento da inclusão do nome dos devedores no cadastro nacional de inadimplentes. Conquanto longa, oportuna a transcrição em razão da solidez da fundamentação perfilhada (grifos de nossa parte):

Por meio da petição de fls. 378/381, requer o exequente que seja deferida as seguintes medidas: (a) suspensão da CNH dos executados; (b) impedimento dos executados de deixarem o país; e, (c) inclusão do nome dos devedores no cadastro nacional de inadimplentes.

Pois bem.

Malgrado o inc. IV do art. 139 do NCPC tenha trazido inovações interessantes aos poderes do juiz na condução do processo, autorizando-o a determinar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias atípicas para assegurar o cumprimento da ordem judicial, tenho que essas medidas atípicas devam ser apreciadas com bastante parcimônia, cum grano salis, a fim de evitar interseções indesejadas à direitos maiores ou, até mesmo, a princípios do Direito previstos na Carta Política de 1988.

Nesse ponto, em particular, ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

“Essa liberdade concedida ao juiz naturalmente aumenta sua responsabilidade, não sendo admissível que a utilize para contrariar a lei ou mesmo princípios do Direito. Não pode, por exemplo, determinar a prisão civil fora da hipótese de devedor inescusável de alimentos, nos termos do art. 5.º, LXVII, da CF. Tampouco poderá determinar que banda de música com camisetas com a foto do devedor o persiga cantarolando cantigas relacionando-o à obrigação inadimplida ou outras formas vexatórias de pressão psicológica.

E mesmo nos exemplos dados de meios executivos atípicos em parágrafo anterior, deve o juiz atuar com imparcialidade e razoabilidade. Não pode, por exemplo, determinar a suspensão da habilitação de devedor que tem na condição de automóveis sua fonte de subsistência (taxista, motorista do Uber, motorista de ônibus). Tampouco parece correto proibir a contratação de novos funcionários de empresa que deve verbas salariais quando a contratação for indispensável ao próprio funcionamento da empresa.

Por outro lado, tais medidas atípicas devem ser aplicadas somente quando as medidas típicas tiverem se mostrado incapazes de satisfazer o direito do exequente”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. In Manual de direito processual civil. 2016. P. 987)

Além disso, em uma apreciação conjunta das normas carreadas pela nova ordem processual civil, tem-se que o inc. IV do art. 139, deva ser visto com integração ao art. 8.º do mesmo diploma, que, por sua vez, dispõe: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Ademais, conforme disposto no Enunciado n.º 12 do FPPC, essas medidas devem ser utilizadas como ponto de exceção, ou seja, como *ultima ratio*. Penso, em consonância com o que vem entendendo a doutrina, que essa medida de exceção se mostra presente naqueles casos onde há o intuito de preservar o direito dos credores frente aos devedores conhecidos como “devedor-ostentação”[1], ou seja, aqueles devedores que mesmo com diversas dívidas, ostentam perante à sociedade uma vida glamorosa, regada pelo luxo, incompatível com suas realidades econômico financeiras.

Sobre o tema:

“Assim, nas obrigações de pagar, se porventura há demonstração da real impossibilidade financeira da parte-obrigada, seria inócua, e daí um constrangimento inútil e desnecessário, a imposição de medidas atípicas para forçar o cumprimento.

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.

Para essas hipóteses, a atipicidade dos meios executivos, aprimoramento do NCPC, revela-se importante, que é consentâneo com uma de suas normas fundamentais, que consagra o princípio da eficiência (NCPC Art. 4.º: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, destacamos).

Por isso, as medidas atípicas são subsidiárias e excepcionais, pressupondo o esgotamento das medidas típicas e a possibilidade de cumprimento da obrigação.”. (RODOVALHO, Thiago. In O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos. 2016).

No caso concreto, não vejo o dito elemento anímico para o deferimento de medida tão severa. Não há nenhum documento nos autos que demonstre que os devedores são pessoas que ostentam uma vida luxuosa, pelo contrário, dos documentos de fls. 166/169, percebe-se o contrário da executada Geracilda Pereira de Souza.

Dessa forma, suspender a CHN deles, bem como recolher o passaporte, para garantir a impossibilidade de viagens ao exterior, se demonstra como medida brusca frente ao que consta dos elementos do processo.

Assim, pelo exposto, por não vislumbrar o elemento necessário para o deferimento da medida coercitiva pleiteada, INDEFIRO o requerimento

de suspensão da CNH e recolhimento do passaporte (proibição de realizar viagens internacionais).

De toda sorte, registro que essa decisão poderá ser revista, desde que o exequente demonstre a existência do elemento necessário para o seu deferimento.

Quanto ao requerimento de inclusão do nome dos devedores no rol de cadastro de inadimplentes, penso ser essa medida possível e viável, até porque, essa é uma medida coercitiva ope legis, prevista no texto do § 3.º do art. 782 do NCPC. Ainda, no texto da lei, para o deferimento dessa medida, não é necessário a demonstração de nenhum fato diverso, bastando, apenas, a existência do devedor e o requerimento da parte credora, o que está presente in casu.

Ou seja, se a dívida existe e não foi paga pelos meios típicos, é possível a inclusão do nome dos devedores no rol de inadimplentes. Além disso, essa medida não se demonstra gravídica frente a realidade dos autos.

Ante o exposto, DEFIRO a inclusão do nome dos devedores nos cadastros de inadimplentes, devendo ser expedido ofícios aos órgãos de proteção ao crédito nesse sentido.

A decisão se revela com fundamentação bastante acurada e em sintonia com as diretrizes defendidas neste trabalho. O manejo de medidas coercitivas atípicas depende da avaliação do elemento anímico do devedor, pois só assim se pode justificar a imposição de medidas de pressão volitiva não previstas expressamente na lei processual. Note-se que a decisão, após analisar as circunstâncias do caso, entendeu não serem cabíveis as medidas atípicas, mas não as descartou em definitivo, caso fossem posteriormente encontrados elementos que sinalizassem diferente situação financeira em relação aos executados. Por outro lado, aplicou-se, com acerto, a medida coercitiva típica consistente na inclusão do nome dos devedores no rol de cadastro de inadimplentes, prevista no art. 782, §3º, do CPC/15, por se tratar de medida com função coercitiva e preventiva (evitar que o devedor assumira outros negócios e comprometa sua saúde financeira) disposta em lei.

5.7 DEFERIMENTO DAS MEDIDAS ATÍPICAS CONSIDERANDO-AS MEIOS EXECUTIVOS MENOS GRAVOSOS QUE A PRISÃO CIVIL EM EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Para ilustrar o item “g”, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, houve decisões que, em sede de execução de alimentos, mantiveram medidas coercitivas atípicas impostas em 1º grau, inclusive com pertinente comparação com a medida mais drástica cabível na espécie (a prisão civil), sedimentando, assim, consistente posição daquele Tribunal quanto ao tema⁵⁸¹.

Confira-se, a propósito, a ementa do Habeas Corpus nº 0431358-49.2016.8.21.7000:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. O habeas corpus, nos termos do art. 5º, LXVIII, da CF, deve ser concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.
2. No caso, a determinação judicial de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor não ocasiona ofensa ao direito do paciente, que segue podendo ir e vir (art. 5º, XV, da CF).
3. A execução tramita desde 2014, não se prestando para elidir a medida adotada na origem a simples alegação do executado de que os credores não teriam envidado todos os esforços para localizar quaisquer bens em seu nome, já que, para afastá-la, bastaria que ele mesmo fizesse essa indicação, o que sintomaticamente não fez.
4. Trata-se de providência tendente a assegurar efetividade à decisão que condenou o devedor ao pagamento de pensão, e que se justifica plenamente, porque a situação enfrentada é de natureza singular, já que, não obstante todas as providências adotadas pela parte credora, não houve êxito na cobrança dos alimentos devidos, tudo indicando que o executado tem condições de contribuir com alimentos, mas opta por deixar a prole passar necessidades.
5. Além disso, na seara alimentar é admitida a adoção de medidas até mais drásticas que a aqui questionada, do que é exemplo a prisão civil, que, extrapolando as segregações de natureza penal, encontra conformidade não só na lei, como no pacto de São José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário.
6. Não há que se cogitar de imposição de pena perpétua, uma vez que a matéria tratada possui natureza civil e cessará tão logo adimplida a obrigação do devedor, não sendo necessário maior esforço para concluir que direito deve prevalecer no cotejo entre o direito à vida e à existência digna e o de dirigir veículo automotor.

ORDEM DENEGADA.

⁵⁸¹ Conforme decisões prolatadas nos seguintes autos, dentre outros: Agravo de Instrumento nº 70072532914, Agravo de Instrumento nº 70044523645, Habeas Corpus nº 0216719-73.2017.8.21.7000, Habeas Corpus nº 0431358-49.2016.8.21.7000.

Conforme defendido neste trabalho, em execução de alimentos, as medidas coercitivas em comento se revelam mais palatáveis, dado o fato de serem menos incisivas que a medida coercitiva típica da prisão civil, o que atende ao princípio da menor onerosidade sob a ótica do devedor, e também pode ser mais eficiente ao credor, pois a privação absoluta da liberdade do devedor, a depender da situação, pode dificultá-lo na adoção de providências para adquirir recursos financeiros necessários à satisfação da dívida.

De toda forma, não se pode fechar ao devedor, mesmo nessa hipótese de alimentos, a possibilidade de demonstrar a superveniente e absoluta impossibilidade de cumprimento da prestação, por hipossuficiência financeira de inviável superação decorrente de causa permanente ou transitória (incapacidade laborativa temporária ou definitiva e desemprego involuntário) ou pela ocorrência de caso fortuito, caso em que as medidas coercitivas devem soçobrar, sob pena de conversão em medidas punitivas. Tal é a orientação subjacente à regra do art. 528, §2º do CPC/15 (justa causa).

Contudo, dada a necessidade do alimentando e a capacidade do alimentante já aferida por ocasião da fixação dos alimentos, é ônus deste demonstrar a impossibilidade superveniente de custeio dos alimentos, não bastando simplesmente alegar a impossibilidade ou ajuizar ação de exoneração ou revisional de prestação alimentícia⁵⁸².

5.8 DEFERIMENTO DAS MEDIDAS ATÍPICAS CONSIDERANDO A RELEVÂNCIA DO DIREITO EM JOGO

Por fim, quanto ao item “h”, cabe trazer interessante exemplo versando sobre a defesa da probidade administrativa. Trata-se de caso de cumprimento de sentença que impôs obrigação de pagar quantia certa, a título de ressarcimento ao Erário, em face de réu condenado pela prática de ato de improbidade administrativa, consistente na subtração

⁵⁸² MAZZEI, Rodrigo Reis; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Comentários aos artigos 528 a 533. In: Comentários ao Código de Processo Civil. Angélica Arruda Alvim *et al* (coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 653.

de numerário dos cofres públicos e em seu favor (mais de dois milhões de reais), valendo-se das atribuições funcionais de sua condição de servidor público, conforme informações verificadas na consulta processual *on-line*.

Em acórdão proferido no AI 2084072-90.2017.8.26.0000, a 9ª Câmara de Direito Público do TJ/SP, mantendo a decisão de 1º grau recorrida, esgrimiu interessantes fundamentos para justificar a imposição da suspensão da CNH e do passaporte como medidas coercitivas atípicas, expondo que, no caso concreto, os meios tradicionais e legalmente previstos para satisfação do crédito já haviam sido esgotados e que a finalidade da norma do art. 139, IV do CPC/15 "*não é a de impor penas ou restringir direitos, mas, meramente persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações tão onerosas e inconvenientes de tal forma que lhe seja mais vantajoso pagar a continuar descumprindo a condenação que lhe foi imposta*".

Considerou-se, ademais, a relevância do direito em jogo, haja vista que por trás da obrigação de pagar estava a necessidade de reparação do prejuízo causado ao Erário com o ato de improbidade administrativa, o que desvela a proporcionalidade da medida em face do grave ilícito apurado. Ainda, foram rechaçadas a possibilidade de o devedor invocar o preceito da menor onerosidade para eximir-se de obrigação que lhe é afeta, a alegada ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que não se estaria subtraindo do executado o mínimo existencial, bem como a alegada ofensa ao direito de ir e vir do recorrente.

Nada obstante a consistência dos fundamentos invocados para a aplicação de medidas executivas atípicas no caso em questão, cumpre expor que, de acordo com o relatório do acórdão, o recorrente também havido suscitado, como fundamento de impugnação, a ausência de condições financeiras para o adimplemento da dívida e a inexistência de prova de ocultação de bens, o que, todavia, não foi expressamente tratado na decisão recursal, como seria de rigor.

Ao que entendemos, esse fundamento, isoladamente, careceria de consistência para afastar as medidas aplicadas, considerando a relevância do direito em jogo (defesa da probidade administrativa) e as circunstâncias do caso concreto, pois restou assentado como certo, a partir da atividade cognitiva, o fato de que o executado se enriqueceu

ilicitamente, mediante apropriação de valores superiores a dois milhões de reais dos cofres públicos.

Nesse quadro fático, não bastaria ao executado alegar ausência de condições financeiras e a inexistência de prova de ocultação de bens, pois não há como ignorar o fato da apropriação indébita devidamente comprovado na fase de conhecimento. Partindo desse fato, é forçoso reconhecer ser ônus do executado demonstrar de que forma o numerário que ingressou em seu patrimônio foi dissipado ou qual foi o seu destino, de forma a justificar que não teria condições materiais de adimplir a obrigação de ressarcimento. Até porque se trata de quantia elevada, que não tem como simplesmente desvanecer sem maiores explicações.

Ao exequente, autor da ação de improbidade, já recaiu o ônus probatório de comprovar que o réu havia subtraído valores do Erário. Comprovado o fato, passa a ser ônus do executado, na sequência, comprovar de que forma se deu a dissipação do numerário, sob pena de se sujeitar a medidas coercitivas incisivas que se assentem justamente na ausência de comprovação de que o acréscimo patrimonial ilícito desvaneceu posteriormente. É certo que pode ser uma prova difícil, mas não menos difícil seria impor ao exequente a prova de que o executado possui patrimônio oculto. É uma forma diferente de se pensar a adequação da atividade executiva, levando-se a sério a necessidade de se calibrar os meios executivos de acordo com as exigências das circunstâncias do caso.

Dessa forma, apenas se o executado lograsse comprovar satisfatoriamente, de alguma forma, que os valores apropriados não foram convertidos em outros bens e que consumiu, de tal ou qual maneira, todo o produto da atividade ilícita, é que se poderia assentar como certo o fato de que ele não teria condições de arcar com o ressarcimento, de forma que a imposição das medidas restritivas de direito atípicas resvalaria para um caráter punitivo, à míngua de qualquer potencial coercitivo, o que infirmaria sua legitimidade.

CONCLUSÕES

As conclusões que podem ser extraídas do estudo são alinhadas a seguir.

1. A função jurisdicional desenvolve-se para atender conflitos intersubjetivos relacionados a crises de definição e de cumprimento das normas jurídicas, como também para prestar a tutela abstrata do ordenamento jurídico, sob o ângulo da jurisdição constitucional. Em sua vocação clássica de dirimir crises que se assentam em conflitos concretos, a função jurisdicional pode desempenhar atividade cognitiva ou executiva, uma vez que a prestação integral da tutela jurisdicional engloba não apenas a decisão que define a norma aplicável a determinado conflito de interesses, mas também os atos tendentes à satisfação de direitos.
2. A relevância da atividade executiva reside em seu potencial para superar a desconformidade da realidade fática com o comando de determinada norma concreta encartada em título judicial. Para tanto, a execução depende de meios executivos que permitam obter, com ou sem concurso da vontade do sujeito passivo, o resultado prático específico ou equivalente ao determinado pela norma.
3. Execução, efetivação e cumprimento de decisões judiciais são expressões que se referem ontologicamente à mesma atividade processual voltada à transformação do mundo empírico, ainda que o Código se valha de uma ou outra expressão ao organizar os procedimentos, cujas regras se aplicam mutuamente.
4. Os números do Poder Judiciário revelam que a execução não tem servido de maneira adequada a seu papel. Os processos de execução representam um gargalo na função jurisdicional, o que permite identificar um quadro de inefetividade e ineficiência da execução civil.
5. O sistema processual executivo para a tutela das obrigações pecuniárias era marcado pela nota de insuficiência dos meios executivos, em razão do modelo anteriormente adotado no CPC/73, calcado na preordenação de meios executivos típicos. Isso não significa que a previsão típica de meios executivos seja

negativa para o sistema processual, sendo extremamente útil, na verdade, que sejam dispostos na lei formas típicas para orientar os atos do juiz e das partes. O problema estava em não permitir a abertura da execução para a adoção de outras medidas executivas além daquelas previamente estabelecidas em lei.

6. A tutela jurisdicional executiva é um direito constitucional fundamental. O enquadramento em tal categoria implica atrair o regime jurídico próprio atinente aos direitos fundamentais, o que traz repercussões teóricas e práticas no plano da atividade judicial de efetivação dos direitos. Por força do atributo da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o direito à tutela executiva repercute diretamente na esfera jurídica de responsabilidade do legislador e do órgão judicial, no sentido de determinar a estruturação e a interpretação de normas processuais de modo a se permitir a adequação dos instrumentos processuais para que se alcance um resultado prático que guarde a máxima coincidência com o direito material.
7. O uso de medidas executivas tem o potencial de colocar em rota de colisão o direito à tutela jurisdicional executiva e outros valores de envergadura constitucional, todos merecedores de proteção, sendo inviável pensar em uma solução que se limite a optar, em caráter genérico e abstrato, entre um ou outro direito fundamental. O manejo de técnicas executivas, especialmente as atípicas, demanda incursão na técnica da ponderação, que se baseia na regra da proporcionalidade, conforme as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.
8. Em razão da hierarquia axiológica móvel dos direitos fundamentais, descortina-se a impossibilidade metodológica de se descartar em abstrato determinados meios executivos sob a pecha de inidoneidade, salvo se o próprio ordenamento jurídico vedar em abstrato esse meio. Determinado meio que se revele proporcional em certo caso pode se revelar absolutamente incabível em outro, conforme as distintas circunstâncias fáticas.
9. Respeitando-se os limites jurídicos ou práticos eventualmente existentes em determinado caso, o sistema executivo deve estar aparelhado para fornecer todas

as soluções para os problemas que possam impedir a realização prática do título executivo. A completude do sistema executivo significa que determinado direito não pode deixar de ser efetivado em razão da insuficiência dos meios executivos. Não basta, contudo, que os meios executivos levem ao resultado desejado. O princípio da eficiência dita que os meios executivos devem ser aptos a alcançar o melhor resultado, no espaço de tempo adequado e trazendo a maior satisfação possível para os jurisdicionados. Há de se pensar além da efetividade e prestigiar a eficiência. Eficiência engloba efetividade. Um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente, mas jamais será eficiente sem ter sido efetivo. Eficiência executiva implica em considerar as circunstâncias do caso concreto, os valores em jogo e o direito material em cotejo, a fim de que sejam escolhidos os meios que permitam alcançar a realização da norma jurídica concreta com o maior rendimento possível, e com a máxima minimização dos sacrifícios impostos tanto ao exequente, como ao executado. Se o meio executivo escolhido for capaz de alcançar o resultado satisfativo, mas houver outro que consiga o resultado com menor sacrifício aos interesses em oposição, poderá haver frontal desprezo à orientação normativa imanente ao princípio da eficiência. A cláusula geral executiva permite a adequação dos meios executivos, o que deve ser feito não apenas para a completude do sistema executivo, mas para garantir sua eficiência, respeitando-se eventuais negócios jurídicos processuais entabulados pelas partes.

10. É salutar que haja preocupação quanto à posição jurídica do devedor, considerando o potencial prejuízo que a atividade executiva, caso excessiva e desmedida, pode provocar em sua esfera jurídica. Contudo, é necessário que se tragam à lume os interesses do credor, a fim de se reequilibrar a balança dos interesses conflitantes na execução. É preciso reconhecer que o crédito não é um fim em si mesmo, mas um meio para satisfação de outros interesses, que podem estar relacionados a necessidades afetas a situações existenciais da pessoa humana, ou a deveres de relevante interesse social. Abstraindo-se o tratamento diferenciado já adequadamente concedido ao crédito alimentar, não é apropriado tratar todas as execuções de obrigações pecuniárias de maneira uniforme. Os meios executivos devem ser adequados em concreto, conforme interesses em

jogo e as circunstâncias do conflito. Indispensável orientar-se de acordo com os ditames da proporcionalidade para fazer a ponderação dos interesses em conflito em cada situação concreta. Um processo executivo que desconsidere os interesses do exequente, colocando todo o ônus inerente ao tempo do processo sobre sua esfera jurídica, é um processo que implica em desmedido sacrifício ao direito do exequente, em violação à eficiência processual na dimensão executiva.

11. Não é possível pensar em soluções executivas com apego em valores que refletem o ideário liberal, sob pena de se laborar em base axiológica incongruente com o atual modelo constitucional. Cingir a execução a um modelo abstrato fechado e previsível representa solução totalmente superada e ultrapassada. O modelo atual convive com formas típicas, mas também admite possa o órgão judicial construir em cada situação conflituosa a solução jurídica eficiente e adequada para a efetivação prática dos direitos. O controle da função executiva antes desempenhado com exclusividade pelo princípio da legalidade sofre mitigação, passando a ser compartilhado com outras normas, considerando a abertura que o sistema confere para o manejo de meios executivos atípicos.
12. Para garantir a liberdade e a segurança jurídica do jurisdicionado na execução civil, o modelo liberal valia-se de tipos legais executivos. Contudo, a tipologia no âmbito jurídico pode ser manejada com distintos propósitos de segurança, pois os tipos podem servir para restringir, como para simplificar. É equivocado pensar em tipo legal unicamente como método para impor limites. Não se pode confundir tipicidade com taxatividade. No contexto liberal, a tipicidade executiva vinha aliada à taxatividade dos meios executivos. Porém, é impossível ao legislador prever todas as particularidades dos direitos mercedores de tutela executiva e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades, daí a importância de se abrir o sistema à possibilidade de adequação dos meios executivos em concreto. Quando se fala em quebra da tipicidade na tutela executiva do crédito isso quer dizer que os meios executivos não precisam encontrar correspondência típica, ou seja, rompe-se, na verdade, o modelo de tipologia taxativa. O sistema executivo para a tutela das obrigações de pagar permite a imposição de medidas executivas que

se enquadrem no modelo legal, medidas executivas que não encontrem tipo legal específico, bem como medidas atípicas construídas a partir de figuras típicas. Embora não tenha havido a sistematização de um método específico para concretização da atipicidade na execução, é possível realizar a adequação sem perda da segurança jurídica, devendo, para tanto, ser respeitados o contraditório útil e a motivação adequada da decisão, e observadas as demais normas que orientam o preenchimento dos espaços normativos da cláusula geral.

13. O juiz não tem liberdade para escolher qualquer meio de efetivação do provimento jurisdicional, sem qualquer forma de controle. Na verdade, o instrumental que lhe concede maior poder de intromissão na esfera jurídica da jurisdicionado igualmente lhe confere maior responsabilidade na atividade executiva, o que se traduz no dever de escolher a melhor técnica para o caso concreto, valendo-se de fundamentação idônea e suficiente para demonstrar os parâmetros pelos quais se guiou para ponderar o grau de adequação da medida executiva adotada. Com tais exigências, evita-se o arbítrio judicial e permitem-se a fiscalização e o controle pelos destinatários da decisão. A discricionariedade judicial na escolha do meio executivo há de ser compreendida não como arbitrariedade, mas como dever de escolha da melhor técnica para o caso concreto.
14. O Direito pode se valer de diferentes técnicas para organização social, inclusive técnicas de encorajamento em acréscimo às técnicas tradicionais de desencorajamento. Numa faceta promocional, o Direito pode se valer de normas que incorporem sanções positivas ou que facilitem determinada ação desejada, as quais induzem positivamente o exercício de atos conformes.
15. A sanção jurídica tem por objetivo exercer controle sobre o conjunto de comportamentos sociais, de modo a direcioná-los a certos objetivos. Para tanto, a sanção não precisa ter necessariamente um cunho negativo de reprimenda, pois a perspectiva de uma situação positiva de vantagem para pode impulsionar à ação desejada, o que permite diferenciar sanções negativas, de sanções premiaias. Em sentido amplo, sanção pode ser entendida como toda consequência prescrita

para uma determinada conduta que represente a observância ou inobservância da hipótese prevista na norma jurídica. As sanções negativas sempre mereceram maior atenção no campo jurídico, havendo variadas opções de classificação na doutrina.

16. Os meios executivos são as medidas adotadas como técnicas processuais tendentes à efetivação da execução, as quais correspondem à reunião de atos processuais executivos, organizados no procedimento, para fins de obtenção da prestação pretendida pelo exequente. Essas técnicas podem dispensar ou não a participação do executado. Fala-se em execução direta quando há substituição do comportamento do executado, e em execução indireta quando se usam técnicas de coerção ou indução que atuam sobre a vontade do sujeito passivo, a fim de forçá-lo ou estimulá-lo a cumprir a prestação. Na execução para pagamento de quantia, quando não se logra obter de imediato o dinheiro, o método subrogatório da expropriação é custoso, complexo e moroso, o que pesa na balança da eficiência do processo executivo.
17. O enunciado do art .139, IV, do CPC/15 traz uma cláusula geral executiva, uma vez que seu antecedente normativo é relativamente vago e demanda atividade de integração para determinar as hipóteses passíveis de enquadramento por desvio de cumprimento de ordem judicial, e porque o consequente normativo é indeterminado, devendo ser formulado em concreto pelo órgão judicial, que é chamado a interferir mais ativamente para construir soluções para os casos concretos que lhe são submetidos. A fim de assegurar o resultado mais eficiente, a cláusula geral de efetivação mantém estreito diálogo com a norma do art. 805, que trata da menor onerosidade e que também é estruturada na forma de cláusula geral. A cláusula da menor onerosidade é uma regra de calibragem do ambiente executório, pois a execução deve ser menos onerosa não apenas ao executado, mas também ao exequente. Por isso é possível falar que o art. 805 do CPC/15 traz uma cláusula geral de eficiência executiva.
18. A cláusula geral executiva permite a adoção de técnicas de substituição da vontade e técnicas de atuação sobre a vontade do executado. As técnicas que

substituem ou abstraem o comportamento do executado são as medidas de sub-rogação. As técnicas que atuam indiretamente sobre o comportamento do agente destinatário da norma, influenciando-o por meios psíquicos a adotar ou não um determinado comportamento, são as medidas coercitivas e as medidas indutivas. As medidas coercitivas impõem sanções negativas coercitivas, as quais atuam através de pressão para dobrar a resistência do executado. As medidas indutivas abrangem as técnicas de encorajamento que visam provocar o exercício de atos conformes, tornando-os particularmente atraentes. As medidas indutivas não se restringem a técnicas de distribuição de sanções ditas premiaias, mas também englobam técnicas que facilitem ou tornem mais atraente a ação desejada. O uso de sanções premiaias fora das hipóteses legais é possível, contanto que não haja prejuízo a terceiros ou redução de verbas que representem contraprestação por serviços prestados ou compensação por perdas e danos. Medidas indutivas que facilitem ou tornem mais atraente determinada ação podem ser idealizadas com arrimo em soluções atípicas construídas a partir de figuras típicas, com ganhos ao executado sem trazer qualquer prejuízo ao exequente.

19. Não há qualquer óbice a que as medidas executivas típicas e atípicas sejam cumuladas entre si, o que pode potencializar a eficiência da execução.
20. As medidas executivas, em especial as medidas coercitivas, não se confundem com as medidas processuais punitivas. As medidas executivas encontram suportes em cláusula geral do art. 139, IV. As medidas processuais punitivas encontram matriz no art. 139, III, do CPC/15, o qual, contudo, não representa uma cláusula geral punitiva. O juiz não pode idealizar medidas punitivas, sendo imprescindível o enquadramento legal típico, com taxatividade, nas diversas normas ao longo do texto legal que especificam figuras típicas punitivas. Não há como afirmar, em abstrato, que certa medida atípica é inidônea porque tem natureza punitiva, ou, do contrário, é idônea porque possui lastro na cláusula geral de efetivação, sem que sejam consideradas as circunstâncias do caso, para o que é imprescindível a fundamentação adequada.

21. A cláusula geral de efetivação do art. 139, IV é passível de aplicação em qualquer situação processual que demande atividade executiva, seja esta fundada em título executivo judicial definitivo ou provisório, seja fundada em título executivo extrajudicial, abrangendo, ainda, qualquer espécie de obrigação. Pode ter como podem ter como destinatário não apenas o executado, como também terceiros e o próprio exequente.
22. A cláusula geral de efetivação não se presta a contornar impossibilidade fática ou jurídica do cumprimento da prestação. A não observância dos limites práticos ou jurídicos da execução quando da aplicação de medidas atípicas pode levar à sua descaracterização, descambando em medidas essencialmente punitivas.
23. É curial estabelecer critérios para controlar a finalidade da medida executiva atípica, especialmente para que, a pretexto de imposição de medidas coercitivas, não sejam impostas medidas punitivas. Para tanto é preciso sondar a adequação finalística da medida processual, sua necessidade e sua razoabilidade. As regras inerentes à proporcionalidade servem a tal função de controle. Se não houver demonstração de que, a despeito da resistência ou falta de colaboração com a execução, o executado apresenta situação patrimonial suficiente ao pagamento, a medida atípica carecerá de coercitividade, sendo, assim, ilegítima.
24. A adequação dos meios na regra da proporcionalidade assenta-se na compatibilidade lógica-fática entre meios e fim, de forma que basta observar, para aferir a adequação, se o meio é empiricamente apto a promover o fim almejado. É dispensável resguardar a correlação ou referibilidade para legitimar medidas coercitivas atípicas, embora tal aspecto possa ser útil na análise da proporcionalidade em sentido estrito.
25. É possível a aplicação imediata de medidas executivas atípicas, sem prévio esgotamento das medidas típicas. A subsidiariedade não é critério válido para orientar a aplicação de medidas atípicas. O critério mais adequado é o da eficiência, o que implica dizer que em alguns casos a eficiência estará nos meios típicos, em outros nos meios atípicos. As medidas executivas atípicas podem ser usadas como instrumentos de apoio para as medidas típicas sub-rogatórias, como

- também podem ser usadas para contornar o procedimento de penhora-expropriação, a fim de alcançar o resultado satisfativo através do pagamento por parte do executado.
26. A invocação da cláusula geral do art. 139, IV do CPC/15 para adentrar na seara da atipicidade executiva não depende de atividade de cognição exauriente a respeito da certeza do direito encartado no título executivo extrajudicial, ainda que o processo de conhecimento possa eventualmente ser útil para extração de fatos que auxiliem na concretização da cláusula geral.
 27. As medidas coercitivas atípicas abrangidas pela cláusula geral executiva abrangem medidas de cunho patrimonial e de cunho não patrimonial. A admissão destas últimas não implica violação ao princípio da patrimonialidade, pois as medidas coercitivas não são usadas para compensar o crédito devido com um período de constrição da liberdade ou de outro direito, sendo apenas instrumentos de pressão volitiva voltadas à responsabilidade patrimonial.
 28. Os princípios da boa-fé e da colaboração processual também repercutem no manejo da cláusula geral de efetivação, tanto sob a perspectiva do órgão judicial, quanto das partes. Não é mais possível aceitar como normal o silêncio do executado diante de intimação específica para indicar quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora, o que já implica violação ao dever de colaboração encartado no art. 774, V, do CPC/15, de forma a se autorizar a imposição de medidas coercitivas. Se, além da omissão do executado, forem coligidas provas que evidenciem sinais de riqueza de sua parte, é possível adotar medidas executivas ainda mais incisivas.
 29. A decisão que imponha uma medida atípica deve estar escorada em fundamentação suficiente e em contraditório útil, como método imprescindível para a segurança jurídica na atipicidade. Ao executado deve ser resguardada oportunidade para apresentar eventual justa causa que possa obstar um meio coercitivo. Sem fundamentação adequada, fica inviabilizado o controle finalístico da medida coercitiva.

30. O juiz pode impor de ofício ou a requerimento de qualquer das partes o meio executivo atípico para a satisfação do crédito exequendo, respeitando eventuais negócios jurídicos processuais. A possibilidade de impor medidas de ofício não significa prescindir do contraditório. O juiz não pode impor de ofício, como medida atípica, providência para a qual a lei exija provocação da parte
31. A extensão da atipicidade executiva ao sistema de tutela coletiva abre novos caminhos para a tutela do crédito de maneira mais eficiente. É possível estabelecer uma via executiva atípica para promover a satisfação fluida da classe prejudicada sem precisar se valer do fundo coletivo para a reparação fluida. Da mesma forma, é possível se valer de medidas atípicas para evitar execuções multitudinárias decorrentes de ações coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos. São soluções que prestigiam o imperativo de eficiência dos meios executivos.
32. A despeito do amplo alcance e das possibilidades executivas abertas pela cláusula geral de efetivação, por ora a prática forense tem se limitado a debater acerca da aplicação de medidas de suspensão de passaporte, de CNH e de cartões de crédito como medidas coercitivas atípicas. A legitimidade de tais medidas nos casos concretos depende de análise cuidadosa das razões de decidir, que devem estar escoradas não em conjecturas, mas em elementos de fato que revelem a adequação e eficiência das medidas executivas.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1)*. Revista de Processo, vol. 244/2015, p. 87-150, Jun/2015, versão eletrônica.

_____. *O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* Disponível em: <http://m.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um-cafajeste-apreensao-de-passaporte>. Acesso em: março/2018.

_____. *O executado cafajeste II: medida coercitiva como instrumento da medida sub-rogatória*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267289,31047-O+executado+cafajeste+II+medida+coercitiva+como+instrumento+da+medida>. Acesso em: março/2018.

_____. *Ação Civil Pública e o Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC*. Revista de Processo, vol. 116/2004, p. 325-333, Jul-Ago/2004. Versão eletrônica.

_____. *Fundamentos da tutela coletiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, vol. 798/2002, p. 23 - 50, Abr/2002, versão eletrônica.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. *O favor debitoris como princípio geral de direito*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 26, p. 03-23, 1º semestre de 2004.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2ª ed., Renovar: Rio de Janeiro, 1998.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31 (Coleção Atlas de Processo Civil).

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. *A utilização da prisão civil como meio executório atípico*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. *Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11, volume 18, número 1, p. 236-277, Jan-Abr/2017, versão eletrônica.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Editora Minerva, 1968.

ASSIS, Araken de. *Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

_____. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Execução forçada e efetividade do processo*. Direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 1, p. 7-16, 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

BADIN, Arthur. *O fundo de defesa de direitos difusos*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 67/2008, p. 62 – 99, Jul - Set /2008. Versão eletrônica.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. *O contempt of court no direito brasileiro e norte-americano*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil), Universidade Federal do Espírito Santo, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O poder judiciário e a efetividade da nova constituição*. Revista Forense, v. 304, 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERALDO, Leonardo de Faria. *As medidas executivas atípicas contra o condômino inadimplente*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.

BRANCO, Janaina Soares Noleto Castelo; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. O interesse público seria limite à aplicabilidade do art. 139, IV, do CPC, às execuções em face da fazenda pública? In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

BRASIL. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

_____. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017.

_____. *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/887/1/livro_custounitario.pdf. Acesso em: junho de 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria general del derecho*. Trad. de Jorge Guerrero R., 2. ed. Bogotá: Temis, 1992.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *As novas tendências da atuação judicial*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

CAETANO, Marcelo Miranda. *A atipicidade dos meios executivos – coadjuvante com ares de estrela principal – o art. 139, IV, CPC e o resguardo ao escopo social do processo*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis*. In: ALVIM, Arruda et al (Org.). *Execução Civil e temas afins - Do CPC/197e ao novo CPC - Estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 13-18.

_____. *O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

_____. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. *Comentários aos arts. 133 a 137. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.*

CÂMARA, Helder Moroni. *O processo justo de execução. In: ALVIM, Arruda et al. Execução civil e temas afins: do CPC/1973 ao novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.*

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.*

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018.*

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.*

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer no novo CPC: primeiras observações. In: DIDIER JR., Fredie (coord). Coleção novo CPC doutrina selecionada: execução. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.*

_____. *Poderes do juiz e princípio do contraditório. Revista de Processo, vol. 195/2011, p. 279 - 307, Maio/2011.*

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.*

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao art. 8º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.*

CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama. *Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. In: TALAMINI,*

Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

CARVALHO, Fabiano. *Comentários ao art. 536 do CPC/15*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Bookseller: Campinas, 1998, vol. I.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR, Fred; NUNES, Dierle; FREIRE Alexandre (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Normas Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 369.

_____. *Comentários ao art. 805*. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (Coords). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Comentários ao art. 489*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Fundamentos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DELLORE, Luiz. *NCPC: Atipicidade de medidas executivas já é realidade*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/ncpc-atipicidade-de-medidas-executivas-ja-e-realidade-17042017>. Acesso em março/2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1, 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Esboço de uma teoria da execução civil*. Revista de Processo, vol. 118/2004, p. 9-28, Nov-Dez/2004, versão eletrônica.

_____. *Cláusulas gerais processuais*. Revista de Processo, vol. 187/2010, p. 69-83, Set/2010, versão eletrônica.

_____. *Comentários aos arts. 1º a 12 do CPC/15*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Princípio da cooperação*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Normas fundamentais (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 8)*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____; CABRAL, Antonio do Passo. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. Revista de Processo, vol. 275/2018, p. 89-117, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan/2018.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *A promessa de recompensa judicial e o novo CPC*. In: MAZZEI, Rodrigo; EHRHARDT Jr, Marcos (Coord). *Repercussões do novo CPC: Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *et al. Curso de direito processual civil: execução*. Vol. 5, 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 10. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; _____. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 12. ed., Salvador: Juspodivm, 2018

DICIONÁRIO Houaiss eletrônico da língua portuguesa. Versão eletrônica.

DICIONÁRIO Aurélio eletrônico século XXI. Versão eletrônica.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo*. In: A nova era do processo civil. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

EXPÓSITO, Gabriela; LEVITA, Sara Imbassahy. *A (im)possibilidade de suspensão de CNH como medida executiva atípica*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed., Salvador: JusPodivm, 2015.

FERREIRA, Gabriela Macedo. *Poder geral de efetivação: em defesa da constitucionalidade da técnica de execução dos direitos do art. 139, IV do Código de Processo Civil*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>. Acesso em: março/2018.

_____. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Coleção Atlas de Processo Civil, São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Execução Civil - entraves e propostas*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11, volume 12. número 1. Jan-Abr/2017, p. 399-445.

_____. *A execução e a efetividade do processo*. Revista de Processo, vol. 94/1999, p. 34 – 66, Abr-Jun/1999, versão eletrônica.

_____. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>. Acesso em: março/2018.

_____. *Coações indiretas na execução pecuniária*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 137, 1998.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. 10. ed. Buenos Aires: Eubeda, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Bestbook, 2001.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013 (Coleção Theotônio Negrão).

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Tutela inibitória*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/O-Precedente-na-Dimens%C3%A3o-da-Igualdade.docx>. Acesso em: março/2018.

_____. *O controle do poder executivo do juiz*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/artigos/87-artigos-jul-2006/4629-o-controle-do-poder-executivo-do-juiz-formato-pdf>. Acesso em: março/2018.

_____. *A efetividade da multa na execução da sentença que condena a pagar dinheiro*. Versão eletrônica. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-EFETIVIDADE-DA-MULTA-NA-EXECUC%C3%87%C3%83O-DA-SENTEN%C3%87A-QUE-CONDENA-A-PAGAR-DINHEIRO.pdf>. Acesso em março/2018.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: Execução*. Vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; _____; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; _____; _____. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, edição eletrônica.

MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Revista dos Tribunais, vol. 680/1992, p. 47-58, Jun/1992, versão eletrônica.

_____. *O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista dos Tribunais, vol. 753/1998, p. 24-48, Jul/1998, versão eletrônica.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 16, p. 177-203, 2014, p. 194-195.

_____. *Código Civil de 2002 e o Judiciário: Apontamentos na Aplicação das Cláusulas Gerais*. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; ROSADO, Marcelo da Rocha. *A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

_____; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Comentários aos artigos 785 a 788 e 802 a 805 do CPC/15*. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso; GOUVEIA, Lúcio Grassi de (coords). *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Tomo III - arts. 771 a 1072, São Paulo: Luari Editora, 2017.

_____; MERÇON-VARGAS, Sarah. *Comentários aos arts. 832 a 869 do CPC/15*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Comentários aos artigos 528 a 533*. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Angélica Arruda Alvim *et al* (coord.). São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. 5. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELES, Edilton. *Cooperação judicial e poderes do juiz na execução*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

_____. *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas*. Revista de Processo, vol. 247, p. 231-246, Set 2015, versão eletrônica

MINAMI, Marcos Youji. *Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do código de processo civil brasileiro de 2015*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal da Bahia, 2017.

_____. *Uma justificativa às medidas executivas atípicas*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

_____. *Comentários aos artigos 831 a 853 do CPC/15*. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso; GOUVEIA, Lúcio Grassi de (coords). *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Tomo III - arts. 771 a 1072, São Paulo: Luari Editora, 2017.

_____. *Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/15: do processo para além da decisão*. In: DIDIER JR., Fredie (coord). *Coleção novo CPC doutrina selecionada: execução*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. *Revista de Processo*, vol. 183/2010, pp. 165-194, Maio/2010.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. *Revista de Processo*, vol. 183/2010, pp. 165-194, Maio/2010.

_____; ZANETI JR, Hermes. *Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em direito processual civil*. In: *Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais*. in *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único, 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC*. *Revista de Processo*, vol. 265/2017, p. 107-150, Março/2017, versão eletrônica.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação*. *Revista de Processo*, vol. 169/2009, p. 38-61, Mar/2009, versão eletrônica.

_____. *Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. *Revista de Processo*, vol. 113/2004, p. 9-21, Jan-Fev/2004, versão eletrônica.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO Renata Cortez Vieira. *Das medidas atípicas de coerção contra o poder público: aplicabilidade e limites*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji

(Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

PEREIRA, Rafael Caselli. *Execução de alimentos legítimos, indenizatórios e decorrentes de verba honorária sucumbencial, sob a perspectiva da atipicidade dos meios executivos (art. 139, inciso IV – CPC/2015) – uma proposta de sistematização*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. *A evolução da tutela executiva da obrigação de pagar quantia certa: do Código de Processo Civil de 1973 ao de 2015*. In: DIDIER Jr, Fredie (coord). *Coleção novo CPC doutrina selecionada: execução*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

PERROT, Roger; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo civil francês na véspera do século XXI*. *Revista de Processo*, vol. 91/1998, p. 203-212, versão eletrônica.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011, (Coleção direito e processo).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XIII, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1961.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

REZENDE, Priscilla Correa Gonçalves de; ALVES, Gustavo Silva. *A relevância da fluid recovery para a satisfação da tutela coletiva*. *Revista Eletrônica de Processos Coletivos*, vol. 7, n. 2, Abr - Jun/2016. Versão eletrônica.

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). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição*. Revista de Processo, vol. 275/2018, p. 89-117, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan/2018.

ROQUE, Andre 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). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

ROSADO, Marcelo da Rocha. *A multa coercitiva como instrumento para tutela das obrigações pecuniárias do CPC de 2015*. In: MAZZEI, Rodrigo; EHRHARDT Jr, Marcos (Coord). *Repercussões do novo CPC: Direito Civil*. Salvador: *Juspodivm*, 2017.

RUTANO, Leandro José; PUGLIESE, William Soares. *Considerações sobre a norma de ponderação do Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo, vol. 268/2017, p. 47-69, Jun/2017, versão eletrônica.

SANTOS, Leonardo Valverde Susart dos. *Atipicidade executiva e créditos trabalhistas: dessacralização do princípio dispositivo e instrumentos de gestão processual cooperativa*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Conceito de direitos e garantias fundamentais*. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: março/2018.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. *A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva*. Revista de Processo, vol. 271/2017, p. 179-228, Set/2017, versão digital.

SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momentos de formação, suportes fáticos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de; ROCHA, Jorge Bheron. *Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator shylockiano do art. 139, IV, CPC*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, no prelo.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol 1, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Ricardo Alexandre da. *Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no novo CPC*. In: DIDIER Jr, Fredie (coord). *Coleção novo CPC doutrina selecionada: execução*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: março/2018.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Prisão civil e penal e "execução indireta" (a garantia do art. 5.º, LXVII, da Constituição Federal)*. Revista de Processo, vol. 92/1998, p. 37 – 51, versão eletrônica.

_____. *Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência, nas diferentes modalidades de execução*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos

Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

TARUFFO, Michele. *A atuação executiva dos diretos: perfis comparatísticos*. Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. *Revista de Processo*, v. 15, n. 59, São Paulo: RT, pp. 72-97, jul-set. 1990. Versão eletrônica.

_____. TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. Disponível em: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar.pdf>. Acesso em: março/2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. 24. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007.

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 março/2018.

TUCCI, Rogério Lauria. *Da contumácia no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora José Bushatsky, 1964.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. *Atipicidade dos meios executivos: da discricionariedade à violação de preceitos garantidores do estado democrático de direito*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1985.

_____. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VITORELLI, Edilson. *Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos

Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: execução*. Vol. 2, 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YARSHELL. Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: art. 824 a 925*. Coleção Comentários ao Código de Processo civil, vol. XIV (coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhard, Daniel Mitidiero). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev. ampl. e alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento e a partir do caso concreto*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: *JusPodivm*, 2018, no prelo.

ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilson. *Reforma e efetividade da execução no novo CPC*. In: DIDIER Jr, Fredie (coord). *Coleção novo CPC doutrina selecionada: execução*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 65.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZOLLINGER, Marcia. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: *JusPodivm*, 2006.