

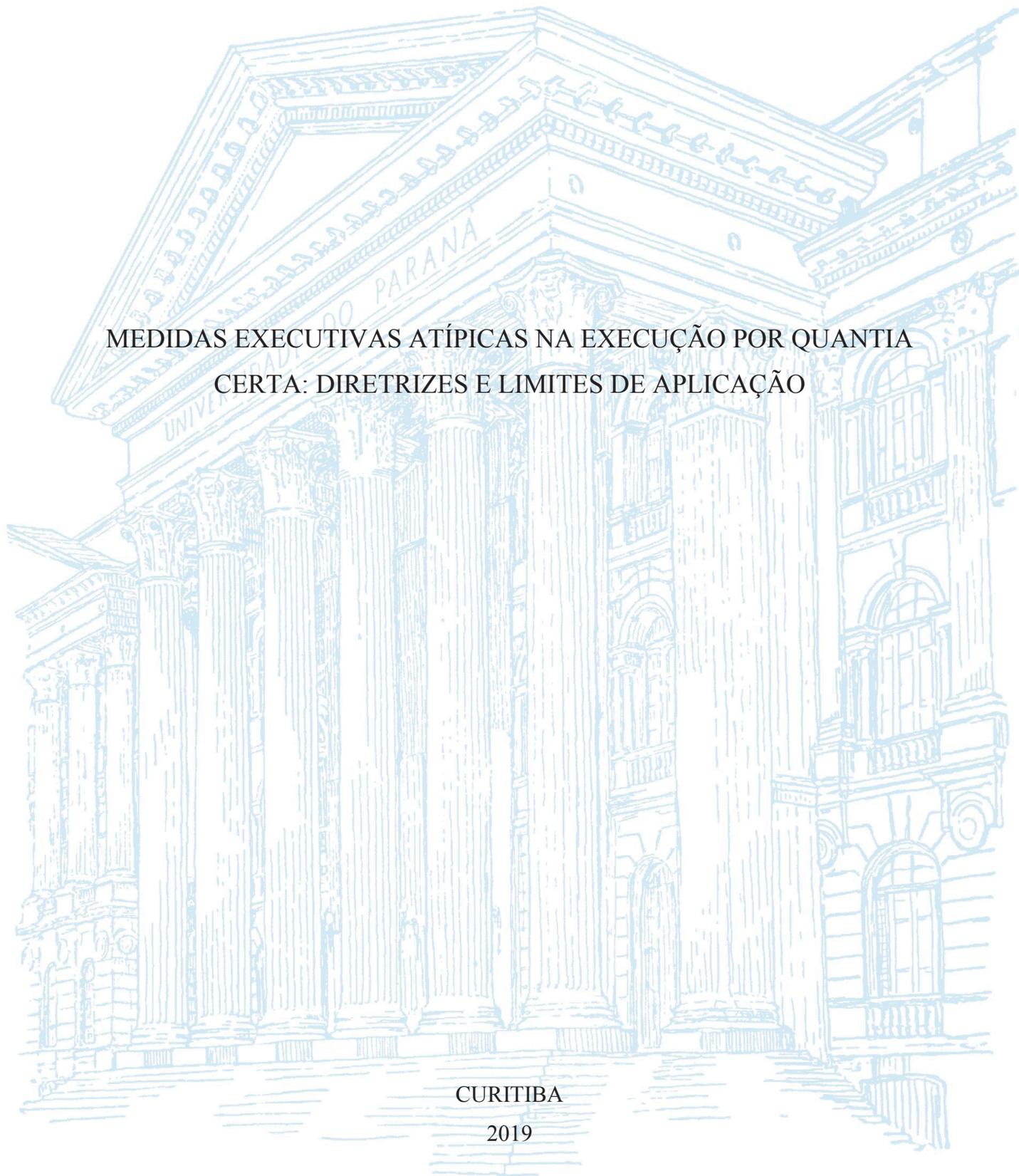
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAURÍCIO PEREIRA DOUTOR

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO POR QUANTIA
CERTA: DIRETRIZES E LIMITES DE APLICAÇÃO

CURITIBA

2019



MAURÍCIO PEREIRA DOUTOR

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO POR QUANTIA
CERTA: DIRETRIZES E LIMITES DE APLICAÇÃO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

CURITIBA
2019

D741m

Doutor, Maurício Pereira

Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação / Maurício Pereira Doutor; orientador: Eduardo Talamini. – Curitiba, 2019. 161 p.

Bibliografia: p. 151-161.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Execuções (Direito). 2. Tutela jurisdicional.
3. Direitos fundamentais. I. Talamini, Eduardo. II. Título.

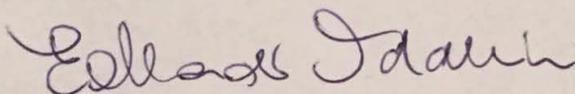
CDU 347.952

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**

TERMO DE APROVAÇÃO

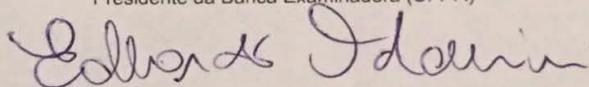
Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **MAURÍCIO PEREIRA DOUTOR** intitulada: **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação.**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa. A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 04 de Abril de 2019.



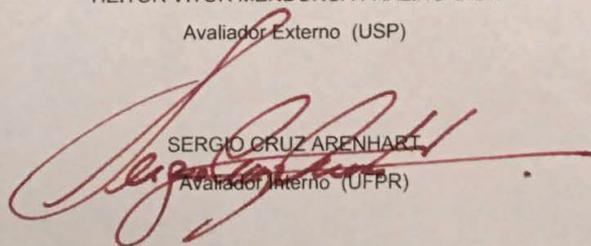
EDUARDO TALAMINI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)



HEITOR VITOR MENDONCA FRALINO SICA

Avaliador Externo (USP)



SERGIO CRUZ ARENHART

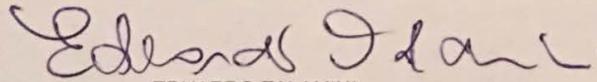
Avaliador Interno (UFPR)



ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

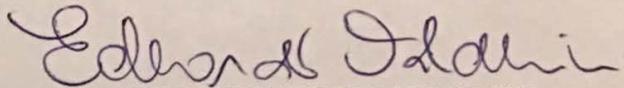
No dia quatro de abril de dois mil e dezenove às 14:00 horas, na sala de Videoconferência - 311, Praça Santos Andrade, 50 - Centro - PPGD - UFPR, foram instalados os trabalhos de arguição do mestrando **MAURÍCIO PEREIRA DOUTOR** para a Defesa Pública de sua Dissertação intitulada **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: EDUARDO TALAMINI (UFPR), HEITOR VITOR MENDONCA FRALINO SICA (USP), SERGIO CRUZ ARENHART (UFPR). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra ao discente, para que o mesmo expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. O aluno respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela APROVAÇÃO do aluno. O mestrando foi convidado a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EDUARDO TALAMINI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 04 de Abril de 2019.



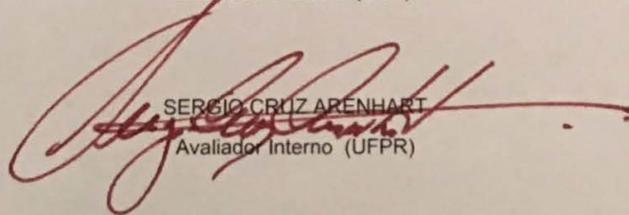
EDUARDO TALAMINI

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)



HEITOR VITOR MENDONCA FRALINO SICA

Avaliador Externo (USP)



SERGIO CRUZ ARENHART

Avaliador Interno (UFPR)



Para Nicole e Murilo Doutor, com todo o meu amor.

Para Franciele Doutor, junto com o meu coração.

AGRADECIMENTOS

É hora de agradecer a todos que de alguma forma fizeram parte dessa caminhada. Alguns arrumaram cuidadosamente a bagagem, preocuparam-se em abastecê-la com o necessário para que o desafio fosse vencido com equilíbrio. Alguns foram guias, outros parceiros. Por fim, houve aqueles que garantiram as descargas regulares de estímulo e de energia, e outros tantos que acobertaram a retaguarda para que não fosse preciso retornar.

Agradeço aos meus pais, João Doutor e Maria Rosa Doutor, porque sempre – sempre – me ensinaram que a retidão é um valor fora do mercado, e nunca pouparam esforços para dar aos filhos uma formação de qualidade.

Agradeço aos meus avós Astério Pereira Rivera (*in memoriam*) e Celsa Gomes Cartelle, pelo magistral exemplo de cuidado e devoção à família.

Agradeço aos meus filhos, Nicole Doutor e Murilo Doutor, pela carga de amor sincero que despejam a cada beijo e abraço, pelo que fazem com meu coração quando dizem “te amo, papai”.

Agradeço ao meu enteado, Lucas Eduardo Bruneto, por se mostrar compreensivo quando o natural seria a incompreensão.

Agradeço muito à minha esposa, Franciele Doutor, de quem sempre ouço um “vai em frente, estou contigo”, mesmo quando isso implique arrumar as malas e rumar para um novo destino. Agradeço-a pelo apoio não raro franqueado ao custo dos seus próprios projetos. Agradeço-a, também, pela paciência nos momentos em que não sou fácil – e eles são frequentes –, e pelo amor franco e sincero mesmo nos momentos em que não sou fácil – e eles realmente são frequentes.

Agradeço ao meu irmão, Fabio Doutor, pelo exemplo de caráter e de bom coração.

A todos vocês, agradeço porque abasteceram a minha bagagem com valores, com amor e com fé.

Agradeço imensamente ao meu orientador, professor Eduardo Talamini, um expoente do processo civil, não apenas por acreditar na pesquisa a que me propus, colocando-se sempre à disposição para o diálogo, mas também pelas aulas ministradas ao longo do curso, as quais elevaram a minha admiração por sua inteligência e argúcia.

Agradeço aos professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, nomes que inspiram uma geração de processualistas e que contribuem em grande medida para a projeção nacional da escola paranaense de processo civil.

Agradeço aos professores Sérgio Staut, Daniel Hachem, Cesar Serbena, Fabrício Tomio e Ilton Norberto Robl Filho, cujas disciplinas me aguçaram para a investigação de novos horizontes do conhecimento humano.

Agradeço aos amigos que fiz nessa caminhada, amigos com quem anseio ladear muitas outras jornadas. Minha gratidão sincera, queridos amigos Bruno Picoli, Bruno Wontroba, Fernanda Fujiwara, Fernando Castelo, Frederico Gomes, Guilherme Correa, Marcela Ferraro, Jordão Violin, Julio Aveiro, Lucas Cavini, Melina Kletemberg, Paula Pessoa, Paulo Mazini, Ramon Ouais, Ricardo Alexandre da Silva, Ricardo Menezes, Rogéria Dotti, Ronaldo Mion, Shalom Baltazar, Thaís Lunardi e Willian Pugliese.

A vocês, agradeço pela condução ou pelo compartilhamento da jornada, pelos diálogos travados, pelas boas risadas.

Agradeço aos amigos do Fórum Cível 1 de Curitiba, pela convivência aprazível e afetuosa com que me brindaram ao longo do tempo em que eu trilhava o caminho do mestrado. Agradeço também aos amigos com os quais convivi por cerca de dois anos e meio na força-tarefa da Corregedoria-Geral da Justiça do Paraná, e com os quais sempre continuarei convivendo, simplesmente porque é bom demais ter a companhia de vocês. Agradeço, nomeadamente, aos amigos Paulo Mazini, Adriano Vieira e Carla Tria pelas oportunidades em que atenderam as demandas da 8ª Vara Cível, quando os compromissos da pós-graduação exigiram a minha ausência.

Agradeço imensamente a cada um dos integrantes da equipe da 8ª Vara Cível. Sem vocês tudo seria tão mais difícil, talvez impossível. Obrigado Dione Rankel, Aline Pereira, Fabiana Lira e Emanuella Leal. Obrigado Fernanda Michelin, Larissa Bassler, Mariana Carboni, Renata Pelissari, Camila Stocchero e Cláudia Beatriz Machado. Obrigado aos atenciosos e operosos funcionários do cartório.

Por fim, agradeço ao Ministro Francisco Falcão, do Superior Tribunal de Justiça, em nome de quem agradeço toda a equipe do seu gabinete, pela recepção amiga e acolhedora exatamente na época em que se avizinhava o término do prazo para a conclusão deste trabalho.

Sem o anteparo de cada um de vocês talvez a jornada não pudesse continuar.

RESUMO

Com o advento da regra art. 139, IV, do CPC/15, a doutrina prontamente e pouco depois a jurisprudência manifestaram séria preocupação quanto aos critérios para a aplicação de medidas executivas atípicas (aplicação de *astreintes*, suspensão de CNH, passaporte, cartão de crédito etc.) na execução por quantia certa e, notadamente, quanto aos seus limites, já que implicam, muitas vezes, restrição a direitos fundamentais do devedor. O objetivo do presente trabalho é justamente propor algumas diretrizes e limites para a aplicação de meios sub-rogatórios e indutivos atípicos, no âmbito da execução por quantia certa, proposta alinhada ao anseio constitucional de efetividade da tutela jurisdicional. A inevitável colisão entre direitos fundamentais não pode constituir óbice apriorístico à recepção dessa técnica no universo dos créditos em dinheiro.

Palavras-chave: Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Execução de prestação em dinheiro. Medidas executivas atípicas. Diretrizes e limites de aplicação. Colisão entre direitos fundamentais. Solução *in concreto*.

ABSTRACT

With the effectiveness of the art. 139, IV, under the new Brazilian Civil Procedure Code Act, the legal doctrine and settled case law promptly manifested serious concerns about the criteria for imposition of atypical measures (periodic penalty, driver's license suspension, passport, credit card and other documents seizure) in Execution for a Certain Sum, specially regarding its limits, once it often implies restrictions on the debtor's fundamental rights. The purpous of the present work is precisely to present guidelines and limits for subrogatory and atypical injunctive measures under the scope of Execution for a Certain Sum, theme lined up to the constitutional aspiration for legal remedies effectiveness. The inevitable fundamental rights collision can not be a primary obstacle to the judicial technique acceptance for cash money execution.

Keywords: Adequate injunction fundamental right. Effective and in time enforcement measures. Atypical execution measures. Guidelines and limits for subrogatory and atypical injunctive measures. Fundamental rights collisions. Specific relief. Specific measures.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 O problema proposto.....	11
1.2 A estrutura do trabalho.....	13
2 CLASSIFICAÇÕES DAS SENTENÇAS E A INSUFICIÊNCIA DAS TIPOLOGIAS CONSAGRADAS.....	15
2.1 Classificação ternária das sentenças.....	15
2.2 O surgimento da classificação quinária das sentenças	20
2.3 Da cláusula “ordem judicial”: um contributo à crise da classificação quinária das sentenças	23
2.4 Sentença como técnica processual a serviço da tutela dos direitos	32
3 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA, EFETIVA E TEMPESTIVA, COLISÃO E RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	36
3.1 Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (CF/88, art. 5º, XXXV e LXXVIII). Medidas executivas atípicas na execução por quantia como técnica processual a serviço desse direito.....	36
3.2 Colisão entre direitos fundamentais na execução. Recurso à ponderação à luz da teoria de Robert Alexy	41
3.2.1 A máxima da proporcionalidade e suas etapas operativas: máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.....	43
3.3 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais: mais um limite à restrição dos direitos fundamentais?	46
3.4 Meios executivos atípicos na execução por quantia certa enquanto ferramenta constitucionalmente válida: inexistência de óbice <i>a priori</i> ao seu emprego	49
3.4.1 O caso da prisão civil por dívida. A total impossibilidade do seu uso como meio coercitivo atípico na execução de prestação pecuniária.....	55
4 MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS NA EXECUÇÃO POR QUANTIA: PREMISSAS DOGMÁTICAS	62
4.1 Meios de indução como forma de execução. Execução direta e indireta	62
4.2 Responsabilidade patrimonial e responsabilidade pessoal. Restrição a direitos: <i>tertium genus?</i>	64
4.3 Execução de resultado mediante seleção do meio menos oneroso.....	69
4.4 Execução civil e boa-fé objetiva. O dever de cooperação do executado.....	70
4.5 Tipicidade e atipicidade dos meios executivos	73
4.6 Meios de indução e os seus “lugares” na execução civil.....	77
4.6.1 Meios de indução e o seu “lugar habitual”.....	77
4.6.2 Meios de indução e o seu “lugar eventual”	81
4.6.3 O caso da execução de prestações pecuniárias: lugar <i>sui generis</i> dos meios indutivos	82
5 MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS NA EXECUÇÃO POR QUANTIA: DIRETRIZES DE APLICAÇÃO.....	85

5.1 Incompatibilidade dos meios executivos atípicos com a execução de títulos executivos extrajudiciais	85
5.2 Desnecessidade de prévio esgotamento da via típica (subsidiariedade). Opção, antes de tudo, pela medida adequada	89
5.3 Dispensa de requerimento da parte para a execução lastreada em título secundado por meio indutivo atípico.....	96
5.4. Desnecessidade de existir uma relação de causalidade entre a aplicação da medida e a imediata satisfação patrimonial.....	98
5.5 Reavaliação periódica da adequação da medida indutiva. Fixação de prazo de vigência...	100
5.6 Meios indutivos atípicos e o sistema legal de impenhorabilidades	102
5.7 Meios executivos atípicos no ambiente das tutelas provisórias de urgência: medidas de efetivação e particularidades do regime de urgência.....	106
5.8 Negócios jurídicos processuais no ambiente dos meios executivos atípicos	111
6 PRIMEIRAS ABORDAGENS DO TEMA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	117
6.1 Recurso em <i>habeas corpus</i> nº 97.876/SP – Caso Escola Integrada Educativa vs. Jair Nunes de Barros	118
6.1.1 Análise crítica da decisão	122
6.2 <i>Habeas corpus</i> nº 443.348/SP – Caso Dr. Herbert Gauss Junior	125
6.2.1 Análise crítica da decisão	128
6.3 Recurso em <i>habeas corpus</i> nº 99.606/SP – Caso Celi José da Silva vs. Arnaldo Rodrigo Cosato.....	131
6.3.1 Análise crítica da decisão	136
6.4 <i>Habeas corpus</i> nº 478.963/RS – Caso Ronaldinho Gaúcho.....	138
6.4.1 Análise crítica da decisão	144
7 CONCLUSÃO	147
REFERÊNCIAS	151

1 INTRODUÇÃO

1.1 O problema proposto

Uma das grandes frustrações que experimenta quem recorre ao Judiciário para obter a solução de um problema da vida é a falta de satisfação da obrigação certificada, isso não raro após um longo e tortuoso processo até a prolação da sentença. Cuida-se do fenômeno que a sabedoria popular batizou de “ganha mas não leva” e a doutrina processual convencionou denominar *crise de satisfação*.

Não por outro motivo, o tema execução civil tem merecido especial atenção da doutrina processual, da prática forense e da legislação. As críticas doutrinárias e as contingências do cotidiano foram propulsoras de grandes transformações legislativas por que passou a execução no novo milênio. As importantes reformas levadas a efeito pelas Leis nº 10.444/2002, 11.232/2005 e 11.382/2006, que alteraram substancialmente o CPC/73, trouxeram mudanças pensadas para incrementar a efetividade da tutela satisfativa, notadamente na execução fundada em sentença.

Com tantas e tão profundas mudanças, foi possível enxergar resultados positivos no reduto das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. E o mérito deve ser creditado, em grande parte, à abertura do sistema para os meios executivos atípicos, os quais, efetivamente, contribuíram para a mais frequente consecução da tutela específica ou do resultado prático equivalente. O implemento de mecanismos de estímulo ou de pressão psicológica representou um largo passo para a conquista de resultados mais exitosos na perseguição de tais prestações.

Mas a execução por quantia certa ainda se ressentia de um instrumento que a colocasse no mesmo patamar das demais. Apesar dos progressos havidos no universo dos créditos em dinheiro, os meios sub-rogatórios e indutivos predispostos pelo legislador não alcançavam algumas dobras da relação executiva que poderiam ser mais bem exploradas. Foi então que o CPC/15, diploma processual que atualmente governa os litígios judiciais, colmatou o sistema executivo e estendeu à execução por quantia certa fundada em título judicial o recurso aos meios atípicos (CPC/15, art. 139, IV).

Naturalmente, a novidade não chegou sem causar alguma apreensão, quando não incisiva rejeição. Em *Sampa*, composição de Caetano Veloso e Elvira Perpinya Brull, consagrada pela voz e violão de Caetano, a arte musical sintetizou em breve passagem o sentimento usual de aversão ao novo, traduzindo-o nas seguintes letras: “*Quando eu te*

encarei frente a frente e não vi o meu rosto. Chamei de mau gosto o que vi, de mau gosto, mau gosto. É que Narciso acha feio o que não é espelho". Os fenômenos jurídicos também têm seu tempo de assimilação e aceitação. Toda ruptura com o *status quo* passa por essa etapa de adaptação.

É claro que muitas das objeções à regra do art. 139, IV, do CPC/15 não podem ser simploriamente atribuídas ao sentimento comum de aversão ao novo. Existem argumentos teóricos consistentes que procuram estabelecer limites e diretrizes para a aplicação das medidas executivas atípicas na execução por quantia. Alguns, no entanto, acabam reduzindo sobremodo o potencial da nova regra, em postura pouco reverente ao comando constitucional de acesso a uma justiça capaz de proporcionar tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Portanto, o problema para cuja solução a presente pesquisa quer contribuir pode ser reduzido à seguinte indagação: quais os critérios e limites para a aplicação das medidas executivas atípicas na execução por quantia? A partir dessa provocação, buscou-se demonstrar, antes de tudo, que existe amparo constitucional para a recepção dessa técnica no ambiente das prestações pecuniárias. Depois disso, e também após expostos os problemas que a dogmática vem enfrentando com as categorias classificatórias clássicas de sentenças, procurou-se estabelecer as premissas teóricas que norteiam as execuções em geral e a execução indireta em particular, bem como traçar algumas diretrizes para o emprego de meios sub-rogatórios e indutivos atípicos na execução em dinheiro.

Alguns recortes foram feitos a fim de centralizar metodologicamente o trabalho em um objeto de investigação mais estreito. A pesquisa ocupou-se única e exclusivamente da execução (*lato sensu*, execução e cumprimento de sentença) por quantia certa contra devedor solvente. Não haverá imersão em outras formas de execução, senão quando a referência mostrar-se necessária para o posicionamento metodológico dos meios atípicos na execução por quantia certa.

Portanto, ficaram de fora (a) a execução contra devedor insolvente, realizada mediante concurso universal (CPC, art. 797), (b) a execução para entrega de coisa (CPC/15, arts. 538 e 806-813), (c) a execução das obrigações de fazer ou de não fazer (CPC/15, arts. 536-537 e 814-823), (d) a execução contra a fazenda pública (CPC/15, arts. 534-535 e 910), (e) a execução de alimentos (CPC/15, arts. 528-533 e 911-913) e (f) outras formas de execução especial, como a execução fiscal (Lei nº 6.830/80), execução nos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/95) ou da Fazenda Pública (Lei nº

12.153/2009), execução regida pela Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário (Lei nº 9.514/1997) etc.

Isso não significa, repita-se, que deixaram de ser feitas menções, às vezes frequentes, a algumas dessas formas de execução. A execução das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, pioneiras no emprego dos meios executivos atípicos, foi muitas vezes lembrada. A execução de alimentos, por prever tipicamente a prisão civil como instrumento de coerção ao pagamento, também foi mencionada em certas oportunidades. Mas nenhuma delas protagonizou a pesquisa, que mira os critérios e diretrizes para o emprego dos meios atípicos na execução por quantia.

Outro esclarecimento metodológico salutar, sem o qual algumas posições podem parecer insustentáveis teoricamente, é que a pesquisa toma como premissa fundamental que o processo civil, malgrado também sirva às partes, não é concebido no seu exclusivo interesse. Para além de amparar o direito violado ou ameaçado de lesão, o processo delinea orientações de conduta para o futuro. Sua direção não pode ficar ao sabor da conveniência e vontade das partes, havendo nele interesses que transcendem os contornos do litígio. Logo, parte-se, aqui, de uma concepção publicística de processo, que não deve ser confundida, de modo algum, com autoritarismo processual¹.

1.2 A estrutura do trabalho

O trabalho desenvolve-se em cinco capítulos dispostos metodologicamente segundo a preocupação de superar entraves conceituais e estabelecer gradualmente premissas que culminam com a proposição central da pesquisa: fixar diretrizes e limites para o emprego dos meios executivos atípicos na execução por quantia.

No capítulo 2, procurou-se explorar a categorização clássica das sentenças, com a proposta final de superação do modelo consagrado de desmembramento das tutelas de repercussão física em três departamentos próprios (sentenças condenatórias, executivas e

¹ “A moderna concepção publicística do processo civil não implica dilatação do poder estatal, mediante o exercício ilimitado da atividade jurisdicional, mas, sim, pressupõe a existência de um juiz, independente e imparcial, na direção dos atos processuais, seguindo normas legais predispostas, tendentes a tutelar direitos que reclamam proteção, submetidos à cognição do Poder Judiciário por exclusiva iniciativa dos respectivos titulares ou de quem é legitimado a agir em nome próprio defendendo interesses alheios. Viceja destarte a instrumentalidade do processo como vetor institucionalizado em prol da efetivação do direito material” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contra o processo autoritário**. *Revista de Processo*. vol. 242. p. 49-67. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2015, edição eletrônica). Em sentido similar, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O neoprivatismo no processo civil**. *Revista de Processo*. vol. 122. p. 9-21. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2005, edição eletrônica.

mandamentais), tendo em conta os claros desgastes que os marcos de identificação de cada qual vêm sofrendo ao longo dos anos e a menor utilidade funcional das sentenças condenatórias na dimensão da tutela efetiva dos direitos.

Com o desfecho do capítulo 2, anunciativo de que as sentenças precisam ser vistas como uma técnica processual a serviço da tutela dos direitos materiais, o capítulo 3 ocupou-se de demonstrar que a tutela dos direitos é também um direito fundamental de estatura constitucional, cuja implementação, muitas vezes, importa colisão com outros direitos fundamentais. Outro propósito nuclear do capítulo foi oferecer argumentos para desconstituir a ideia de que o art. 139, IV, do CPC/15 padeceria de inconstitucionalidade material.

No capítulo seguinte (capítulo 4), foram expostas algumas premissas dogmáticas da execução civil e da execução indireta, que pavimentaram o caminho para, no capítulo 5, o trabalho finalmente alcançar o seu ponto culminante, com a fixação de diretrizes – e, inevitavelmente, de alguns limites decorrentes das próprias diretrizes – norteadoras da aplicação dos meios atípicos de execução na execução por quantia certa.

Por fim, o capítulo 6 é dedicado à exposição e à análise crítica das primeiras abordagens do tema pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo a ilustrar como essa nova ferramenta vem ganhando vida prática na rotina forense. Optou-se por manter o enfoque apenas nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, não apenas porque cabe a ele dar significação normativa final à disposição do art. 139, IV, do CPC/15, mas também porque os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Estaduais ainda vivem uma fase de grande inquietação interna a respeito da matéria, com posições diversas pulverizadas entre seus órgãos fracionários.

2 CLASSIFICAÇÕES DAS SENTENÇAS E A INSUFICIÊNCIA DAS TIPOLOGIAS CONSAGRADAS

2.1 Classificação ternária das sentenças

A teor da classificação ternária das sentenças, podem elas ser divididas em [meramente] declaratórias, constitutivas ou condenatórias. Essa classificação, adverte Sérgio Cruz Arenhart, toma em consideração exclusivamente “a perspectiva das tutelas no plano abstrato e deontológico, sem qualquer repercussão no mundo concreto. O núcleo metodológico que norteia essa classificação está centrado na idéia e na essência do processo de conhecimento (em que não há, por definição, nenhuma atividade executiva, ou tendente à realização concreta do Direito)”².

Portanto, deve-se ter em mente, de pronto, que os provimentos jurisdicionais de natureza declaratória, constitutiva e condenatória foram projetados para produzirem efeitos apenas nos domínios jurídicos (no plano do *dever ser*), sem repercussão imediata na realidade. Ou seja, trata-se de modalidades de sentença gestadas segundo o pensamento de que a função do juiz é dizer o direito (*iuris+dictio*), e não lhe dar atuação concreta. A atividade de certificação do direito deveria ser escoimada de qualquer carga de concreção, preservando uma pureza cognitiva.

Adotada essa premissa, sentenças declaratórias são aquelas que se limitam a declarar a existência, inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica. A tradição jurídico-legislativa brasileira sói admitir a sentença declaratória de autenticidade ou falsidade de documento (CPC/39, art. 2º, parágrafo único; CPC/73, art. 4º, II; CPC/15, art. 19, II), única hipótese de decisão declaratória que recai sobre fato puro.

O que caracteriza uma sentença como meramente declaratória é o fato de o seu conteúdo não exorbitar a certificação do direito, ocupando-se apenas de dar solução ao quadro de dúvida jurídica. Significa dizer que as sentenças de todos os conteúdos/eficácias³ gozam, em alguma medida, de carga declaratória. Todavia, não se

² ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57. No mesmo sentido: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 361; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. p. 290.

³ A propósito da classificação das sentenças segundo o conteúdo ou a eficácia, pondera Eduardo Talamini: “Mas o que é a classificação tripartida senão a adoção de critério que já leva em conta precisamente a

limitam à declaração e vão além, instituindo um panorama de sujeição (sentenças constitutivas), de mandamentalidade (sentenças mandamentais), de pré-executividade (sentenças condenatórias) ou de executividade (executivas).

As sentenças declaratórias são irrelevantes para o estudo da execução civil, já que dela independem. Satisfazem-se pela mera prolação da decisão de acerto, a partir da qual a anterior incerteza jurídica resulta solucionada. Assim, integram, ao lado das sentenças constitutivas, o portfólio das *sentenças autossuficientes*, que independem de execução⁴.

Não se ignoram os progressos havidos no direito processual a respeito da executividade das sentenças declaratórias⁵. Se creditada força executiva às sentenças declaratórias que contenham os elementos do título executivo, a afirmação feita no parágrafo anterior perde sentido. Todavia, enquanto se mantiverem as premissas sacramentadas em torno dos limites eficáciais das sentenças declaratórias, persistirão as razões para que o tema execução não lhes tenha relevo.

Indo adiante, as sentenças constitutivas encontram-se relacionadas aos *direitos potestativos*. Definindo direitos potestativos, leciona Chiovenda: “Em muitos casos, a lei concede a alguém o poder de influir, com sua manifestação de vontade, sobre a condição jurídica de outro, sem o concurso da vontade deste: a) ou fazendo cessar um direito ou

potencialidade dos efeitos de cada sentença? O que são declaração, condenação e constituição, senão diferentes aptidões de produzir diferentes efeitos? O que se faz é considerar a *eficácia* de cada espécie de sentença – ou seja, a *aptidão de produzir determinado efeito*. E a eficácia está, ela mesma, *no conteúdo*. Mesmo doutrinadores que se preocupam em diferenciar o conteúdo dos efeitos da sentença reconhecem que cada efeito corresponde a algum elemento constante do conteúdo” (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 204).

⁴ “In sintesi, la tutela dichiarativa può dirsi satisfativa quando l’utilità accordata dalla norma sostanziale nella fattispecie accertata coincide con l’effetto giuridico dichiarato dal provvedimento giudiziale” (RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: Cedam, 1987. p. 232). Também: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2. p. 665; GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 20.

⁵ A propósito do tema, observa Fabio Caldas Araújo: “[...] como instrumento de técnica processual posto à disposição dos jurisdicionados para a solução efetiva e adequada de conflitos, nada impede que a norma processual possa conferir eficácia executiva à sentença declaratória. Esta mudança de concepção rompe com o pluralismo processual e interpreta de modo adequado o art. 515, I, do CPC, cuja ruptura conceitual advém do art. 475-J, I, da Lei 11.232/2005. O art. 584, I, do CPC/73 somente conferia eficácia executiva *stricto sensu* às sentenças condenatórias. A modificação operada pelo art. 475-J, I, da Lei 11.232/2005, na vigência do Código de Processo Civil/1973, foi confirmada pelo art. 515, I, do CPC atual. Não resta dúvida quanto à executividade da sentença declaratória, desde que devidamente equacionada” (ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de processo civil: tomo I – parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 360). Também: ZAVASCKI, Teori Albino. **Executividade das sentenças de improcedências em ações declaratórias negativas**. *Revista de Processo*. vol. 208. p. 13-20. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2012.

um estado jurídico existente; b) ou produzindo um novo direito, ou estado ou efeito jurídico”⁶.

As sentenças constitutivas, cujo repertório são os direitos potestativos, realizam-se no plano do direito, como acima pontuado. Não operam na realidade tangível. Só por criarem, alterarem ou extinguirem situações jurídicas carentes de tutela satisfazem o autor da ação. Ao contrário dos direitos a uma prestação, que impõem ao demandado uma obrigação, os direitos potestativos submetem-no a um estado de sujeição.

Basta pensar nas sentenças que invalidam contratos ou decretam divórcio. Para que surtam efeitos, é desnecessária a prática de atos ulteriores de repercussão física. No máximo, anotações registrares somente para fins de publicidade. Mas é a sentença, por si só, que extingue a relação contratual anterior ou provoca a ruptura do vínculo matrimonial, dando cabo ao estado jurídico adquirido com o negócio jurídico ou com o casamento.

O terceiro modelo de sentença concebido pelo direito processual clássico é o das sentenças condenatórias, estas sim extremamente relevantes para o estudo da execução civil.

A sentença condenatória tal como originalmente disciplinada pelo revogado Código *Buzaid* teve como fonte de inspiração o direito romano clássico, mais precisamente a figura da *condemnatio*.

Em sua gênese, opunham-se radicalmente no direito romano a *actio* e a *vindicatio*⁷. Ao passo que a *actio* concernia às pretensões oriundas dos direitos das obrigações (*obligatio*), a *vindicatio* tinha por vocação a tutela dos direitos reais.

Nesse cenário, o inadimplemento da *obligatio* autorizava o credor a valer-se da *actio*, cujo desfecho ocorria com a *condemnatio*. A definição de *obligatio* não abrangia os direitos reais, adstringindo-se às relações entre pessoas. Era impensável a categorização como *relação jurídica* de uma relação entre pessoas e coisas, como se daria na acepção clássica dos direitos reais. Os direitos reais limitavam-se a instituir um estado de sujeição. Trata-se, obviamente, de um conceito de relação jurídica bastante diferente

⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 51-52. Ainda: AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 54.

daquele hoje vigente, que açambarca inclusive direitos reais (relação entre um sujeito, de um lado, e a coletividade de pessoas, do outro).

Para a *vindicatio* (espécie de interdito), reservava o direito romano mais que a *iurisdictio*. O Estado não se atinha à mera função de *ascertamento* do direito para legitimar a execução posterior. Ao contrário, a *vindicatio* pronunciava verdadeira manifestação do império estatal contra o violador do direito. Gozava de caráter público e instrumentalizava-se por meio da emissão de ordens⁸. Ordenava-se ao violador que se abstinhasse de resistir à retomada particular do bem pela vítima. Afinal, a *vindicatio* ligava-se aos direitos reais, que não tinham, em sua base, a ideia de uma relação jurídica, própria da *obligatio*. Se não existia uma relação jurídica com devedor específico contra quem dirigir uma obrigação – os direitos reais impunham a todos um dever de abstenção –, a *vindicatio* não podia atuar como a *condemnatio*.

Até que, em decorrência sobretudo da adulteração do texto das instituições de Gaio pelos justinianos⁹ – este o principal, mas não o único motivo –, o conceito de *obligatio*, reservado no início apenas aos contratos e aos delitos, ampliou-se para alcançar todas as relações jurídicas. Daí em diante, todo direito posto em juízo assumia a feição de uma relação entre dois sujeitos, como produto da *litis contestatio*¹⁰, de sorte que bastava a *condemnatio* para a solução de todos os litígios¹¹. E se os direitos reais foram equiparados aos obrigacionais, a separação entre *condemnatio* e *vindicatio* não tardou a perder espaço, dando azo ao fenômeno que Ovídio Baptista batizou de *universalização da ação condenatória*, a que não poupou críticas¹².

⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 68.

⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 56.

¹⁰ “A função da *litis contestatio* era ato processual pelo qual se definia o objeto litigioso (*res deducta*), de tal modo que as eventuais alegações e defesas não contidas na fórmula ficavam igualmente consumidas, a partir deste momento processual, sendo impossível ao credor valer-se da obrigação primitiva – agora ‘novada’ – para sustentar uma segunda ação [...]” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 65).

¹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 73.

¹² “Em resumo, o ponto de nossa crítica está na falsificação histórica por que foi responsável a pandetística germânica, os juristas franceses do século XIX e naturalmente os primeiros processualistas que daí emergiram, ao generalizarem o instituto da ação condenatória, transformando em obrigacional todas as pretensões trazidas ao processo, de modo que não preservaram a pureza da *vindicatio* romana e, particularmente no que diz respeito ao direito brasileiro, destruindo as antigas ‘ações de força’ do velho direito lusitano, cuja execução se fazia na mesma relação processual do hoje impropriamente chamado ‘processo de conhecimento’” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada (ensaio e pareceres)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 221).

Os ideais que inspiraram as revoluções liberais de alguns países da Europa continental, destacadamente os revolucionários franceses, acabaram levando os juristas daquela época a recorrerem ao legado jurídico romano clássico, que exploraram, talvez por conveniência, tomando como ponto de partida as lições do período no qual já se achava instalada a “quase fusão” entre *condemnatio* e *vindicatio*, em virtude do processo de personalização das ações reais. Servindo-se desse legado, que amarrava o provimento jurisdicional a uma etapa meramente declaratória, os revolucionários instituíam limites aos juízes, impedindo que desenvolvessem atividades de transformação da realidade material. Daí a criação do denominado processo de conhecimento.

Perceba-se que, ao invés de buscarem nas fontes romanas os ensinamentos embrionários à luz dos quais os direitos absolutos eram tutelados por sentenças com poder de império estatal, recorreram os juristas da geração revolucionária às lições contemporâneas ao ocaso das ações reais enquanto propulsoras da *vindicatio*. Assim o fizeram porque não pretendiam atribuir aos juízes poderes para interferir na realidade mediante ordens. O juiz deveria ser meramente “la bouche de la loi”.

O CPC/73, tomado pela ideologia da pureza científica do processo e da proteção do indivíduo contra os abusos do Estado, recebeu de bom grado a experiência dos países europeus iluminados pela plataforma revolucionária liberal e manteve intacta a bandeira que apregoava o modelo de sentenças condenatórias enquanto espaços de transformação apenas do mundo jurídico, sem interferência na realidade factual¹³.

As sentenças condenatórias, nessa perspectiva, tinham apenas duas preocupações: declarar o direito existente e preparar a execução. Ou, como disse Liebman referindo-se a esta segunda função, a sentença condenatória “[...] faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes na ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisto reside a sua função específica, que a diferencia das

¹³ É extremamente precisa, nesse particular, a crítica formulada por Sérgio Cruz Arenhart, para o qual “Se os provimentos declaratório e constitutivo estão adequados para a finalidade a que foram concebidos, o mesmo não ocorre com a tutela condenatória. Aqueles são imaginados – e esta é a sua exclusiva finalidade – para operar única e exclusivamente no plano jurídico. A declaração judicial se presta para afastar, do mundo jurídico, qualquer incerteza a respeito de uma relação jurídica; a necessidade de constituição (com suas vertentes, manifestadas pela criação, extinção ou modificação) também se dirige ao mundo jurídico, já que é aqui que as relações jurídicas se travam. À tutela condenatória, entretanto, é conferida a atribuição de lidar não mais no mundo jurídico, mas de operar transformações no mundo fático. Quem sofre algum ilícito quer do Estado a retirada de qualquer efeito maléfico deste, no mundo sensível. Aquele que sofreu algum prejuízo não tem interesse, ao menos em regra, em ver alguma alteração no mundo jurídico, mas quer sim que esse dano lhe seja sanado, no mundo fático. Como, porém, a tutela condenatória é pensada sob a mesma perspectiva que informa as demais espécies de tutela, ela acaba por se mostrar completamente insuficiente para operar com a realidade” (ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 59).

outras sentenças (função sancionadora)”¹⁴. Aí está, segundo o mesmo autor, a novidade produzida pela sentença condenatória em relação às demais: a sua aptidão para autorizar atividades coativas visando à satisfação do direito do credor. Não a promoção de atividades coativas por si, mas a licença para a sua realização em um processo posterior.

Mas a paulatina percepção de que o direito processual deveria resgatar a sua aliança com o direito material, não para integrá-lo como unidade, mas para operá-lo de forma adequada, facilitou a compreensão de que os instrumentos existentes não se mostravam suficientes. Mais ainda, contribuiu para o advento da classificação quinária das sentenças o despertar da doutrina relativamente à impossibilidade de subsunção de certos provimentos já existentes aos padrões até ali dados. Havia provimentos com repercussão física que não se encaixavam nos contornos conceituais das sentenças condenatórias, menos ainda, obviamente, das declaratórias e constitutivas.

2.2 O surgimento da classificação quinária das sentenças

No campo dos direitos cuja implementação reclamava a transformação da realidade, percebeu-se que o conceito tradicional de condenação não dava conta de tutelar adequadamente direitos materiais incompatíveis com a solução em perdas e danos. Faltava à condenação a carga de *imperium* indispensável para garantir a proteção de certos direitos, notadamente daqueles que exigiam alguma postura do devedor. A mera franquia para o acesso ao processo executivo mediante técnicas de sub-rogação muitas vezes alijava o credor da obtenção da *tutela específica*. Restava-lhe contentar-se com o recebimento do equivalente pecuniário.

Uma vez que a classificação ternária das sentenças não era mais apta a acomodar em seus *standards* todas as espécies de provimentos jurisdicionais¹⁵, coube ao gênio de Pontes de Miranda, na monumental obra *Tratado das Ações*, escrita entre 1971 e 1978, e no não menos importante *Comentários ao Código de Processo Civil*, redefinir o tradicional catálogo das sentenças, decompondo-o em cinco espécies, integradas por duas novas categorias: as sentenças executivas *lato sensu* e mandamentais.

¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 18-19.

¹⁵ “[...] os conceitos que podem explicar uma classificação *somente podem ser aqueles que levaram à sua formação e não outros*. Portanto, se a sociedade e o Estado se alteraram, e isto implica o surgimento de novos conceitos, as classificações, por mera consequência lógica, necessariamente também têm que se modificar” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2. p. 745).

Para o desenvolvimento da sua teoria das ações mandamentais, Pontes de Miranda abeberou-se dos ensinamentos do alemão Georg Kuttner, que pioneiramente identificou essa categoria de ação¹⁶. Além de captar a essência das ações mandamentais, Kuttner teve a argúcia de classificar as ações, pela primeira vez, a partir da eficácia da sentença, método posteriormente adotado por Pontes de Miranda a fim de categorizar as ações e as sentenças¹⁷.

Referindo-se às sentenças mandamentais, leciona o autor: “Na sentença mandamental, o juiz não constitui: ‘manda’¹⁸. Mais precisamente, “O *conteúdo* da ação de mandamento é obter mandado do juiz, que se não confunde com o efeito executivo da sentença de condenação [...]”¹⁹. Com esta última observação, acentua o autor que a ação mandamental (e, pois, a sentença dela resultante), diversamente da ação condenatória, tem em seu conteúdo uma ordem cujo cumprimento interessa ao Estado. Por outro lado, na ação condenatória o interesse do Estado volta-se para a realização do direito objetivo e, secundariamente, para a pacificação social.

Aludindo às sentenças executivas, assinala Pontes: “A sentença favorável nas ações executivas *retira* valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados,

¹⁶ Reconhecendo o vanguardismo de Kuttner, afirmou Pontes de Miranda: “As *ordens* são mandamentais, como os mandados, que deram nome à classe. Sòmente depois do trabalho de GEORG KUTTNER, para o direito processual, foi que se pôde prestar a devida atenção aos atos mandamentais do direito administrativo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações: ação, classificação e eficácia**. 1ª ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. t. 1. p. 48).

¹⁷ Como observou precisamente Hermes Zaneti Júnior, “Para a compreensão da tese de PONTES DE MIRANDA é importante, também, saber que, em 1914, GEORG KUTTNER mencionou a existência de ações mandamentais. Seria mandamental, para KUTTNER, aquela ação em que ‘o Juiz, sem proferir uma decisão suscetível de gerar coisa julgada a respeito da relação jurídica de direito privado, determina, imediatamente, que um outro órgão do Estado, uma autoridade pública ou um funcionário público, venha a tomar ou deixar de tomar uma medida especificada na sentença, dentro dos limites da competência da aludida autoridade, mediante novo pedido da parte vitoriosa no processo’. O importante é que, na criação das ações mandamentais, o método utilizado por KUTTNER pela primeira vez não foi o da classificação pelo gênero e espécie (até então a classificação se dava pelo gênero = ação; espécie = condenatória, declaratória, ou as, emergentes, constitutivas), e, sim pelo exame da eficácia da sentença, que é exatamente o ponto distintivo na doutrina de PONTES DE MIRANDA. Ao observar este insight de KUTTNER o genial processualista brasileiro percebeu que as ações e conseqüentemente as sentenças deveriam ser classificadas de acordo com a preponderância de seu potencial resultado no mundo da vida. A classificação de PONTES DE MIRANDA completa-se com a inclusão das sentenças executivas lato sensu entendidas como aquelas que reverterem sobre o patrimônio do autor que se encontra na posse do réu sem a necessidade de um processo executivo ex intervalo como o processo executivo. Concluindo: observa-se cinco ações ou sentenças possíveis - declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva lato sensu” (ZANETI JR, Hermes. **A eficácia constitutiva das sentenças, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo10.htm]. Acesso em: 28.05.2019).

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações: ação, classificação e eficácia**. 1ª ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. t. 1. p. 256.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil: tomo I, arts. 1º-45**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 145-146.

e *põe-no* no patrimônio do demandante. Pode ser pessoal ou real. A ação de despejo é pessoal; a ação executiva pignoratícia, a hipotecária e as possessórias são reais”²⁰.

A partir das ideias embrionárias de Pontes de Miranda, Ovídio Baptista da Silva aprofundou o estudo das novas modalidades de sentença, publicando importantes obras dedicadas ao tema, dentre as quais merece destaque “Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)”, cuja primeira edição é datada de 1979. Nela, Ovídio deu contornos mais bem definidos a essas categorias, demarcando os aspectos que as distinguem das sentenças condenatórias²¹.

Ao tratar das eficácias das sentenças, o insigne processualista gaúcho, não sem antes pontuar que as sentenças executivas e mandamentais, a exemplo das condenatórias, têm o condão de transformar a realidade, destacou que as sentenças executivas gozam de um poder *imane*nte de transformar o mundo exterior, “compreendida tal mudança como correspondendo a uma transferência de valor jurídico do patrimônio do demandado para o patrimônio do demandante, onde tal valor deveria estar”²².

Não é difícil perceber que Ovídio partiu do conceito de sentença executiva antes fornecido por Pontes de Miranda, caracterizando-a – não só, mas também – pela aptidão para a transferência de valor jurídico do patrimônio do demandado para o do demandante, no que recebeu críticas da doutrina, seja porque o elemento de identificação da sentença executiva deve estar centrado no fato de determinar ela providências de sujeição independentemente de novo processo, seja porque não é a sentença executiva que

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações: ação, classificação e eficácia**. 1ª ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. t. 1. p. 258.

²¹ As passagens a seguir transcritas colocam em evidência a inquietação do autor em relação à classificação tradicional: “Se apenas três são as espécies de sentenças, no chamado processo de conhecimento, a qual delas devemos filiar a sentença proferida numa ação de mandado de segurança? Certamente não será ela declaratória e nem constitutiva, porque, com a sentença proferida no mandado de segurança, o juiz não fica adstrito ao plano lógico, senão que *transforma a realidade*, promovendo, como decorrência de uma virtualidade imane

nte à própria demanda, uma *execução* especial que, independentemente da propositura de uma nova ação executória, opera uma modificação na realidade. Contudo, essa transformação da realidade é de natureza diferente da modificação operada como decorrência de uma ação condenatória, já que esta, enquanto pressuposto para a execução forçada, tem por escopo a realização de um ato originariamente privado, ato da parte que só é realizado pelo juiz, no processo de execução, porque o obrigado não o realizou. Enquanto se pode conceber uma penhora realizada pelo credor, o arresto pressupõe a ideia de Estado, já que a figura do credor ainda não existe” (SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 62-63). E mais adiante: “Aceitando, como quer a doutrina tradicional, a idéia de um *processo de conhecimento*, com apenas três espécies de sentenças das quais uma exige uma demanda executória subsequente, e antepondo a esse tipo de atividade jurisdicional o chamado *processo de execução*, não teríamos como explicar ou onde colocar a sentença de despejo, ou uma sentença proferida numa ação de embargos de terceiro. Elas ficariam sem explicação satisfatória, ou sem um lugar na classificação da atividade jurisdicional” (*Idem*, p. 67).

²² SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 77.

promove a mutação da realidade (a transferência de valor jurídico), mas a atividade física posterior²³.

Não escapou das lentes atentas do mesmo autor que a sentença executiva realiza-se independentemente da vontade do obrigado, uma vez que “[...] sua função é a de realização de algo que, no plano do direito substancial, devera ser praticado pelo demandado, enquanto sujeito privado da relação de direito material”²⁴. Ou seja, as sentenças executivas impõem-se independentemente da vontade do devedor, que fica a ela sujeito. A sua execução independe não apenas de um novo processo, mas também da aderência do obrigado. O Estado substitui a figura do demandado, fazendo aquilo que ele deveria ter feito.

Por sua vez, as sentenças mandamentais, ainda segundo Ovídio, têm na sua base a prática de um ato essencialmente estatal. Ao prolatar a sentença, o juiz emite uma ordem “[...] que se origina da própria estatalidade da função jurisdicional e nada tem a ver com a atividade privada do demandado”²⁵. Somente as sentenças mandamentais veiculam uma ordem contra o obrigado, cujo descumprimento não implica ofensa exclusiva ao direito do demandante, mas sobretudo desobediência à autoridade estatal. Em decorrência do descumprimento de um provimento mandamental, sujeita-se o infrator a consequências de ordem criminal ou a outras sanções de natureza publicística.

Pontes de Miranda e Ovídio Baptista prestaram inegável contribuição para o desenvolvimento da teoria da classificação das sentenças no direito brasileiro. A partir das ideias que expuseram, o tema ganhou notoriedade e despertou interesse. Compreendeu-se que sentenças prolatadas em ações de despejo, reintegração de posse, manutenção de posse, depósito, mandado de segurança, habeas corpus e muitas outras não se encaixavam na moldura das sentenças declaratória, constitutiva e condenatória. Tinham elas características muito particulares que lhes davam direito a um lugar próprio.

2.3 Da cláusula “ordem judicial”: um contributo à crise da classificação quinária das sentenças

²³ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 196.

²⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada (ensaio e pareceres)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 57.

²⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada (ensaio e pareceres)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 79.

À luz do inciso IV do art. 139 do CPC/15, incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias necessárias para assegurar o cumprimento de *ordem judicial*, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. A referência à *ordem judicial* restabeleceu antigas reflexões segundo as quais apenas as sentenças com dominante eficácia mandamental veiculariam ordem judicial pura, mas não as sentenças condenatórias ao pagamento de quantia²⁶.

Ao contrário das sentenças com eficácia mandamental, as sentenças condenatórias ao pagamento de dinheiro não conteriam propriamente uma ordem ao condenado, limitando-se a franquear o acesso à fase executiva do processo civil *preponderantemente* por intermédio de medidas sub-rogoratórias. Ao prolatar uma sentença condenatória por quantia, limitar-se-ia o juiz a cancelar os elementos preordenados na lei, da qual, em verdade, partiria a ordem²⁷.

Todavia, não é difícil objetar esse discurso com o argumento de que também as sentenças com carga mandamental – e as sentenças que impõem deveres de fazer e não fazer inequivocamente exararam uma ordem, gozando, assim, de conteúdo mandamental²⁸ – espelham ordens preexistentes na lei. Também a imposição de uma prestação de fazer ou não fazer reflete uma regra de direito material ou uma convenção entre partes capazes. A obrigação não nasce com o pronunciamento judicial. A decisão apenas reconhece o direito e lhe atribui eficácia executiva, abrindo ensejo à exigência coercitiva da prestação.

²⁶ A respeito da existência de ordem nas sentenças condenatórias, opunha LIEBMAN os seguintes argumentos: “Uma doutrina primitiva, muito propagada, sustenta que, ao passo que na sentença declaratória se encerra simples verificação, por parte do juiz, da existência ou inexistência de um direito ou de uma relação jurídica, na sentença condenatória acresce a tal declaração, que se efetiva, por assim dizer, em sentido secundário, com função meramente preparatória, uma ordem concreta do juiz dirigida ao obrigado para que se satisfaça a obrigação, ou ao órgão executivo para que leve a efeito a execução, ou conjuntamente a um e outro. Contra semelhante opinião, porém, observou-se, com justeza, que a ordem endereçada ao devedor para satisfazer a prestação se encontra, já, na lei e que a sentença condenatória nada mais faz, a respeito, do que declarar a efetivação de seus pressupostos. O mesmo há que dizer-se quanto à ordem ao órgão executivo para promover à execução, porquanto os poderes e deveres deles já se acham estabelecidos na lei, e na sentença não se contém nenhuma ordem especial ao órgão executivo” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do executado (oposição de mérito no processo de execução)**. Trad. da 2ª ed. italiana: J. Guimarães Menegale. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 98-99. Também: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 133-135.

²⁷ “A doutrina dominante descarta a noção de que a sentença condenatória veicularia uma ‘ordem de prestação’, um comando para que o obrigado adotasse determinado comportamento. O comando de prestar dirigido ao condenado já estaria integralmente na lei, que a sentença limita-se a declarar. Nesse sentido, tal ‘ordem de prestar’ também apresentar-se-ia na sentença meramente declaratória de um dever” (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 187).

²⁸ TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução**. In: _____; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 29 e 40.

Em síntese, todas as sentenças condenatórias envernizam comandos preexistentes em lei, conferindo-lhes capacidade de implementação forçada.

Aliás, a própria redação do art. 139, IV, do CPC deixa claro que o legislador não pretendeu, em tempo nenhum, coarctar as medidas indutivas e coercitivas a sentenças mandamentais, uma vez que as relacionou como ferramentas para garantir o cumprimento de ordem judicial, *inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*. Ora, se o advérbio *inclusive* significa, e isso é inequívoco, *sem exclusão, incluso, até mesmo*, não pode haver dúvidas de que as ações que tenham por objeto prestação pecuniária tendem a uma sentença passível de qualificação como ordem judicial²⁹.

Seria mesmo intrigante que uma sentença condenatória ao pagamento de quantia, sem embargo da sua inegável vocação para impor ao devedor um comportamento no mundo factual, não encerrasse uma ordem³⁰, com o que se teria de admitir o caráter meramente performático da decisão³¹. É da própria essência da atividade típica do Poder Judiciário a emissão de comandos para cumprimento compulsório, exatamente porque não é dado aos particulares imporem por sua força o adimplemento das obrigações (*o Estado tem o monopólio da jurisdição*).

É fácil perceber que esse percurso argumentativo dá de frente com os aspectos dogmáticamente apresentados para distinguir as sentenças condenatórias das mandamentais, à luz da classificação quinária (item 2.2 supra). Afinal, as sentenças condenatórias limitar-se-iam a franquear ao vencedor o acesso à via executiva, consubstanciando uma mera exortação do devedor ao cumprimento da obrigação. As

²⁹ “Volvendo ao art. 139, IV, chama atenção a circunstância de aplicar-se literalmente às ‘ordens judiciais’. Não é lícito, entretanto, retirar daí a rigorosa inferência de o campo de aplicação dessas medidas restringir-se às sentenças mandamentais. A ulterior extensão às ‘ações que tenham por objeto prestação pecuniária’, subentendendo-se pretensão processual deduzida em processo de conhecimento, desfaz essa impressão, posto que a estrutura da condenação, segundo a teoria germânica aqui adotada, agasalhe ordem para o vencido prestar ao vencedor (Befehltheorie)”. (ASSIS, Araken de. **Cabimento e adequação dos meios executórios ‘atípicos’**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). Medidas executivas atípicas, p. 111-133. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 129).

³⁰ “Não se mostra igualmente aceitável o argumento de que a decisão que reconhece exigibilidade de obrigação de fazer, não fazer e dar coisa imporia uma ordem ao litigante vencido, a qual não estaria presente na decisão relativa ao pagamento de quantia. Seja em um cenário de recíproca autonomia entre cognição e execução, seja em um sistema que acolheu o sincretismo, a decisão que reconhece a necessidade de uma postura do executado para alteração da realidade concreta contém em si uma ordem, mesmo que para pagamento de quantia, pouco importando as diferenças entre os modos de realizar as atividades necessárias para superar o inadimplemento, seja sob o ponto de vista do impulso processual, seja da perspectiva das técnicas executivas (sub-rogatórias e/ou coercitivas)” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição do juiz na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 74).

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court**. Revista de Processo. vol. 102. p. 219-227. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001. p. 222.

sentenças mandamentais, elas sim, agregariam ao comando judicial uma ordem de cumprimento embalada por medidas indutivas.

Não é de hoje, todavia, que as divisas conceituais das sentenças mandamentais vêm sofrendo algumas fissuras, por meio das quais os caracteres que antes lhes eram muito particulares começam a extravasar para outras modalidades de sentenças. E se antes não se podia cogitar do emprego de meios indutivos para fomentar ou constranger ao pagamento de soma em dinheiro, desde as minirreformas do CPC/73 (que serão abordadas mais adiante) a lei processual geral passou a conviver com esses instrumentos, a exemplo das regras do art. 475-J e do art. 745-A.

Daí que não há incoerência sistêmica alguma em admitir que as sentenças “condenatórias” a prestações pecuniárias anexem ao seu dispositivo uma ordem cuja inobservância importe a incidência de um mecanismo de coerção ou de indução, obviamente se mais adequado que as medidas sub-rogatórias. A adição desse componente ao provimento jurisdicional, se de um lado exige uma releitura dos ingredientes que distinguem as sentenças, de outro torna igualmente efetiva a tutela de todos os direitos, independentemente da natureza da obrigação imposta.

O direito anglo-americano apercebeu-se disso há muito tempo. Há séculos vem coibindo condutas desrespeitosas às ordens judiciais (as chamadas *contempt of court*). Segundo Arakens de Assis, o *contempt* aplica-se a ordens judiciais emitidas em processos com qualquer conteúdo. “Em princípio, seu campo natural equivale ao setor do *no money judgment*, correspondendo, grosso modo, às prestações de fazer, de sinal positivo ou negativo, e aos deveres legais, tutelados por writs. Do seu contexto não escapam, todavia, algumas prestações pecuniárias, à guisa de exceção ao veto da prisão por dívidas”³². De todo modo, esclarece o autor que em tais casos a prisão civil não decorre do descumprimento da prestação pecuniária, mas do desrespeito à ordem judicial.

Como observa Ovídio A. Baptista da Silva, no sistema do *common law*, nas sentenças condenatórias ao pagamento de quantia – mas não apenas nelas – o credor pode reclamar ao tribunal a imposição de uma *injunction* ao condenado, cujo desrespeito importa conduta caracterizada como *contempt of court*. Adiciona Ovídio: “[...] a sentença deixa de ser simplesmente condenatória para revestir-se de um *mandamento* imperativo e

³² ASSIS, Araken de. **O contempt os court no direito brasileiro**. *Revista de Processo*. vol. 111. p. 18-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2003. p. 20.

cogente, cuja desobediência pode acarretar ao demandado a imposição de uma pena [...]”³³.

É dizer, os ingleses e os norte-americanos, civilizações ocidentais iluminadas pelo direito comum (*common law*), creditam autoridade aos provimentos jurisdicionais em *processos de qualquer natureza*, atribuindo aos juízes poder de reação efetiva contra atos desrespeitosos à dignidade das cortes (no que se enquadra o intransigente descumprimento da ordem judicial de pagamento). Canalizam o foco na ordem judicial, e não propriamente na prestação que a motivou.

Por outro lado, os sistemas de *civil law*, de tradição romano-canônica, enxergam a figura do juiz como um burocrata a quem compete operar o cardápio de alternativas previamente dispostas pelo legislativo. Logo, há um maior engessamento da discricionariedade judicial, que encontra limites nem sempre flexíveis nas leis. Consequência disso é o estabelecimento de uma resistência acentuada em se conferir ao juiz poderes de *imperium*³⁴.

Não sem razão, começam a surgir vozes contrárias à classificação das sentenças não autossuficientes em categorias distintas³⁵. É que, como se disse antes, muitos marcos divisores perderam destaque e já não é possível enquadrar as sentenças condenatórias e as mandamentais em compartimentos autônomos, na medida em que as primeiras: (a) não

³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de direito processual civil**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 346.

³⁴ “Não é, portanto, de surpreender que nossa cultura haja resistido, com tanta tenacidade, à outorga de poderes de *imperium* ao juiz, cuja expressão mais significativa são as ações mandamentais. Se pudéssemos fazer uma comparação talvez exagerada, seria possível dizer que, havendo tanto o sistema do *common law* quanto o sistema do direito escrito da Europa continental sofrido uma marcante influência do direito romano, os ingleses conceberam os seus juízes à imagem e semelhança do *praetor*, enquanto o sistema romano-canônico da Europa continental os criou para desempenhar as modestas funções de *iudex* do direito provado romano. Afirmar, como o faz acertadamente MERRYMAN, que os juízes contemporâneos dos sistemas de direito escrito ‘herdaram e realizam’ funções reservadas ao *iudex* privado romano é afinal dizer que nossos magistrados foram feitos para exercer *iuris + dictio*, jamais *imperium*, sabido como é que estas elevadas funções eram estritamente reservadas ao pretor romano, jamais ao *iudex* privado, cujas atribuições, à semelhança dos árbitros modernos, resumiam-se em *dizer o direito*, em ser, afinal de contas, como a doutrina posterior à Revolução Francesa pretendeu, simples ‘*bouche de la loi*’, sem qualquer poder criativo ou de império. A concepção de nosso ‘processo de conhecimento’, responsável, sem a menor dúvida, em grande medida, pelo exasperante emperramento da máquina judiciária, é apenas uma consequência lógica decorrente dessa ideologia”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de direito processual civil**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 339-340). Ver, ainda: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. **A preservação da tutela jurisdicional a partir da interação das eficácias mandamental e condenatória**. *Revista de Processo*. vol. 195. p. 423-437. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./2011, edição eletrônica.

³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Sentença condenatória para quê?** In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira (org.). Teoria quinária da ação – estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento, p. 613-631. Salvador: JusPodivm, 2010; Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 351; MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 285.

mais se desenvolvem em novo e sucessivo processo, mas em fase processual subsequente do mesmo processo (fase de cumprimento de sentença); (b) não se concretizam apenas por meio de técnicas de sub-rogação, admitindo, há algum tempo, o manejo de instrumentos de coerção ou indução (típicos ou atípicos).

Esses dois aspectos sempre representaram importantes sintomas para o diagnóstico de uma sentença como mandamental. A sua concreção no interior do mesmo processo de conhecimento no qual prolatada a sentença de mérito a distinguiu da condenatória, que exigia a instauração de novo processo para a busca da satisfação do direito reconhecido. A sua operação mediante *ordens* (medidas coercitivas e indutivas) a tornava claramente diferente da sentença condenatória, cuja realização dava-se exclusivamente por meios sub-rogatórios preordenados pelo legislador.

Até que, no ano de 2005, com o advento da Lei nº 11.232, de 22/12/2005, a legislação processual civil brasileira passou por uma grande reforma estrutural no processo de execução, com a implantação do processo único e sincrético, decomposto em fases de conhecimento, de liquidação e de cumprimento de sentença. Deixou de existir, como regra – mantida a sistemática de processos autônomos de execução para as condenações a alimentos e contra a Fazenda Pública –, dois processos distintos, um para o accertamento do direito, outro para a sua satisfação.

Mais ainda, a mencionada reforma processual instituiu a multa de 10% (dez por cento) para o caso de não pagamento voluntário do valor da condenação no prazo de 15 (quinze) dias (CPC/73, art. 475-J), criando um desestímulo (*medida coercitiva*) para o inadimplemento da obrigação pelo devedor. Assim, a antes inconcebível utilização de meios indutivos para forçar ou estimular o pagamento em dinheiro passou a ter previsão em lei³⁶³⁷.

³⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 56; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do ‘cumprimento de sentença’, conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?** In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos da nova execução, p. 51-91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 69). Atribuindo à multa de 10% caráter híbrido (punitivo e coercitivo): SHIMURA, Sérgio. **A execução da sentença na reforma de 2005**. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos da nova execução, p. 546-586. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 567). Contra, negando o caráter coercitivo da referida multa: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2. p. 760.

³⁷ Comentando a reforma processual de 2005 ao CPC/73, afirmou Athos Gusmão Carneiro: “E, quiçá o mais relevante, a sentença condenatória veio a revestir-se de predominante eficácia *mandamental*, pois seu plus característico, seu conteúdo essencial consiste na ordem do juiz ao réu sucumbente, no sentido de que este efetue o pagamento devido ao autor vitorioso”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. **O princípio *sententia***

Em 2006, outra reforma processual, que atingiu o processo de execução, revalidou o raciocínio de que a execução por quantia certa vinha sofrendo uma importante transformação. Inseriu ela no Código vigente o art. 745-A, a partir do qual se passou a admitir, nas execuções por quantia fundadas em título extrajudicial, o parcelamento da dívida mesmo contra a vontade do credor, bastando ao executado, no prazo de embargos à execução, reconhecer o crédito do exequente e imediatamente comprovar o depósito de 30% do valor devido, inclusive custas processuais e honorários advocatícios, abrindo-se a possibilidade de pagamento do saldo em 6 (seis) parcelas mensais, acrescidos de correção monetária e juros moratórios de 1% ao mês. Com esse favor legal, busca-se estimular o devedor a adimplir a obrigação objeto do processo executivo (*meio indutivo*).

As regras acima descritas foram repetidas no CPC/15, respectivamente nos artigos 523, §1º (correspondente ao art. 475-J do CPC/73) e 916 (correspondente ao art. 745-A do CPC/73). Mas a nova lei processual foi além, dando outras demonstrações evidentes de que a execução das prestações pecuniárias não mais se satisfaria com o mero emprego de medidas sub-rogatórias ao tipificar meios de indução.

A começar pelo art. 523, §1º, do CPC/15, parcialmente correspondente ao art. 475-J do CPC/73. Parcialmente porque não se ateu a manter a regra da multa de 10%, mas adicionou a previsão de honorários no mesmo percentual para o caso de não satisfação da dívida no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação para pagamento³⁸. Em vista disso, aquele que opta por não honrar a obrigação no prazo de 15 (quinze) dias suporta a incidência da multa de 10% e de honorários advocatícios também de 10%, um combo que implica considerável acréscimo no custo da execução e tende a constranger o devedor ao adimplemento.

No art. 517, o CPC/15 previu a possibilidade de protesto da decisão judicial transitada em julgado após o transcurso do prazo de 15 (quinze) dias para pagamento voluntário. Decorrido o prazo para a satisfação voluntária da obrigação, pode o credor obter certidão da dívida na secretaria do juízo e protestá-la com o intuito de coagir o devedor ao adimplemento. Na medida em que o protesto importa restrição à obtenção de crédito (compra mediante crediário em lojas de departamentos, aprovação de créditos

habet paratam executionem e a multa do art. 475-J do CPC. *Revista de Processo*. vol. 164. p. 135-151. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./2008, edição eletrônica).

³⁸ Nesse particular, a lei consagrou o entendimento que já se achava cristalizado no enunciado da Súmula nº 517 do STJ, editada sob a égide do CPC/73 (“São devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada”).

bancários, aquisição de seguro mediante pagamento em parcelas etc.), quando não outros embaraços derivados das práticas de mercado (por exemplo, à locação de imóveis e à obtenção de emprego), a sua manutenção funciona como verdadeira ferramenta de coerção ao pagamento.

Produz os mesmos efeitos a regra do art. 782, §3º, do CPC/15, segundo a qual o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes (como SERASA, SPC, SCPC, CFF) se o credor o requerer. A exemplo do protesto, a inclusão no cadastro de inadimplentes gera restrições ao devedor, razão por que funciona como autêntico instrumento para constranger ao pagamento. A disposição do art. 782, §§3º e 4º, do CPC/15, não obstante prevista no livro da execução de título extrajudicial, também se aplica à execução de títulos judiciais por força do preceituado no seu §5º.

Também o art. 827, §1º, do CPC/15 contempla uma regra de estímulo ao adimplemento de prestação pecuniária, prevendo a redução dos honorários advocatícios pela metade no caso de satisfação da dívida materializada em título executivo extrajudicial no prazo de 3 (três) dias a contar da citação. Tem-se outra hipótese de medida indutiva (*sanção premial*), em que se fomenta ao pagamento por meio da oferta de vantagens.

Malgrado não se possa confundir a técnica monitoria com a execução, vale referenciar a regra de estímulo do art. 701, *caput* e §1º, do CPC/15 (correspondente em parte à do art. 1.102-C, §1º, do CPC/73), a qual isenta o réu do pagamento das custas processuais se cumprir o mandado de pagamento no prazo legal de 15 (quinze) dias, hipótese em que também será beneficiado com o percentual reduzido de honorários advocatícios (de 5%). Uma vez que a não oposição de embargos à monitoria implica a constituição de pleno direito do título executivo judicial (CPC/15, art. 701, §2º), o que coloca a ação monitoria na antessala da execução civil, a menção a ela não é despropositada.

Ao lado das previsões de medidas indutivas típicas dispersas pelo ordenamento, o art. 139, IV, do CPC/15 instituiu a baliza geral da atipicidade dos meios executivos, “inclusive nas ações que tenham por objeto prestações pecuniárias”, como já visto. Doravante, fica bastante difícil sustentar que as sentenças condenatórias ao pagamento de dinheiro não possam ser concretizadas com o uso de mecanismos de coerção ou indução adequados ao caso.

Ora, se as sentenças condenatórias ao pagamento de quantia passaram a conviver com esse modelo, vem a calhar a observação de Sérgio Cruz Arenhart, para quem “Insta,

portanto, abandonar de vez a sentença condenatória – ao menos em sua feição clássica – para concluir que todas as tutelas de repercussão física devam ser tuteladas por meio do *imperium* do Estado e, então, por medidas executivas e mandamentais, inclusive as prestações de pagar soma em dinheiro”³⁹.

Ovídio Baptista da Silva também deu sinais da sua angústia ao profetizar que “[...] enquanto contarmos com a sentença condenatória, a exigir que a execução se faça por meio de *outra ação* executória, nunca chegaremos ao ponto a que chegou o direito anglo-americano, relativamente ao uso das *injuctions*, associadas ao meio de compulsão processual representado pelo *contempt of court* [...]”⁴⁰.

É tempo de remodelar a classificação tradicional das sentenças para ajustá-la à nova realidade. Como afirma Luiz Guilherme Marinoni, “[...] *toda classificação de sentenças é transitória*, sendo por isso equivocado imaginar que uma classificação possa se eternizar, como se as classificações devessem obrigar os juristas a ajeitar as novas realidades aos antigos conceitos”⁴¹. Se a classificação consagrada não veste mais no manequim das novas tipologias de sentença legalmente fabricadas para as necessidades do tempo presente, o caminho correto não é a rejeição das novas realidades, mas o redesenho das antigas categorias⁴².

³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Sentença condenatória para quê?** In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira (org.). Teoria quinária da ação – estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento, p. 613-631. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 630. No mesmo norte: MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 285.

⁴⁰ Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 351. Também: PISANI, Andrea Proto. **L’effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all’attuazione della sentenza di condanna**. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Anno XXX (Seconda Serie), p. 620-634, Anno 1975; ZARONI, Bruno Marzullo. **Contempt of court, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano**. *Revista de Processo*. vol. 235. ano 39. p. 121-147, set./2014.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 5ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 351.

⁴² “Se estas são algumas dentre as mais relevantes tendências que emergem no panorama comparatístico, e que caracterizam os ordenamentos mais evoluídos naquilo que concerne à tutela executiva, é necessário, porém, também, que se constate que há numerosos ordenamentos que ficam fora e entre estes aparece o italiano. As razões destas situações são diferentes e compreendem a existência de normas em grande parte superadas e muito inadequadas com respeito às *necessidades reais* de tutela, cristalizações doutrinárias e opções ideológicas que têm em vista bloquear a evolução do problema nos limites do seu *status quo*, e, mais em geral, a dificuldade de reconhecer que, também sob o perfil constitucional, um sistema que não compreenda formas realmente eficazes de atuação executiva do direito é um sistema com grande probabilidade de ser muito incompleto e inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva das situações substanciais” (TARUFFO, Michele. **A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos**. *Revista de Processo*. vol. 59. p. 72-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set./1990, edição eletrônica).

2.4 Sentença como técnica processual a serviço da tutela dos direitos

O ponto de partida para o redesenho de categorias consagradas pela dogmática jurídica inicia-se pela assimilação de que as ferramentas do hoje não se encaixam nas duras paredes classificatórias de outrora. E a percepção desse fenômeno desperta a atenção daqueles que o investigam para um dado que não deve ser secundarizado: as sentenças não são um fim em si mesmas, senão técnicas processuais a serviço da tutela dos direitos materiais⁴³. Logo, quando se diz que uma sentença já não serve à realidade de hoje, está-se afirmando que a técnica processual não dá mais conta de proporcionar o direito substancial de forma adequada⁴⁴.

Portanto, o primeiro passo é ter claro que antes mesmo de criar os instrumentos processuais deve-se conhecer a quais direitos eles servirão. De outro modo, seria como, metaforicamente, exigir que as fabricantes alinhassem o *design* dos *smartphones* aos tamanhos de películas e capas protetoras existentes no mercado, e não o contrário. Obviamente, são os instrumentos que devem acoplar ao conteúdo para o qual concebidos. Com o processo não é diferente. Ninguém ajuíza uma ação *vazia*, apenas para assistir um processo imaginário tramitando em seus passos sem finalidade alguma. O ajuizamento de qualquer ação vem subsidiada em fundamentos de direito material. É no direito material que se encontra o objeto verdadeiramente almejado pela parte.

Se o processo tem essa missão, a missão de veicular a pretensão de direito material e proporcionar a satisfação do direito violado ou ameaçado de lesão, apenas terá ele cumprido a sua função institucional se predispuer técnicas adequadas à efetiva tutela dos direitos. Sem a previsão de técnicas adequadas, permanecerá o processo ensimesmado em uma redoma conceitual estéril e sem serventia prática. As técnicas processuais, assim, correspondem ao modo pelo qual o processo dá guarida ao direito substantivo, ambicionando resgatá-lo (no caso de dano) ou preservá-lo (no caso de ilícito

⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22-23.

⁴⁴ “As sentenças (condenatória, mandamental etc.) são técnicas que permitem a preservação da tutela jurisdicional dos direitos. Mas, quando se pensa em termos de ‘tutela dos direitos’, é preciso verificar se o processo está conferindo a sua devida e adequada tutela, e para tanto não basta saber se foi proferida uma sentença condenatória ou mandamental, uma vez que estas não refletem o resultado que o processo proporciona no plano do direito material. Na verdade, as sentenças refletem apenas o ‘modo’ (a técnica) pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflitivos concretos” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 120).

sem dano) em sua integralidade. Sentença e execução são técnicas processuais com essa finalidade⁴⁵.

No universo dos direitos materiais, adotada como referencial a classificação sistematizada por Luiz Guilherme Marinoni⁴⁶, as tutelas podem ser: (a) tutela inibitória e de remoção do ilícito; (b) tutela específica das obrigações contratuais de fazer e não fazer; (c) tutela ressarcitória na forma específica; (d) tutela específica relativa ao direito à coisa; (e) tutela pecuniária específica e pelo equivalente.

A primeira observação pertinente é que todas essas formas de tutela *potencialmente* reclamam providências materiais (executivas) para garantir a prevenção/remoção do ilícito ou a reparação do dano. Ou seja, não se trata de direitos que sempre e necessariamente se satisfazem com o provimento jurisdicional, salvo se o demandado cumprir voluntariamente a decisão judicial.

Além dessa observação, convém também alertar que, para os anseios desta pesquisa – examinar o comportamento dos meios atípicos de execução nas execuções por dinheiro –, tem relevância a espécie classificatória *tutela pecuniária específica ou pelo equivalente*. Interessa tanto a tutela que se dirige ao recebimento do valor em dinheiro desde o começo almejado (tutela específica), quanto a que resulta em dinheiro como forma de reparar o dano sofrido ou ressarcir o valor da obrigação inadimplida (tutela pelo equivalente)⁴⁷.

Para as demais modalidades de tutela, o direito processual civil já previa e continua prevendo regras particulares que independem da previsão geral do art. 139, IV, do CPC. São elas os arts. 536 a 538 do CPC/15, correspondentes aos arts. 461 e 461-A do CPC/73. No âmbito das relações de consumo, o art. 84 da Lei nº 8.078/90. No ambiente do direito concorrencial, o art. 95 da Lei nº 12.529/2011⁴⁸. Entretanto, para as tutelas original ou subsidiariamente em dinheiro, a legislação processual ressentia-se da previsão de técnicas adequadas, ganhando enorme relevância a disposição do art. 139, IV, uma verdadeira regra de abertura do sistema para os meios atípicos de execução.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 120; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A justiça civil – da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 480-482.

⁴⁶ No já algumas vezes citado **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 454.

⁴⁸ Cujo artigo 102 prevê a interessante medida executiva [no caso, típica] de intervenção judicial na empresa para assegurar a execução específica da decisão.

Melhor explicando, examinados os direitos em pecúnia sob as lentes dos instrumentos processuais a eles reservados, não é difícil perceber que as codificações brasileiras pós-modernas por muito tempo confiaram na sentença condenatória como técnica bastante para a tutela dos créditos em dinheiro. A entrega ao demandante de um título executável segundo o seu livre desejo e a redução da atividade executiva a medidas sub-rogatórias preservavam, a um só tempo, a esfera de liberdade decisória do credor e a intangibilidade corporal do devedor, reverenciando os valores liberais que inspiraram aquela legislação.

Mesmo quando a realização dos direitos prestacionais de outra natureza (dar, fazer e não fazer) passaram a contar com a fundamental aliança das técnicas de indução, as prestações pecuniárias foram mantidas atreladas às sentenças condenatórias de traçado clássico e, pois, à margem do novo sistema executivo. Insistia-se nas técnicas de substituição do devedor pelo Estado, nos mecanismos de sub-rogação e de expropriação de bens. As ferramentas de persuasão mantinham-se indiferentes ao crédito em dinheiro. Eram acopladas somente às sentenças tutelares de obrigações de dar, fazer e não fazer, dotadas, em alguma medida, de eficácia executiva ou mandamental.

É que as sentenças exclusivamente condenatórias foram pensadas para funcionar no plano dimensional jurídico. O problema é que, conservadas as coisas dessa forma, a legislação estaria falhando no seu compromisso com o direito constitucional fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos materiais. Não que as sentenças às quais anexada a possibilidade de medidas indutivas gozem de maior eficácia para a satisfação de créditos em dinheiro. É intuitivo que medidas sub-rogatórias fruem de maior chance de êxito em tal cenário. Mas se a concorrência de ambas as técnicas pode contribuir, em alguns casos, para a tutela do direito substancial, não deveria haver mais nenhuma dúvida a respeito do seu cabimento.

Muito acima das categorias consagradas pela dogmática, existe um direito fundamental à tutela dos direitos materiais que não pode ser obstaculizado pela inflexibilidade das classificações processuais. E na medida em que as sentenças condenatórias não preordenam providências hábeis para a obtenção de dinheiro, deve-se aceitar que a tutela pecuniária encontre aconchego nos espaços das demais *tutelas de repercussão física*, em ordem a também se realizar por meio do império estatal⁴⁹.

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Sentença condenatória para quê?** In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira (org.). Teoria quinária da ação

Em resumo, se se capta nas regras de direito material o direito à tutela pecuniária, se a Constituição Federal assegura a todos o *direito fundamental* à tutela adequada, efetiva e tempestiva e se a legislação infraconstitucional não desenvolve técnicas processuais suficientes para a tutela de créditos em dinheiro, fornecendo, por outro lado, ferramentas mais sofisticadas para tutelas de outra natureza, há, no mínimo, um injustificável descompromisso do processo civil com as prestações pecuniárias⁵⁰.

– estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento, p. 613-631. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 630.

⁵⁰ De forma arrojada e visionária, sustentou Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em artigo publicado no início de 2008: “Também não pode ser afastada *a priori* a aplicação da técnica das astreintes na execução de obrigação de pagar, ainda no silêncio da lei processual, se necessário o seu emprego no caso concreto para assegurar o núcleo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Essa conclusão é reforçada, ainda, pela máxima da proibição de insuficiência, que autoriza o juiz a preencher as lacunas de proteção” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica**. *Revista de Processo*. vol. 155. p. 11-26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2008, edição eletrônica). No mesmo sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. **Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias**. *Revista de Processo*. vol. 113. p. 22-76. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev./2004, edição eletrônica; GRECO, Leonardo. **A execução e a efetividade do processo**. *Revista de Processo*. vol. 94. p. 34-66. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./1999, edição eletrônica; CARPENA, Márcio Louzada. **Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada**. *Revista de Processo*. vol. 140. p. 115-134. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./2006, edição eletrônica.

3 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICCIONAL ADEQUADA, EFETIVA E TEMPESTIVA, COLISÃO E RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Direito fundamental à tutela jurisdiccional adequada, efetiva e tempestiva (CF/88, art. 5º, XXXV e LXXVIII). Medidas executivas atípicas na execução por quantia como técnica processual a serviço desse direito

Os enunciados normativos dos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF/88 reúnem a base de sustentação do direito fundamental de acesso à justiça. O resultado do processo interpretativo de tais enunciados – ou seja, a norma jurídica deles deduzida⁵¹ – só será fiel à dogmática contemporânea dos direitos fundamentais se proporcionar, pela potencialização semântica dos seus termos, uma eficácia ótima do direito de acesso à justiça. É esse o espírito que deve orientar o intérprete na captura do sentido dos direitos fundamentais.

Eis um ofício no qual não há espaço para acanhamento, muito menos para o culto desmesurado a máximas obsoletas. O anacronismo reverente tende a alijar direitos essenciais da pessoa humana, porque os descontextualiza, segrega-os do seu tempo e lugar. Por sua vez, a introversão hermenêutica subvaloriza referidos direitos ao privá-los de uma atribuição de sentido mais forte. Logo, de suma importância buscar nos incisos XXXV e LXXVIII tudo aquilo que eles podem, efetivamente, oferecer. E não é pouco.

Quando a Constituição Federal prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), pretende não apenas enfatizar que o Estado não deve constringer indevidamente o acesso à justiça, e lhe cabe criar canais adequados para que a tutela jurisdiccional buscada disponha de efetividade.

⁵¹ “[...] las normas se definen como el contenido prescriptivo de las disposiciones jurídicas; son el resultado de su interpretación y la sustancia que conforma el ordenamiento jurídico como Derecho objetivo. Del mismo modo, según R. Guastini, mientras la disposición jurídica es ‘un enunciado legislativo (o de manera más general, un enunciado perteneciente a un documento normativo, a una fuente de derecho)’, la norma es ‘el contenido semántico de un enunciado legislativo’. La disposición está expresada en el lenguaje de las fuentes del Derecho y es el objeto de la interpretación, al paso que la norma consiste en un enunciado del lenguaje de los intérpretes y constituye el resultado de la interpretación” (BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 84).

Além disso, como o tempo é, em geral, nocivo ao direito ameaçado ou lesado⁵², “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII).

Os direitos fundamentais são multifuncionais. Têm função negativa ou de defesa (função clássica), mas também veiculam comandos positivos, impondo ao poder público prestações materiais e normativas⁵³. Ou seja, ao mesmo tempo em que um direito fundamental, em sua vertente *liberal*, direciona contra o Estado o dever de abstenção (de não intromissão nos direitos), endereça-lhe, de outro lado, a obrigação de adotar posturas no plano material (plano fático) ou normativo (por meio da criação de organizações e normas).

Nessa ordem de ideias, quando se pensa no direito fundamental de acesso à justiça “como um todo”⁵⁴, é indispensável ter em mente que tal direito projeta-se *funcionalmente* em vários sentidos, gerando simultaneamente os seguintes deveres (a seguir listados de forma meramente exemplificativa): (a) de não condicionar o acesso à justiça ao prévio esgotamento da via administrativa (*função de defesa*); (b) de criação de unidades judiciárias, contratação de servidores e juízes; instituição de defensorias públicas etc. (*função de prestação material ou fática*); (c) de criação de postos avançados e descentralizados, juzizados especiais cíveis para as causas de menor complexidade, centros de conciliação etc. (*função de organização*); (d) de instituição de normas processuais que assegurem a efetiva tutela dos direitos materiais (*função de procedimento*); (e) de criação de tipos penais que previnam e sancionem o embaraço por particulares ao exercício eficiente do acesso à justiça, como o são os crimes contra a administração da justiça (*função de proteção*).

⁵² “O tempo é um implacável inimigo do processo, contra o qual todos – o juiz, seus auxiliares, as partes e seus procuradores – devem lutar de modo obstinado” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 119).

⁵³ “[...] quando observado o direito fundamental em sentido amplo, ele se desdobra em várias funções: (i) de defesa contra investidas do Estado; (ii) de prestações materiais, fornecidas no mundo dos fatos; (iii) de prestações normativas, ligadas à proteção do direito fundamental contra ações de outros particulares e à criação de órgãos, instituições e procedimentos que viabilizem de forma universalizada o desempenho das demais funções” (HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 628.

⁵⁴ A expressão direito fundamental como um todo foi cunhada por Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 240. Na sua versão em português, a expressão foi traduzida como “direito fundamental completo” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 248).

Em vista dos propósitos da presente pesquisa, merece especial atenção a *função de procedimento* de que desfrutam os direitos fundamentais e, em particular, o direito fundamental de acesso à justiça. Por ela – e também pela *função de organização* –, compete ao poder público “garantir padrões mínimos de exercício efectivo de liberdade por parte da generalidade dos cidadãos e criar as condições de concretização e observância das garantias constitucionais de direitos fundamentais”⁵⁵.

A via de manifestação da *função procedimental* do direito de acesso à justiça tem a sua expressão máxima no processo *lato sensu* (processo civil, penal, constitucional, tributário etc.). Em decorrência do recorte metodológico que aqui se estabelece, a referência a processo enfocará, em regra, apenas um dos seus segmentos: o processo civil. Quando a menção se pretender mais abrangente, será utilizado simplesmente o termo processo.

Portanto, o processo tem na *função procedimental* do acesso à justiça o seu *elemento de constituição*⁵⁶. É da sua essência a instituição de *rotinas* que, assegurando o direito à participação efetiva dos envolvidos, culminem com o provimento jurisdicional cognitivo e, se necessária, a subsequente tutela satisfativa. Em outras palavras, não há como pensar acesso à justiça sem perscrutar o processo e as suas técnicas. As prestações normativas de corte procedimental compõem a estrutura arterial desse direito.

Naturalmente, a criação de procedimentos é insuficiente caso não se revelem eles adequados aos fins para os quais projetados e efetivos para a concretização dos direitos. Muito mais que o tracejado aleatório de um *iter*, incumbe ao processo fornecer técnicas adequadas, uma das quais o procedimento; outra, os meios executivos⁵⁷. Sem as

⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 83.

⁵⁶ “Os direitos fundamentais revelam aqui, não apenas enquanto máximas de interpretação de todo o direito processual em conformidade à Constituição, mas também constituindo, eles próprios, garantias constitucionais com uma dimensão procedimental intrínseca que pode assumir relevo especial em alguns deles – seja porque a sua concretização é essencialmente dependente do *procedimento*, ameaçada pelo *procedimento* ou mesmo constituída pelo *procedimento* (como no caso dos direitos fundamentais enquanto direitos processuais, ou seja, enquanto garantias instrumentais ou processuais de reforço ou realização de outros direitos fundamentais *materiais*) –, mas que está presente em todos os direitos fundamentais, na medida em que para todos eles seja possível sustentar uma pretensão de efectiva tutela jurídica que não pode, no Estado de Direito dos nossos dias, prescindir do *procedimento*” (*ob.cit.*, p. 83).

⁵⁷ Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o procedimento, assim como a tutela antecipatória, a sentença e os meios executivos, integra a categoria das técnicas processuais, gozando de autonomia. Segundo o autor, “O procedimento, como técnica processual autônoma, e assim indiferente à técnica antecipatória, às sentenças e aos meios executivos, *somente pode ser visto na perspectiva da aceleração da prática dos seus atos e da limitação da cognição do juiz*” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156).

técnicas processuais adequadas, o direito de acesso à justiça ganha contornos de uma promessa constitucional faustosa, mas pouco realista⁵⁸.

Afinal, a que/quem serviria o direito de recorrer ao Judiciário se, ao fim e ao cabo, obtida a sentença de mérito condenatória, os meios de execução não tivessem o condão de assegurar o bem da vida que motivou o ajuizamento da ação?⁵⁹ Nesse cenário, estaria respeitado, rigorosamente, o direito de acesso à justiça? Intuitivo que não. Quando se persegue em juízo uma prestação material de pagar, dar, fazer ou não fazer, só haverá respeito à Constituição se o legislador ou (supletivamente) o juiz franquear ao credor medidas executivas sub-rogatórias ou indutivas aptas a realizar o direito.

Com esse propósito, o CPC/2015 trouxe ao direito objetivo uma importante novidade, conferindo ao juiz o *dever-poder*⁶⁰ de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (art. 139, IV). Não é a autorização legal para o emprego de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias atípicas que chama atenção. No campo das obrigações

⁵⁸ “[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11-12). Também: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 359-362.

⁵⁹ “[...] o direito constitucional – e o conjunto de valores, bens e direitos que ele tutela –, tanto quanto os demais ramos da ciência jurídica, existe para realizar-se. Vale dizer: ele aspira à efetividade, que é eficácia social da norma. Efetividade, já averbamos em outro estudo, designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os interesses por ela tutelados. Ela expressa a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se prevê, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado” (BARROSO, Luís Roberto. **Eficácia e efetividade do direito à liberdade**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Curitiba: Juruá, n. 5, 2000. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v0i5>. p. 42).

⁶⁰ “Em um modelo de Estado como o nosso, Estado Democrático de Direito ou, de forma mais ampla e precisa, Estado Constitucional, o que é chamado de ‘poder’ tem que ser compreendido invariavelmente como ‘dever-poder’. Os magistrados em geral exercem *função* pública. E ao exercerem têm de atingir determinadas finalidades que, por definição, podem não coincidir com suas vontades pessoais. Aliás, qualquer elemento de vontade pessoal que seja constatado em um magistrado ou em quaisquer de seus auxiliares, até mesmo no âmbito do Ministério Público, é fator de inibição de sua atuação, como demonstro no n. 5.2, *infra*, ao cuidar do impedimento e da suspeição. Trata-se, assim, de atingir uma vontade estranha ao agente, uma ‘vontade *funcional*’. Neste sentido, é correto identificar um *dever* a ser atingido pelo magistrado – prestar tutela jurisdicional – e, correlatamente a este dever, de maneira inequivocamente instrumental, constatar que há poderes para tanto, na exata medida em que tais poderes sejam necessários. Por isto, a ênfase deve recair no *dever*, e não no *poder*. Poder só existe como meio diretamente proporcional e exato para atingimento do dever. Fora disto, há abuso de poder e, como tal, nulo de pleno direito. Qualquer abuso atrita com o Estado Constitucional”. (BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 190-191).

de fazer, não fazer e dar ela existe há tempos (Lei nº 8.078/90, art. 84, §5º; CPC/73, arts. 461 e 461-A). A novidade encontra-se na permissão para que sejam utilizadas nas ações envolvendo prestação pecuniária.

Não fosse assim o sistema processual padeceria de grave inconsistência. De um lado, trabalhar-se-ia com uma estratégia de tipos abertos para a tutela das obrigações de fazer, não fazer e de dar, outorgando-se ao juiz liberdade na escolha motivada dos meios executivos necessários para a satisfação do direito material (arts. 497, 536 e 538, §3º). De outro, conservar-se-ia um obsoleto formato de tipificação taxativa dos meios executivos nas obrigações por quantia certa, enclausurando a tutela em pecúnia aos métodos de sub-rogação patrimonial.

Esse tratamento diferenciado acabaria por marginalizar o direito à prestação pecuniária⁶¹. Denunciaria um desmazelo do Estado com a tutela dessa espécie de direito material. Denigriria a dignidade institucional do processo, convertendo-o de instrumento de promoção em aparelho de contenção do direito. Criaria, enfim, situações práticas de absoluta ineficiência da tutela executiva, chacinando a efetividade da jurisdição. No entanto, como dito antes, apenas haverá cumprimento ao direito constitucional de acesso à justiça se forem penhorados meios para a tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos, incluída a atividade satisfativa, como o reconhece o art. 4º do CPC/15⁶².

Significa dizer que os direitos fundamentais corporificados nas previsões dos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF/88 podem ser sintetizados na significativa expressão *direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva*. E os meios atípicos de execução (CPC, arts. 139, IV, 497, 536 e 538, §3º) – como, de resto, toda e qualquer execução – representam a dimensão muscular da fisiologia processual.

⁶¹ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 152.

⁶² Sobre a existência de um direito fundamental à tutela jurisdicional executiva, ver também: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação**. *Revista de Processo*. vol. 169. p. 38-61. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./2015, edição eletrônica.

3.2 Colisão entre direitos fundamentais na execução. Recurso à ponderação à luz da teoria de Robert Alexy⁶³

Na medida em que a execução opera-se de forma necessariamente agressiva, atuando coativamente sobre o patrimônio ou a vontade⁶⁴ do devedor, é fácil intuir que da sua realização resultará, quase sempre, o atingimento de um ou de alguns direitos fundamentais do executado, tais como o patrimônio, a liberdade pessoal e a livre manifestação do pensamento. É da atmosfera da atividade executiva a tensão entre direitos fundamentais. A execução atua a todo tempo os restringindo.

Basta notar que na execução por quantia certa, por exemplo, o direito fundamental à propriedade do devedor é alvo de restrição (quando seus bens são atingidos por medidas constritivas)⁶⁵. Na execução de obrigação de não fazer consistente em abster-se de realizar postagens ofensivas em redes sociais, impõe-se ao devedor inadimplente restrição ao direito fundamental à livre manifestação do pensamento (se se determinar o bloqueio do perfil do usuário). Em um ou outro caso, a restrição atua em benefício de algum direito fundamental do credor (ao crédito, no primeiro caso, à honra, no segundo, à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva em ambos).

⁶³ Optar-se-á no presente estudo pela técnica da ponderação sistematizada por ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. A despeito das críticas que se lhe dedicam com alguma frequência, entende-se que se trata da abordagem do tema com maior consistência metodológica.

⁶⁴ Heitor Vitor Mendonça Sica, de forma bastante didática, sistematiza as posições doutrinárias a respeito do que se entende por atividade executiva: “[...] não se pode afirmar existir consenso doutrinário em definir o que se entende por ‘atividade executiva’. Em progressão crescente de amplitude: (a) há quem entenda que ela seria exclusivamente a atividade destinada à expropriação de bens para satisfação de obrigação pecuniária; (b) quem repute limitada às atividades de sub-rogação destinadas a obter transferência de patrimônio, seja para satisfação de obrigação de pagar dinheiro ou entregar coisa; (c) quem considere nela compreendidas todas as atividades sub-rogatórias para cumprimento de qualquer obrigação; e, finalmente, (d) quem defenda a solução mais ampliativa de todas, de modo que o conceito abarque também as atividades coercitivas. Acolhemos a formulação mais ampliativa, por razões que ficarão mais claras ao longo da exposição, valendo destacar, por ora, apenas, a necessária coordenação entre coerção e sub-rogação, sobretudo num cenário de atipicidade dos meios executivos para todas as modalidades de execução (art. 139, IV, do CPC de 2015)” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição do juiz na execução civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 32-33).

⁶⁵ Sustentando que o direito fundamental à propriedade não constitui um limite à execução por quantia, leciona Hermes Zaneti Júnior: “Não sendo o direito *de* propriedade um direito fundamental, a proteção do devedor não se dá a qualquer custo, não decorre do direito *de* propriedade, mas sim de outros direitos fundamentais como a dignidade de pessoa humana e o processo justo. Sempre se achou que o equilíbrio da execução dependesse do direito fundamental *de* propriedade do executado, mas, como veremos, não há um direito *de* propriedade deste, e sim um direito *à* propriedade” (ZANETI JR, Hermes. **Comentários ao código de processo civil: artigos 824 ao 925**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). Coleção comentários ao código de processo civil. v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 38).

Os problemas são bastante menores quando o legislador disciplina detalhadamente os meios constritivos e expropriatórios, como ocorre no vasto rol dos artigos 831 a 903 do CPC/15, dedicado à execução por quantia certa contra devedor solvente. Ao eleger as medidas executivas (sub-rogatórias, coercitivas ou indutivas típicas), o próprio legislador exerce, de antemão, o *sopesamento* entre os princípios em colisão, entregando a regra como produto dessa atividade⁶⁶.

Entretanto, no domínio das medidas executivas atípicas – usuais na execução das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, e apenas recentemente introduzida nas execuções de prestação pecuniária –, o balanceamento dos princípios em colisão realiza-se concretamente pelo juiz, como técnica para aquilatar o direito predominante. Quando muito, o legislador avaliza que o juiz defina, caso a caso, o meio adequado para a concretização do direito. Mas o faz a partir de regras de moldura aberta e flexível, como os citados arts. 139, IV, 497, 536 e 538, §3º, todos do CPC/15.

Para Alexy, as colisões entre princípios devem ser solucionadas mediante o “estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios”. Assim, “Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária”⁶⁷. Essas condições constituem exatamente o suporte fático da regra⁶⁸.

Portanto, se os direitos fundamentais têm, em sua maioria, a natureza de princípios⁶⁹, e se os princípios “são mandamentos de otimização em face das

⁶⁶ “Um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de segurança na aplicação do direito. Essa segurança é garantida ‘quando uma instância tem a competência de definir uma determinada linha’. Essa instância, em um Estado constitucional, é o legislador, e essa linha é definida pelas regras que ele cria. Esse é um ponto muitas vezes ignorado quando se pensa em colisão entre regras e princípios. Em geral, não se pode falar em colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 52). Ver, também, BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção no novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 244.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 96.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 99.

⁶⁹ “Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy, analisado brevemente no tópico 2, admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de

possibilidades jurídica e fáticas”⁷⁰, ou se gozam de uma *dimensão de peso ou importância*⁷¹, a técnica da ponderação augura, precisamente, esquadriñar metodologicamente as condições jurídicas e fáticas que subjazem aos direitos em tensão visando a construir a regra do caso. É por esse percurso que o juiz da execução conseguirá avaliar se o emprego de uma medida executiva atípica importa ou não restrição insuportável ao direito fundamental do devedor.

O propósito do próximo tópico é abordar as etapas operativas da máxima da proporcionalidade.

3.2.1 A máxima da proporcionalidade e suas etapas operativas: máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

Antes de incursionar no exame da máxima da proporcionalidade e suas máximas parciais, é oportuno registrar que se fez a opção, neste estudo, pela terminologia *máxima* – e não *princípio, regra, dever* ou *postulado* – apenas por fidelidade ao termo utilizado por Robert Alexy, marco teórico aqui adotado no tratamento da temática colisão de direitos fundamentais. Não há espaço para o desenvolvimento da questão terminológica nos quadrantes da presente pesquisa, que não tem seu foco na técnica da ponderação, mas na técnica da execução no processo civil⁷².

Indo adiante, a máxima da proporcionalidade, dentre outras funções⁷³, serve ao intérprete para a solução de casos concretos que envolvam colisão de direitos fundamentais⁷⁴. Cuida-se de técnica que pretende resolver as tensões do ponto de vista

otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação” (SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 43-44).

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 117.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 42.

⁷² Para o exame da questão terminológica, ver SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 24-27.

⁷³ Como, por exemplo, a destacada por BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 81: “El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes”.

⁷⁴ Não se ignora que a técnica aqui adotada é também alvo de críticas, dentre as quais a de carecer de um *déficit* de racionalidade e de implicar uma proeminência exagerada do Judiciário. Para uma abordagem mais detida dessas críticas, ver: LEAL, Fernando. **Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

externo aos direitos, admitindo que elas existem. É bom consignar, há propostas alternativas à proporcionalidade que descartam, total ou parcialmente, a ocorrência de colisões entre direitos fundamentais, propugnando a existência de limites ínsitos aos próprios direitos (*teoria dos limites imanentes*) ou de um amálgama entre os direitos que os torna conceitualmente uniformes (*conceptualismo*)⁷⁵.

Operacionalmente, a máxima da proporcionalidade desenvolve-se a partir da aplicação de três máximas parciais, nomeadas adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É o momento de chamar atenção para o pertinente alerta de Virgílio Afonso da Silva, para quem “Se simplesmente as enumeramos, independentemente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a *necessidade* do ato estatal é, no caso, questionada antes ou depois da análise da *adequação* ou da *proporcionalidade em sentido estrito*. Não é o caso”⁷⁶. Adverte o autor, assim, que existe uma relação de precedência lógica que dispensa o ingresso na etapa operativa subsequente se o direito esbarrar na [etapa] antecedente⁷⁷.

Logo, o primeiro passo é avaliar se o meio escolhido revela-se *adequado* para fomentar ou promover a realização do objetivo perseguido⁷⁸. Segundo Bernal Pulido, “Uma medida adoptada por una intervención legislativa em um derecho fundamental, no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato”⁷⁹. *Mutatis mutandis*, uma medida deferida pelo intérprete que importe intervenção em outro direito fundamental não será adequada quando não contribuir de nenhum modo para a obtenção do seu fim imediato.

Assim, ao ser defrontado com um requerimento de restrição ao direito de dirigir do executado (suspensão da CNH) ou de suspensão do seu passaporte, cabe ao juiz, em primeiro lugar, examinar se a providência postulada tem o condão de *fomentar* a realização dos direitos de crédito (de propriedade, pois) e de acesso à justiça, ou seja, se

⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 57-66.

⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50., abr. 2002. p. 34.

⁷⁷ No mesmo sentido: LEAL, Rogério Gesta. **Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40513>. p. 148.

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50., abr. 2002. p. 36.

⁷⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 724.

de alguma forma pode contribuir para a promoção do direito do exequente. Se a medida sub-rogatória ou indutiva atípica⁸⁰ gozar dessa aptidão, será ela, então, adequada.

Vencido o primeiro teste, o passo seguinte consiste em verificar se o meio selecionado é *necessário*. E isso se faz mediante o confronto das alternativas para a realização do direito. O meio será necessário se, cotejado com outros igualmente eficientes, proporcionar o objetivo almejado com menor restrição ao direito fundamental oposto. Tal como a máxima parcial da *adequação*, opera a da *necessidade no plano fático*⁸¹, investigando as possibilidades nos domínios da realidade subjacente.

No exemplo acima dado, concluiu-se que a suspensão da CNH ou do passaporte do devedor pode *contribuir (fomentar)* para a promoção dos direitos de crédito e de acesso à justiça. Mas será que tais medidas são necessárias para a realização do direito? A resposta a essa indagação depende da análise das alternativas de que dispõe o credor para o recebimento da prestação ambicionada. Não de qualquer alternativa, mas apenas daquelas com igual aptidão para realizar o direito.

Destarte, se o recurso aos meios sub-rogatórios típicos (por exemplo, penhora de dinheiro em conta bancária) mostrar-se ainda viável do ponto de vista da realidade apresentada, é intuitivo que desfrute ele de maior eficácia para a concretização do direito de crédito pecuniário que a restrição a liberdades individuais. Em consequência, as restrições aos direitos de dirigir e viajar para o exterior revelar-se-iam desnecessárias. Não obstante, pode ocorrer de a penhora de dinheiro em conta bancária ou outra medida sub-rogatória/indutiva não se mostrarem igualmente capazes de realizar o direito, caso em que as restrições a liberdades antes mencionadas ganhariam o selo da necessidade.

Por fim, resta averiguar se o meio é *proporcional em sentido estrito*⁸². No magistério de Humberto Ávila, “O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos

⁸⁰ Como antes mencionado, as medidas executivas típicas são previamente sopesadas pelo legislador e não reclamam, nessa fase de aplicação, nova ponderação pelo juiz.

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 118.

⁸² Para uma melhor abordagem da proporcionalidade em sentido estrito de Alexy, ver GUERRA, Marcelo Lima. **A proporcionalidade em sentido estrito e a ‘fórmula do peso’ de Robert Alexy: significância e algumas implicações**. *Revista de Processo*. vol. 141. p. 53-71. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2006, edição eletrônica).

fundamentais?”⁸³. A medida apenas passará na fase final da *lei das colisões* se a importância da promoção do fim compensar a restrição ao direito fundamental.

Trata-se de etapa operativa extremamente importante no desenvolvimento do método da ponderação, tendo em vista que garante o balanceamento valorativo entre os direitos, nivelando distorções que as etapas anteriores nem sempre dão conta de evitar. Afinal, o juízo de adequação atua às cegas quanto a valorações de equilíbrio e o juízo de necessidade apenas se preocupa com evitar sacrifícios desnecessários a direitos atingidos. No entanto, nenhum deles pondera se a restrição compensa em vista da importância do direito a promover.

Para seguir no mesmo exemplo, pense-se na restrição da CNH de um motorista profissional. Pela coerção que exerce (notadamente a alguém que depende da CNH para trabalhar), a providência é apta a promover os direitos ao crédito e à tutela satisfativa. Se não existirem outras medidas com a mesma eficiência (como no caso em que os meios sub-rogatórios típicos já se esvaíram sem sucesso), a restrição da CNH será, ainda, necessária. No entanto, se a habilitação para dirigir é condição para que o devedor exerça a sua profissão, não se mostra proporcional em sentido estrito alijá-lo do direito fundamental ao trabalho para promover os direitos ao crédito e à tutela jurisdicional de que desfruta o exequente.

Realizados todos os testes da proporcionalidade, o resultado dessas operações pode importar uma restrição absoluta (ou quase absoluta) do direito fundamental episodicamente subjugado ou existe um conteúdo mínimo essencial que deve ser preservado? Esse questionamento abre as portas para a menção ao denominado *conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, naturalmente com a única pretensão de expô-lo como um possível limite à restrição dos direitos fundamentais, e não com a ambição de esquadrihá-lo em todas as suas variáveis.

3.3 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais: mais um limite à restrição dos direitos fundamentais?

Postos de lado os entraves em torno da definição conceitual daquilo que seria o núcleo intangível (o conteúdo material inviolável) dos direitos fundamentais, e tomando em consideração a premissa da existência de colisões entre direitos e, pois, de restrições

⁸³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 217-218.

incidentes a partir do exterior de cada um deles, o que ora se pretende é investigar se há necessidade de uma fase subsequente à da aplicação das máximas parciais da proporcionalidade destinada a limitar a restrição ao direito sucumbente. A pergunta que se quer responder é: existe um conteúdo essencial dos direitos fundamentais que representa um limite máximo e final à restrição de tais direitos? Existe um “limite dos limites”⁸⁴?

Para responder essa questão, é preciso recordar que são duas as teorias-base que se dedicam a explicar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais: a teoria absoluta e a teoria relativa.

À luz da teoria absoluta, a identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser realizada de forma apriorística e abstrata, independentemente, assim, do cotejo dos valores em conflito. Vale dizer, o próprio sistema constitucional fornece os meios para que se capte no direito fundamental um limite imanente a eventuais restrições, de modo que o produto do processo ponderativo encontra ainda um freio adicional à contenção da eficácia do direito oposto. Não é difícil imaginar o principal problema com que se deparam os adeptos dessa compreensão: todos os sacrifícios até agora dedicados pelos constitucionalistas na tentativa de demarcar os contornos do núcleo essencial não foram capazes de gerar sequer um *quase* consenso sobre o tema.

A teoria relativa, por sua vez, apresenta uma proposta alternativa para a determinação do núcleo duro dos direitos fundamentais. Por ela, o conteúdo essencial não tem como ser revelado *a priori*⁸⁵. Depende do exame *in concreto* das colisões, da valoração das condições fáticas e jurídicas dos direitos em contradição. Portanto, o conteúdo essencial não é estático, mas mensurável casuisticamente. Daí resulta que há uma identidade metodológica entre a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a operação da máxima da proporcionalidade. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, “Ambos os conceitos – *conteúdo essencial e proporcionalidade* – guardam íntima relação: *restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos*”⁸⁶.

⁸⁴ Segundo Gilmar Ferreira Mendes, “A expressão limites dos limites (Schranken-Schranken) foi utilizada pela primeira vez por K.H. Wernicke nos comentários ao art. 19 da Lei Fundamental alemã (Bonner Kommentz zum Grundgesetz. Anm. II 2 B)” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Limitações dos direitos fundamentais**. In: _____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56).

⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 196.

⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 197.

Malgrado a teoria relativa não seja indene a críticas, tem ela a virtude de mostrar-se mais palatável, no sentido de mais aderente à realidade. A teoria absoluta, fiel ao plano *louvável* de garantir a máxima integridade aos direitos fundamentais, considera-se capaz de sublinhar os limites à restrição, preservando um mínimo intangível de jusfundamentalidade. A missão, de tão impraticável, mantém os limites sujeitos a definições ocasionais, consequência da falta de um critério de consenso na dogmática ou na jurisprudência. Se a ideia é precisar concretamente o conteúdo essencial, a teoria relativa, sob a regência da proporcionalidade, ao menos apresenta um *iter* metodológico que assegura algum controle sobre a atuação do intérprete.

Ademais, a teoria absoluta, ao estabelecer barreiras insuperáveis à restrição a um dos direitos em colisão, pode acabar impedindo a promoção integral do outro direito, deixando de protegê-lo adequadamente, não obstante o caso concreto impusesse a sua proteção prioritária. Se há esse risco e se ele existe de forma tão patente, parece pouco vantajoso lutar pela tese da teoria absoluta, que, justamente por apregoar a intangibilidade total do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tende a relativizar a proteção a tais direitos, para cuja realização, eventualmente, o sacrifício *integral* a outras posições é indispensável.

Não há nada de novo ou de estarrecedor nessa afirmação. O sacrifício integral de um direito fundamental para a realização de outro é bastante comum no âmbito das colisões⁸⁷. Aliás, há direitos fundamentais cuja realização apenas é possível com a derrocada episódica e total de outro, como nos exemplos citados no rodapé relativos à interceptação telefônica e à desapropriação. Na colisão pontual entre os direitos à investigação criminal e o sigilo telefônico, o deferimento da interceptação impõe ao direito do investigado uma restrição total. Da mesma forma, na colisão entre o direito

⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 199: “É possível que em casos concretos específicos, após a aplicação da proporcionalidade e de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação), nada reste de um determinado direito. Por mais que soe estranho e possa passar uma certa sensação de desproteção, isso apenas reflete o que ocorre em vários casos envolvendo direitos fundamentais. Quando alguém, por exemplo, tem seu sigilo telefônico devassado e suas conversas interceptadas, nada sobra desse direito fundamental. Quando se proíbe a exibição de determinado programa de televisão ou a publicação de determinada matéria jornalística também sobra pouco ou nada da liberdade de imprensa naquele caso concreto. Quando alguém é condenado a uma pena de reclusão, sua liberdade de ir e vir é aniquilada. Ou, por fim – e talvez de forma ainda mais clara –, quando alguém tem um terreno que é desapropriado, seu direito, nesse caso concreto, desaparece por completo. Em diversos casos semelhantes, por ser impossível graduar a realização de determinado direito, qualquer restrição a ele é uma restrição total ou quase total”.

público à determinada área para a realização de obras ou serviços e o direito de propriedade do administrado, a desapropriação implica supressão integral do último.

No âmbito da execução civil, as medidas sub-rogatórias para a satisfação de créditos em dinheiro também acarretam a expropriação de bens ou direitos, importando restrição absoluta ao direito de propriedade em relação à parcela do patrimônio do devedor. Todavia, as medidas indutivas ou coercitivas, que buscam estimular o devedor a cumprir ou desestimulá-lo a descumprir determinada prestação⁸⁸, inclinam-se no sentido de restringir parcialmente os direitos do executado, e não a suprimir toda a sua eficácia. Quando se suspende a CNH ou o cartão de crédito do devedor para constrangê-lo a pagar a dívida, não é ele alijado plenamente da sua liberdade individual, mas apenas no que diz respeito ao direito de dirigir veículo automotor ou de efetuar compras via cartão de crédito. O executado tem a sua liberdade preservada, podendo valer-se, no primeiro caso, de outros meios de transporte (transporte público, taxi, aplicativos de transporte etc.), e, no segundo, comprar à vista, mediante cheque, cartão de débito, dinheiro etc.

3.4 Meios executivos atípicos na execução por quantia certa enquanto ferramenta constitucionalmente válida: inexistência de óbice *a priori* ao seu emprego

⁸⁸ “Medidas indutivas são aquelas destinadas a influenciar o sujeito a adotar determinada conduta. Isso pode fazer-se mediante a ameaça de um mal, caso ele não adote a conduta desejada (indução negativa) ou de uma vantagem, caso ele a adote (indução positiva). A indução negativa foi referida especificamente no art. 139, IV, como ‘medida coercitiva’. Logo, a referência a ‘medidas indutivas’ concerne à indução positiva: a oferta de prêmios, incentivos, para o cumprimento da decisão judicial. Trata-se de sanção *premier* ou *positiva*”. (TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução**. In: _____; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 54); Ainda: “[...] o inc. IV do art. 139 do CPC menciona as medidas indutivas. Tais medidas não devem ser confundidas com as coercitivas, já que ambas visam a pressionar o devedor ao cumprimento de sua obrigação, mas se diferenciam na natureza da sanção estabelecida. A diferença está em que, nas medidas coercitivas, busca-se impor ao obrigado uma sanção enquanto castigo, ou seja, uma sanção negativa, que pode ser um mal econômico (v.g., multa), social (v.g., banimento), moral (v.g., advertência), jurídico (v.g., perda da capacidade) ou até mesmo físico (v.g., açoites). Óbvio que nem todas essas sanções são permitidas no nosso ordenamento jurídico. Contudo, por elas se percebe que o que se busca é a imposição de uma desvantagem ao devedor que insiste em sua conduta de inadimplente. Em suma, em face do descumprimento da decisão judicial, o devedor sofre um prejuízo. Tem afetado sua situação jurídica de forma desfavorável. Já nas medidas indutivas se busca oferecer ao obrigado uma vantagem, um ‘prêmio’, como incentivo (coação *premier*) ao cumprimento da decisão judicial. Daí porque a doutrina denomina essa sanção como *premier*. Busca-se com essas medidas, provocar, incentivar, a prática do ato de forma mais atraente, ainda que com sacrifício à situação jurídica [mais favorável] de outrem” (MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. Revista de Processo. vol. 247. ano 40. p. 231-246. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2015. p. 240-241)

Após o que foi dito, afirma-se com bastante segurança que a regra do art. 139, IV, do CPC, por meio da qual inseridos no direito objetivo os meios executivos (subrogatórios ou indutivos) atípicos, goza de inequívoca constitucionalidade, a despeito de algumas preocupações externadas aqui e acolá a propósito da sua compatibilidade com a Constituição Federal.

Quando se atribui à regra do art. 139, IV o laivo de inconstitucional, a acusação é de que padece ela de uma incompatibilidade *in abstracto* com a Constituição. Uma incompatibilidade anterior a qualquer processo ponderativo. Aliás, a ponderação não se opera no degrau das regras. À luz da teoria dos princípios de *Alexy*, o antagonismo entre regras resolve-se segundo a lógica do *tudo ou nada*. A máxima da proporcionalidade (cuja etapa final é o chamado *sopesamento* ou *ponderação*) fica reservada às colisões entre princípios, os quais, enquanto *mandamentos de otimização*, incidem ou não a depender das *condições fáticas e jurídicas* dos direitos em choque.

Embora a ponderação não opere no degrau das regras, há uma particularidade na disposição do art. 139, IV que torna a referência ao processo ponderativo necessária. É que o fato de veicular autorização geral para o uso de meios atípicos de execução e a abertura textual da referida regra franqueiam ao juiz o poder de selecionar, *in concreto*, medidas capazes de restringir direitos fundamentais. Uma vez que restringem direitos fundamentais, e porque a redação do texto é delegatória de poderes ao juiz, é preciso verificar a serviço de que direitos fundamentais a medida executiva labora, para sopesá-los com os direitos sacrificados no caso.

Logo, não se cuida, propriamente, de ponderação na dimensão das regras, mas de ponderação dos princípios sobrepostos à relação jurídico-processual executiva e que se evidenciam quando o juiz densifica interpretativamente a regra do art. 139, IV. A *norma* extraída da interpretação do art. 139, IV, à luz do caso concreto, tem em seu processo de criação uma valoração de direitos fundamentais antagônicos. O produto dessa valoração é que ilumina a decisão a respeito da possibilidade ou não de emprego de dado meio executivo.

Daí porque é importante a advertência acima feita, de que quando se acusa a regra do art. 139, IV de inconstitucional a perspectiva é de uma incompatibilidade *in abstracto* com a Constituição Federal. Os argumentos que procuram – ou podem vir a procurar – subsidiar a tese da inconstitucionalidade serão doravante enfrentados.

Em primeiro lugar, não é difícil imaginar que se venha a inculpar a regra do art. 139, IV, do CPC de agressora ao princípio da *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º,

III), fundamento da República Federativa do Brasil. Na realidade, teria a crítica clara relação com o princípio processual da *patrimonialidade da execução* (CPC, art. 789), a teor do qual “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações[...]” (CPC, art. 789). Ou seja, não é lícita, como em tempos remotos⁸⁹, a concreção da execução sobre o corpo do devedor, sob pena de atingimento da sua dignidade.

No entanto, as medidas indutivas, típicas ou atípicas, podem implicar restrição a direitos sem atuar sobre o corpo do executado⁹⁰. Não se realizam mediante imposição de uma aflição física, senão quando a lei o admite (caso único é a prisão civil do devedor de alimentos). Limitações temporárias a outros direitos fundamentais (que não atuam sobre o corpo do devedor) em decorrência de dívidas são realizadas a todo tempo como forma de constranger ao adimplemento de obrigações – por exemplo, com o protesto de títulos e inclusão do devedor em cadastros restritivos –, e não há nisso um processo de reprimenda de tempos sombrios. O tema será retomado com mais vagar no item 4.2 infra.

Medidas de indução procuram interagir no ambiente de reflexão psíquica para fomentar o pagamento da dívida. Essa interação é realizada por ações materiais no ambiente exterior ao corpo humano, que reagem no circuito neural da parte e forçam a uma reavaliação de conduta. Em outras palavras, não há uma relação circular entre restrição a um direito fundamental e violação à dignidade do devedor. Em consequência, é impossível imputar ao art. 139, IV a pecha de inconstitucional por violar o art. 1º, III, da CF, senão afastar *concretamente* a sua incidência por atingir, no caso, valores mais caros à ordem jurídica, como a dignidade humana.

Poder-se-ia supor, ainda, a defesa de que o manejo de medidas executivas atípicas violaria o *princípio da legalidade* (CF, art. 5º, II). Se ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, não poderia o juiz determinar a restrição a bens ou a direitos sem um prévio e cerrado comando legal autorizativo. O

⁸⁹ É interessante, e ao mesmo tempo paradoxal, constatar que os romanos arcaicos tiveram um respeito grande pelo *patrimônio* das pessoas, às vezes até maior que a consideração sobre *elas próprias*. Exemplo disso era a possibilidade de o credor acorrentar, prender, matar e até vender o devedor como escravo, sem, contudo, poder lançar mão sobre seu patrimônio. Os romanos utilizavam uma forma rudimentar do que hoje chamamos *execução indireta*” (SILVA, João Paulo Hecker da. *Manus injectio: o processo de execução no período arcaico do direito romano*. *Revista de Processo*. vol. 237. ano 39. p. 139-156. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2014, p. 145).

⁹⁰ RODOVALHO, Thiago. *O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC, art. 139, IV (atipicidade dos meios executivos)*. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 717-732. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 724).

raciocínio teria duas fraquezas: (a) *primeiro*, equipararia medidas executivas a sanções, quando, na realidade, a execução é técnica processual a serviço da tutela do direito, não dispondo, absolutamente, de caráter punitivo; (b) *segundo*, recusaria a característica de lei autorizativa a regras de textura aberta. Neste particular, algumas considerações são pertinentes.

Causa indisfarçável preocupação aos juristas⁹¹ – e mesmo aos tribunais – a liberdade conferida ao juiz pela fluidez semântica do art. 139, IV. Avalia-se que a abertura textual da regra permitiria ao intérprete, no ato de criação da norma, extrair conclusões imprevisíveis, díspares e até mesmo antagônicas. Enfim, teme-se o risco à segurança jurídica, notadamente no universo da execução, caracterizado pela prática de atos naturalmente agressivos contra o patrimônio ou a esfera de liberdade do devedor.

A preocupação não é desarrazoada, mas tampouco é nova. A paulatina superação do positivismo clássico de matiz liberal fez brotar e desenvolver-se uma concepção de norma como produto ou ponto final do processo interpretativo. Sepultou-se o dogma de que o juiz exercia uma atividade meramente declarativa do sentido único do texto legal⁹², assimilando-se que a dinamicidade do enredo social tornaria algumas regras obsoletas em pouco tempo. Além disso, compreendeu-se que o legislador não seria capaz de antever e disciplinar todas as situações da vida, catalogando em rol exaustivo e em expressões duras todos os acontecimentos do cotidiano pulsante.

Como consequência, o advento dessa geração trouxe consigo uma nova forma de edificar modais normativos. Concluiu-se que a redação dos textos legais nem sempre poderia ensimesmar-se. Compreendeu-se que a ambição de autossuficiência do texto

⁹¹ Ver, por exemplo, STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?** Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio]. Acesso em: 29.08.2018.

⁹² A propósito do positivismo legalista, leciona Afonso de Julios Campuzano: “la aplicación de las normas es concebida, por ende, como um processo mecánico de subsunción, mediante el cual se asigna a um caso concreto la consecuencia jurídica prevista em la norma, sin que haya espacio para la discrecionalidad judicial. Cerrada la puerta a la interpretación – *in claris non fit interpretativo* –, la función del juez quedaba limitada a um procedimiento lógico-deductivo em el que, a partir de uma premissa mayor, y mediante el establecimiento de uma premissa menor, se habría de llegar a uma conclusión. La subsunción es, así, la outra cara del positivismo legalista” (CAMPUZANO, Afonso de Julios. **Estado de derecho, democracia y justicia constitucional: una mirada (de soslayo) al neoconstitucionalismo**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 1, n. 2 (2009), p. 8-20. p. 11). Ainda: HACHEM, Daniel Wunder. **O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 199-219, out./dez. 2011. p. 206; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. **O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo**. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. v. 3, n. 1. p. 84-94. São Leopoldo, 2011. p. 87.

escrito era utópica e que não haveria como privar o ordenamento jurídico da convivência entre regras mais e menos abertas⁹³.

Mas se a preocupação com a insegurança jurídica não é nova, uma outra apreensão, agora com a preservação da integridade do sistema processual e, *reflexamente*, com o *princípio do devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV), causa maior inquietação.

Argumenta-se que se a regra do art. 139, IV, do CPC pudesse ser prontamente aplicada, independentemente do prévio exaurimento da via típica, não precisaria o legislador ter regulado, ao longo de dezenas de artigos, as formas de penhora (arts. 831-869) e de expropriação de bens (arts. 876-903). Bastaria que se ativesse a prever que o juiz deve determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial.

Mais ainda. Apregoa-se que se a lei estabelece metodicamente procedimentos para a satisfação de créditos, procedimentos, aliás, paulatinamente aperfeiçoados segundo as necessidades captadas no processo histórico vivido, implicaria sério desrespeito ao sistema a anteposição do modelo geral e aberto do art. 139 às regras específicas e bem delineadas. Além disso, resultaria violado o devido processo legal, pela falta de sujeição a um rito preestabelecido⁹⁴.

O raciocínio, malgrado sedutor, é equivocado. Sugere que a regra geral de atipicidade dos meios de execução das prestações pecuniárias provoca a inutilização do roteiro típico, tornando-o *desnecessário*. Mas deixa de ponderar que, *no mais das vezes*, os meios típicos mostrar-se-ão suficientes para a prestação da tutela satisfativa. E, em todos esses casos, caberá ao juiz recorrer às regras que disciplinam a penhora e a expropriação de bens. Apenas quando tal via revelar-se de pronto ineficiente – *o que ocorrerá com pouquíssima frequência* – é que a disciplina legal minuciosa da execução cederá espaço para o meio executivo *inominado* mais apropriado.

Ademais, e de certa forma retomando o raciocínio mais acima exposto, o adimplemento pelo legislador ordinário do direito fundamental ao devido processo legal

⁹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O devido processo legal e a execução civil**. In: SANTOS, Ernani Fidélis dos; WALBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior, p. 112-115. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 115; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. *Revista de Processo*. vol. 187. p. 69-83. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2010, edição eletrônica.

⁹⁴ “[...] as medidas ‘atípicas’ arroladas há pouco são direta ou indiretamente inconstitucionais. [...] E, diretamente, as medidas objetivam premir o executado por meio não legalmente **prefixado** e sem devida **correlação** instrumental com a finalidade da atividade executiva, ferindo, e por dois motivos autônomos, o art. 5º, LIV, da CF/88”. (ASSIS, Araken de. **Cabimento e adequação dos meios executórios ‘atípicos’**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). Medidas executivas atípicas, p. 111-133. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 130).

não se faz unicamente por intermédio da edição de regras cerradas, senão nos espaços normativos em que a tipicidade estrita é uma particular exigência principiológica (a referência é ao direito sancionatório). A inserção na legislação processual de regras de conteúdo mais elástico não agride de forma nenhuma o devido processo legal, em sua feição processual, que, na síntese de Nelson Nery Júnior, “[...] nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos”⁹⁵.

Se o devido processo legal é a amplificação do direito de acesso à justiça, de forma participativa e dialógica, toda medida que visa a promover esse acesso *antes* agrega adesivamente como um reforço da garantia *que* a ameaça em sua integridade. No mais, é a intenção de enclausurar ferramentas de satisfação prática dos direitos em estruturas inflexíveis que parece incompatível com o direito fundamental de acesso à justiça, além de apostar demasiadamente na capacidade do legislador de antever todas as nuances da vida e regular a forma de resolvê-las⁹⁶. As alternativas predispostas na lei processual muitas vezes não serão bastantes para a realização do direito material reconhecido. A solução seria resignar-se com a inefetividade? A resposta só pode ser não⁹⁷.

Para rematar a crítica ao argumento de que os meios atípicos de execução infringem o devido processo legal, cabe pontuar que o seu deferimento (a) terá de apoiar-se em decisão fundamentada analiticamente⁹⁸, sempre que necessário à luz das máximas da proporcionalidade (CPC, art. 489, §2º); (b) dar-se-á com respeito à garantia do contraditório (prévio ou diferido, a depender da possibilidade de frustração da medida

⁹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 85.

⁹⁶ “Quando se delimita por tipos fechados um aspecto da realidade, dificulta-se o acompanhamento das mudanças sociais ou não se permite customizar uma determinada solução para um caso específico, pois os *standards* estão engessados. A tipificação fechada não garante, por si só, uma abordagem verossímil dos problemas da vida nem de seu combate efetivo” (MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao *non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 166).

⁹⁷ “O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo justo e contraditório dinâmico**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 2, n. 1 (2010), p. 64-71. p. 67).

⁹⁸ “Quem se vale da teoria dos princípios – seja a teoria da segunda fase, seja a da terceira fase – tem um grande *onus argumentativo*. Vigora, em relação aos princípios, a regra do §1º, II, do art. 489 do CPC/2015: não se considera fundamentada a decisão que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria dos princípios e função jurisdicional**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 2. p. 135-164, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.56183. p. 157-158).

pela audição anterior do executado); (c) não obstará que o devedor alvejado ofereça bens livres para a satisfação do crédito (ou seja, uma via migratória para o caminho dos meios típicos – CPC, art. 847), com o que cessará eventual restrição aos seus direitos.

Além dos questionamentos [potenciais e reais] à validade normativa da regra do art. 139, IV, do CPC, a pretexto de que violaria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade e do devido processo legal, algumas críticas voltam-se contra o meio escolhido *in concreto* para constranger o executado ao adimplemento da obrigação pecuniária. Ou seja, opiniões que admitem a constitucionalidade da referida regra, mas consideram inviável, de antemão, a seleção de medidas como, por exemplo, a restrição de CNH⁹⁹ ou do passaporte¹⁰⁰¹⁰¹, independentemente de qualquer processo de ponderação.

No entanto, à exceção dos casos em que a própria Constituição delimita o espaço de aplicação da medida coercitiva (prisão civil por dívida, por exemplo) ou em que a medida escolhida constitui em si um ilícito (caso da privação do sono, por exemplo, que se equipara à tortura), não parece correto proscrever *a priori* qualquer meio executivo atípico, cuja análise do cabimento deve submeter-se ao crivo da proporcionalidade – critério considerado nesta pesquisa o mais adequado para a solução das colisões entre princípios. Exclusões apriorísticas implicariam atribuição de maior importância a alguns direitos fundamentais em detrimento de outros, ignoradas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

3.4.1 O caso da prisão civil por dívida. A total impossibilidade do seu uso como meio coercitivo atípico na execução de prestação pecuniária

⁹⁹ EXPÓSITO, Gabriela; LEVITA, Sara Imbassahy. **A (im)possibilidade de suspensão de CNH como medida executiva atípica**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). Medidas executivas atípicas, p. 349-370. Salvador: JusPodivm, 2018.

¹⁰⁰ CARREIRA, Guilherme Sarri; GAMA e ABREU, Vinicius Caldas. **Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). Medidas executivas atípicas, p. 241-273. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 260-263.

¹⁰¹ Aliás, pende de julgamento a ADI (5941/DF) ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, cujo pedido final é, literalmente, o seguinte: “[...] requer seja julgado procedente o pedido para que essa Suprema Corte declare a nulidade, sem redução de texto, do inciso IV do artigo 139 da Lei n. 13.105/2015, para declarar inconstitucionais, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias oriundas da aplicação daquele dispositivo, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública”. Pretende-se o expurgo, *in abstracto*, da possibilidade de aplicação de algumas medidas executivas atípicas.

Exceção à impossibilidade de proibição *a priori* de meios executivos atípicos, a prisão civil por dívida merece um espaço próprio. Há uma grande celeuma em torno da possibilidade do seu emprego como medida coercitiva *atípica* na execução civil, e o antagonismo decorre das diferentes interpretações dadas ao texto do art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”). Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 25/09/1992, estabelece em seu art. 7, n. 7: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O principal foco de dissonância é de ordem semântica. Afinal, o que significa *dívida* para a Constituição? E o sentido do substantivo dívida oscila segundo pretenda o exegeta conferir um caráter mais ou menos conservador à liberdade individual como direito fundamental ameaçado pela norma.

Para Ovídio Baptista da Silva, a única hipótese em que cabe a prisão civil por dívida é a excepcionada pelo próprio inc. LXVII do art. 5º acima citado. A privação da liberdade como meio de coerção tem lugar apenas contra o devedor de alimentos¹⁰², não se estendendo a outras obrigações de natureza não pecuniária. Segundo o autor, “Se a prisão por dívidas que não fossem monetárias estivesse autorizada, não faria sentido a exceção constante do texto constitucional para o caso de depositário infiel”¹⁰³. Portanto, se a Constituição excepcionou uma situação de dívida monetária (alimentos) e uma de dívida não monetária (depositário infiel) é porque quis enclausurar as exceções apenas nessas duas hipóteses¹⁰⁴.

Por outro lado, Pontes de Miranda tem visão menos restritiva e compreende que a locução “prisão civil por dívida” de que se valeu a Constituição deixou aberta a possibilidade de uso da prisão civil para fins de coerção em obrigações não pecuniárias¹⁰⁵. Ou seja, por dívida deve ser compreendida a obrigação representada por dinheiro.

¹⁰² Segundo Eduardo Talamini, não apenas alimentos derivados do direito de família, mas também dos regimes de responsabilidade civil ou de negócios jurídicos (TALAMINI, Eduardo. **Prisão civil e penas e “execução indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal)**. *Revista de Processo*. vol. 92. ano 23. p. 37-51. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./1998, p. 47).

¹⁰³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 574.

¹⁰⁴ Registre-se que, desde 2009, vigora a Súmula Vinculante nº 25 do STF, que veda a prisão civil do depositário infiel em qualquer modalidade de depósito, e desde 2010 o enunciado da Súmula nº 419 do STJ, que também proscreve a prisão civil do depositário infiel.

¹⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. v. 5. p. 253.

Prestações de outra natureza seriam exigíveis mediante pressão via prisão civil, observados os demais requisitos justificadores da escolha desse meio¹⁰⁶.

No contexto dos denominados *novos direitos* – direito à liberdade, ao meio ambiente sadio, à honra e à imagem etc., ou seja, direitos normalmente não passíveis de conversão em pecúnia –, “torna-se cada vez menos tolerável que as obrigações infungíveis de fazer encontrem proteção jurisdicional a nível da cognição e continuem carecedoras de tutela executiva”¹⁰⁷. Ou seja, a proliferação de direitos de conteúdo metaindividual, de direitos ligados à personalidade, de direitos cuja proteção deve anteceder a consumação do dano, fez surgir a necessidade de sofisticação dos meios de execução, inclusive com a abertura para o modelo da medida adequada à luz do caso concreto. Diante das novas necessidades, novos instrumentos tiveram de ser aceitos para a efetiva tutela do direito substancial.

Como bem observaram Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, reportando-se a Marcelo Lima Guerra, “[...] diante da ambiguidade do termo ‘dívida’, a questão da possibilidade ou impossibilidade de prisão como medida coercitiva atípica não pode ser resolvida no plano meramente *semântico*, porque qualquer opinião fundada apenas nisso será arbitrária”¹⁰⁸. Consentem, então, com a análise do problema sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

Essa doutrina, acertadamente, desloca o problema do cabimento da prisão civil como meio de coerção do plano semântico para a teoria dos direitos fundamentais. Assim o fazendo, passa a admitir a prisão civil como meio coercitivo atípico, observados certos parâmetros de legitimação e controle, para a implementação de direitos de conteúdo não pecuniário (aqueles direitos que Taruffo qualifica de *novos direitos*). Com essa opção, a

¹⁰⁶ Perfilhando do entendimento de Pontes de Miranda, Luiz Guilherme Marinoni se vale de raciocínio bastante envolvente: “Aliás, se o objetivo da norma fosse o de proibir toda e qualquer prisão, com exceção dos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel, não haveria como explicar a razão pela qual *deu conteúdo à prisão civil*, dizendo que ‘não haverá prisão civil por dívida’. É pouco mais do que evidente que a norma desejou proibir *uma determinada espécie de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil*. O que importa saber, assim, é a espécie de prisão civil que foi vedada. Se não há como fugir da ideia de que foi proibida somente uma espécie de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil, a prisão proibida somente pode ser a prisão por ‘débito’. O entendimento de que toda e qualquer prisão está proibida, implica retirar qualquer significado da expressão ‘dívida’. Afirmar que existem outras modalidades de dívida, que não apenas a pecuniária, e concluir que estas vedam a prisão, é dizer nada sobre a espécie de prisão proibida, mas simplesmente insistir na ideia de que a norma constitucional veda o uso de prisão civil como meio de coerção, e deste modo retirar qualquer significado da expressão ‘dívida’” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 5ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 198).

¹⁰⁷ TARUFFO, Michele. **A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos**. *Revista de Processo*. vol. 59. p. 72-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set./1990, edição eletrônica.

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 128.

prisão civil como técnica executiva revela-se possível desde que, no balanço entre os direitos em colisão, à luz da máxima da proporcionalidade, a prestação perseguida apresentar concretamente maior importância que a liberdade individual do devedor.

Seja como for, há um pensamento hegemônico na doutrina e na jurisprudência: a prisão civil não pode ser utilizada como medida coercitiva para a satisfação de *prestações pecuniárias*, ressalvada a dívida oriunda de obrigação alimentar. Dessa forma, especificamente em relação à execução por quantia certa para o recebimento de crédito *não alimentar*, existe óbice *a priori* ao emprego da prisão civil como meio de coerção.

Perceba-se que não se cogitou, até aqui, da prisão *criminal* como meio de coerção para o cumprimento de determinada prestação. As atenções se voltaram exclusivamente para a prisão *civil*. Na medida em que a Constituição Federal faz alusão apenas à impossibilidade de prisão civil por dívida, a prisão penal pela desobediência à ordem judicial (CP, art. 330) pode ser pensada como forma de indiretamente constranger ao cumprimento de obrigação?

Em seu *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, Eduardo Talamini aborda detidamente o tema da prisão criminal pela desobediência à ordem judicial e responde à preocupação de Sergio Chiarloni (exposta em *Misure coercitive e tutela dei dititti*) quanto ao processo de criminalização generalizada das obrigações privadas. Segundo Talamini, a preocupação é desarrazoada, uma vez que a capitulação da conduta ao tipo penal do art. 330 do CP ficaria por conta das hipóteses em que o devedor é posto de frente com um comando emanado de decisão com *eficácia mandamental*. Como em várias situações de direito material as medidas sub-rogatórias ainda se mostram mais indicadas, não haveria essa preocupante *generalização*¹⁰⁹.

Já se realçou no item 2.3 supra que a posição adotada na presente pesquisa é de antagonismo ao fechamento das ordens judiciais aos provimentos classicamente definidos como mandamentais. Mais ainda, entende-se que a decomposição classificatória das sentenças de repercussão física em condenatórias, executivas e mandamentais não mais se acomoda à realidade social com a qual o Direito precisa lidar. A preocupação com a tutela dos direitos mediante procedimentos adequados, efetivos e tempestivos exige a assimilação da ideia de que deve o juiz dispor dos meios capazes de assegurar a satisfação, *in concreto*, do direito ameaçado de lesão ou violado.

¹⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 306.

Se é assim, *ordens judiciais* podem ser acopladas a qualquer decisão cuja implementação reclame a transformação do mundo material. Não fica segregada ao ambiente dos provimentos mandamentais. As classicamente chamadas sentenças condenatórias podem exarar uma ordem de cumprimento, desde que os meios sub-rogatórios não se revelem adequados. O importante é que o processo civil dê conta de promover o direito material ao invés de dificultar a sua realização mediante clausura dos provimentos judiciais em categorias inadequadas.

A julgar por esse ponto de vista, poder-se-ia imaginar que a crítica de Chiarloni à criminalização generalizada das obrigações teria plena razão de ser, já que qualquer provimento jurisdicional cuja realização exija atos de repercussão física pode vir acoplada de uma ordem. Todavia, servem aqui os mesmos motivos invocados por Talamini para ilidir as preocupações do jurista italiano. A defesa do cabimento de ordens em quaisquer provimentos jurisdicionais visa senão a demonstrar que a classificação das sentenças de repercussão física em categorias distintas não é mais adequada, e que mesmo as sentenças tradicionalmente realizáveis por meio sub-rogatórios podem ser vazadas na forma de ordens. De todo modo, as decisões que impõe o pagamento de prestação em dinheiro serão concretizadas, no mais das vezes, mediante a técnica de substituição do devedor pelo Estado (sub-rogação), a minimizar o receio com a criminalização desmesurada das obrigações.

Quando a decisão judicial veicular ordem contra o devedor – pouco importa a categoria em que se enquadre na classificação tradicional quinária –, o seu descumprimento pelo destinatário pode, em tese, caracterizar crime de desobediência (CP, art. 330). Inegavelmente, a ameaça de responsabilização criminal do destinatário da ordem exerce uma pressão capaz de induzi-lo ao seu cumprimento. Assim, discorda-se respeitosamente das objeções de Sérgio Cruz Arenhart em relação à pouca força intimidadora da advertência de desobediência¹¹⁰, porque o só receio de figurar como parte em investigação ou processo criminal tende a incutir no *indivíduo comum* sério receio. Ainda que diminuto o risco de prisão em decorrência de um tal crime¹¹¹, o próprio estigma que recai sobre o infrator parece suficiente para que a medida tenha o poder de constranger.

¹¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 386-388.

¹¹¹ Trata-se de crime de potencial ofensivo, sujeito às regras da Lei 9.099/95, que vedam a prisão em flagrante (art. 69, parágrafo único) e priorizam penas alternativas à privação de liberdade (art. 62).

Diferentemente dos demais meios executivos atípicos, a ameaça de responsabilização criminal por crime de desobediência tem o peso de não admitir modulação quando deixar de surtir efeito. Em outras palavras, se o destinatário da ordem deixar de atendê-la, haverá obrigatoriamente instauração do procedimento previsto nos arts. 69 e ss. da Lei nº 9.099/95, o qual, daí em diante, não terá mais caráter coercitivo civil, mas punitivo penal. A coerção civil opera até que haja o descumprimento da ordem judicial. Outros meios executivos mantêm o caráter coercitivo civil mesmo após o descumprimento da ordem, como as *astreintes* ou a restrição da CNH, por exemplo.

De todo modo, isso não deve constituir entrave à advertência de crime como forma de constranger ao cumprimento. Veja-se o caso das *astreintes* no CPC vigente. À luz do art. 537, §1º, depois de incidente a multa vencida não pode mais ser excluída. Ainda que tenha se mostrado inefetiva como instrumento de coerção, as *astreintes* vencidas continuarão sendo exigíveis, e nem por isso perdem o caráter de medida executiva indireta. O juiz poderá substituir o meio executivo por outro, mas a multa continuará sendo exigível, sem possibilidade de perdão ou redução. Algo parecido com o crime de desobediência.

De mais a mais, o aviso de desobediência é algumas vezes utilizado como meio coercitivo de forma típica pela legislação. Basta ver, por exemplo, os arts. 403, parágrafo único, 524, §3º, 529, §1º, 536, §3º e 912, §1º, todos do CPC, art. 8º da Lei nº 4.717/65 - LAP e art. 26 da Lei nº 12.016/2009 - LMS. Se o próprio legislador o utiliza para constranger partes ou terceiros ao cumprimento de ordens judiciais, não há óbice a que o juiz, atipicamente, também o empregue.

Como se trata de providência com repercussão potencial na própria liberdade de ir e vir do sujeito, é enfaticamente recomendável que o juiz consigne claramente a advertência do crime de desobediência na decisão e no documento que materializa o seu comando. Nem se diga que a advertência é despicienda, já que a caracterização do crime depende apenas da subsunção da conduta ao tipo penal, pouco importando o prévio aviso à parte. É importante recordar que a jurisprudência vem sistematicamente reconhecendo a atipicidade do comportamento se existe sanção específica para o descumprimento da ordem¹¹². Logo, o alerta sobre a consequência do descumprimento tem o propósito de evidenciar ao destinatário que a sanção é de ordem criminal, e não qualquer outra cível.

¹¹² PENAL E PROCESSUAL. DANO QUALIFICADO. CÁRCERE PRIVADO. RESISTÊNCIA. DESOBEDIÊNCIA. INVASÃO DE PRÉDIO PÚBLICO POR GREVISTAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A DESOBEDIÊNCIA. COMINAÇÃO DE

Também em decorrência da gravidade da medida, que de coercitiva pode se convolar em punitiva criminal, é importante que, no teste da *necessidade* (das etapas operativas da máxima da proporcionalidade), sejam priorizados outros meios igualmente eficientes, porque aptos a proporcionar a meta buscada com menor restrição ao direito fundamental oposto. Assim, existindo duas alternativas executivas com a mesma eficiência, uma delas o aviso de desobediência, a máxima parcial da necessidade indicará a escolha da outra opção. A conclusão será outra se não existirem duas alternativas com a mesma eficiência, apresentando-se o aviso de desobediência como único caminho capaz de promover a tutela satisfativa.

Por fim, calha observar que a redação do art. 5º, LXVII, da CF, que veda a prisão civil por dívida, naturalmente não representa um obstáculo à advertência de desobediência, pois qualquer prisão que daí porventura resulte não terá derivado do inadimplemento da dívida, mas do descumprimento doloso da ordem legal de funcionário público.

MULTA DIÁRIA NA ORDEM JUDICIAL DE DESOCUPAÇÃO (ASTREINTES). ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO NESTE PARTICULAR. 1 - Demonstrado na denúncia, lastreada em inquérito e em prova testemunhal, que os recorrentes lideraram a invasão ao prédio público, causando danos ao imóvel, mantendo servidores presos e lá permanecendo mesmo após ordem judicial de desocupação, não há falar em inépcia, dado que os indícios de autoria estão denotados na descrição fática constante naquela peça acusatória. 2 - Existindo na ordem judicial, como ocorre no caso concreto, previsão de sanção específica para a hipótese de descumprimento (multa diária), não se configura o crime de desobediência, em razão da sua atipicidade. Precedentes desta Corte e do STF. 3 - Recurso provido em parte apenas para trancar a ação penal em relação ao crime de desobediência. (RHC 68.228/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 04/05/2016). No mesmo sentido: **HC 338.613/SC**, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017; **HC 369.082/SC**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017.

4 MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS NA EXECUÇÃO POR QUANTIA: PREMISSAS DOGMÁTICAS

4.1 Meios de indução como forma de execução. Execução direta e indireta

A inclusão das técnicas de indução no rol das medidas executivas nem sempre foi bem assimilada pela doutrina. Para alguns, não se poderia intitular execução uma forma de satisfação da obrigação que dependesse do concurso da vontade do devedor. A autêntica execução seria apenas aquela que independesse da concorrência da vontade do executado, a chamada execução direta.

Ensina Liebman, com efeito, que “[...] execução civil é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, *e sem o concurso da vontade do obrigado*, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”¹¹³. Na medida em que os meios de indução atuavam sobre o sossego psíquico do executado para impeli-lo a cumprir a decisão, não haveria aí propriamente uma forma de execução, faltando-lhe “os caracteres próprios da execução estritamente entendida”¹¹⁴.

Comumente, as formas de indução para a satisfação de créditos são tratadas como medidas de execução indireta. Mesmo quem as trata sob essa rubrica não necessariamente aceita que correspondem a formas de execução *em sentido técnico-processual*. É como pensa, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco¹¹⁵, para quem a condição indispensável para o enquadramento da ação estatal nos limites estritos da categoria execução é a atuação da vontade sancionatória mediante invasão patrimonial.

Contudo, parece difícil sustentar que não é forçado o cumprimento de uma obrigação por aquele sobre quem incide alguma medida de indução¹¹⁶. Há uma grande

¹¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 4.

¹¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 6.

¹¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 101. Ainda: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 24ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Leud, 2007. p. 53; GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 47; CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei dititti**. Milano: Giuffrè, 1980, *apud* COLESANTI, Vittorio. *Misure coercitive e tutela dei dititti*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Anno XXXV (Seconda Serie) – n. 4, p. 601-626, ottobre-dicembre 1980.

¹¹⁶ “Certamente, se la misura coercitiva indiretta ottiene il risultato di indurre il debitore del *facere* ad eseguire la sua obbligazione, nessuno può negare che essa ha ottenuto il medesimo risultato dell’*esecuzione* diretta e, sotto questo profilo, si può anche plaudire a quell’ordinamento che si avvale di questi strumenti per ottenere quel risultato” (em tradução livre: “É claro que, se a medida coercitiva indireta obtém o resultado de induzir o devedor do fazer a cumprir a sua obrigação, ninguém pode negar que obteve o mesmo resultado que a execução direta e, sob esse aspecto, pode-se também aplaudir o ordenamento que faz uso desses instrumentos para obter esse resultado”) (MANDRIOLI, Crisanto. **L’*esecuzione* specifica**

diferença entre o adimplemento espontâneo de uma obrigação, pela consciência do dever de cumpri-la ou pelo receio das sanções *contratuais*, e a sua satisfação por temor de atuarem os mecanismos de pressão psicológica ou de perderem-se os estímulos¹¹⁷. Logo, na execução por sub-rogação ou por indução, é o Estado quem, imediata ou mediatamente, promove a satisfação do direito material. A tutela jurisdicional executiva realiza-se por qualquer desses meios.

Outro cuidado precisa ser tomado. Não se deve, de jeito nenhum, confundir meio de indução (ou, mais propriamente no caso, meio de coerção) com meio de punição, pois têm eles natureza e regime jurídicos bastante distintos. No âmbito do processo civil, ambas se inserem na categoria sanções processuais. Todavia, ao passo que a sanção punitiva visa a castigar um ilícito passado, a sanção coercitiva promete um mal ao obrigado caso deixe de cumprir uma obrigação futura¹¹⁸. Um e outro se notabilizam por infligir um mal ao seu destinatário, mas as semelhanças não vão além daí.

Na feliz constatação de Eduardo Talamini, “O liame unificador de todas essas punições – civis e criminais – está no seu escopo aflitivo: pune-se como reprovação pelo ilícito, e não com o escopo primordial de obter situação equivalente a que existiria se não houvesse a violação”¹¹⁹. Portanto, a sanção punitiva tem caráter retributivo do ilícito cometido. Não almeja restabelecer o *status quo*. De outro lado, as sanções coercitivas, no processo civil irmanadas com as chamadas tutela específica do direito ou obtenção do resultado prático equivalente, buscam prevenir o ilícito ou restabelecer o quanto possível o estado anterior.

Ademais, sanções punitivas dependem de prévia cominação legal. É impensável, ao menos nos dias de hoje, que o direito sancionador trabalhe com tipos elásticos. É verdade que as sanções processuais civis muitas vezes são constituídas a partir de conceitos fluidos relativamente ao ato reprovável. Os incisos do art. 77 do CPC/15, por exemplo¹²⁰, ao relacionar os deveres processuais das partes, utiliza-se de expressões como

dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Anno XXX (Seconda Serie), p. 9-36, Anno 1975. p. 14).

¹¹⁷ MEDIDA, José Miguel Garcia. **Execução.** 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 46.

¹¹⁸ DOTTI, Rogéria. **Sanções processuais, efetividade e contraditório.** In: DOTTI, René Ariel; DOTTI, Rogéria (coord. geral); ZARDO, Francisco (coord.). *Temas de direito sancionador*, p. 307-329. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 319)

¹¹⁹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 179.

¹²⁰ A menção ao art. 77 é exemplificativa, pois existem outros artigos ao longo do CPC que se dedicam a reprimir condutas atentatórias à dignidade da justiça ou processualmente desleais, como os artigos 80, 142, 536, §3º e 774.

“pretensão ou defesa destituídas de fundamento” (inciso II) ou “não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito (inciso III)”. Portanto, há uma fluidez semântica nos termos empregados. Mas a consequência da violação é sempre certa, embora o juiz normalmente tenha de dosar o *quantum* da pena (o que ocorre também com as sanções penais, sem que percam, com isso, o caráter da tipicidade).

Sanções coercitivas, ao contrário, nem sempre se encontram predeterminadas na lei¹²¹. Muitas vezes são atípicas, já que é o panorama do caso que desvelará a providência de indução ou coerção apta a contribuir para o cumprimento da obrigação. A modelagem segundo o caso é um dos grandes alicerces para o triunfo dessa espécie sancionatória. Se não tem sentido algum falar em ajuste da sanção punitiva segundo o caso, porque incide ela para reprimir ato pretérito, o mesmo não pode ser dito em relação às sanções coercitivas, as quais operam para o futuro objetivando constranger o devedor a honrar a sua obrigação e funcionam engrenadas pela lógica da tentativa, erro e acerto.

Um dado sintomático de que as sanções punitivas e as coercitivas têm natureza e tratamento jurídico distintos na lei processual é a decomposição em dois incisos do art. 139 do CPC dos poderes do juiz de “reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça” (inciso III) e de “determinar todas as medidas ... coercitivas ... necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial (inciso IV). Fossem a mesma coisa e as previsões estariam condensadas em um único inciso¹²². Todavia, como se trata de coisas diversas, mereceram abordagem individualizada.

4.2 Responsabilidade patrimonial e responsabilidade pessoal. Restrição a direitos: *tertium genus*?

¹²¹ “Mas é preciso não confundir as coações indiretas com as sanções à litigância de má-fé ou com os atos atentatórios à dignidade da justiça, de índole eminentemente punitiva. O caráter sancionador das medidas para induzir o cumprimento de deveres processuais, exige tipicidade, sob a égide dos dispositivos que as contemplam, relativos à litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da justiça. As coações indiretas, ao contrário, são predispostas para que a intimidação sobre a vontade do devedor por elas gerada, o motive a satisfazer a prestação, independentemente da adoção dos meios sub-rogatórios do respectivo procedimento legal. Podem ser atípicas, mas devem respeitar determinados pressupostos” (GRECO, Leonardo. **Coações indiretas na execução pecuniária**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 395-420. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 411-412).

¹²² MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao *non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 155.

A responsabilidade patrimonial ou executiva, tratada pela maioria como um princípio da execução civil, consubstancia-se pela *sujeição*¹²³ do patrimônio de alguém – do devedor ou do responsável – à excussão para fins de satisfação do credor.

Apoiados nos ensinamentos de Humberto Theodoro Junior, importantes processualistas lecionam que, ao contrário do que ocorria em tempos primitivos, a execução sempre recai sobre o patrimônio do devedor. Para eles, mesmo quando realizada mediante mecanismos de pressão psicológica, não há uma relação direta entre o meio de indução e o adimplemento da obrigação. O mecanismo de indução atua exatamente para provocar a satisfação da dívida por intermédio do patrimônio do devedor. Sentindo-se desestimulado ao inadimplemento ou estimulado ao adimplemento, o executado recorre ao seu patrimônio para satisfazer o débito¹²⁴.

No entanto, a melhor compreensão do princípio da responsabilidade patrimonial parece ser aquela que a limita aos atos constritivos incidentes diretamente sobre os bens do devedor. A pressão psicológica articulada para descortinar o patrimônio do devedor não se enquadra em tal categoria. Sem dúvida, o direito ocidental atual não se compraz com técnicas de execução que atuam sobre o corpo (físico) do devedor¹²⁵, sujeitando-o à escravidão como forma de pagamento, por exemplo. Contudo, é perfeitamente possível que incidam restrições sobre direitos do obrigado, inclusive sobre direitos fundamentais, para forçá-lo ao cumprimento do devido. Nesses casos, na medida em que a restrição recai sobre direitos do executado, e não imediatamente sobre o seu patrimônio, o conceito

¹²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 244.

¹²⁴ “Ao contrário da execução nos ordenamentos jurídicos primitivos, que era essencialmente execução pessoal, contra a pessoa do obrigado, nos sistemas modernos a execução é fundamentalmente real, incidindo sobre o patrimônio, e não sobre a pessoa do devedor, salvas as hipóteses raras em que a lei se utiliza de expedientes técnicos voltados contra a pessoa do devedor, como acontece entre nós com a dívida alimentar, que pode acarretar a prisão do devedor de alimentos (art. 733, §1º, do CPC), como meio de forçá-lo ao cumprimento da obrigação. Nesta hipótese, no entanto, não se estaria em presença de uma autêntica execução contra a pessoa do obrigado, de vez que a solução do débito dar-se-ia através de cumprimento voluntário, e não por meio de execução forçada (H. THEODORO JR., Processo de execução, p. 146). O objeto da execução, portanto, não é a pessoa do devedor, e sim os seus bens, compreendido este conceito em seu sentido mais amplo, como qualquer valor jurídico capaz de ser transferido do patrimônio do obrigado para o patrimônio do credor, para satisfação do direito de crédito” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 69-70). No mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1652.

¹²⁵ Leciona CHIARLONI, citando Menestrina (*Accessione nell'esecuzione*, rist. Milano, 1962, p. 208, recordato da Chiarloni, p. 250), que “[...] com la progressiva sostituzione dell'esecuzione diretta per surrogazione all'esecuzione indiretta sulla persona, ‘la storia dell'esecuzione si fa storia della civiltà umana’” (CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Giuffrè, 1980, *apud* COLESANTI, Vittorio. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Anno XXXV (Seconda Serie) – n. 4, p. 601-626, ottobre-dicembre 1980. p. 604-605).

de responsabilidade pessoal soa tecnicamente mais escorreito, ainda que, ao fim e ao cabo, a satisfação da dívida ocorra com os bens corpóreos ou incorpóreos da pessoa.

Por isso, revela-se mais precisa a lição segundo a qual na ordem processual brasileira concorrem as responsabilidades patrimonial e pessoal, predominando a primeira nas obrigações de pagamento de soma em dinheiro e de entrega de coisa, fundadas em título executivo judicial ou extrajudicial, e nas obrigações de fazer e não fazer, fundadas em título extrajudicial, ao passo que a segunda prepondera nas obrigações de fazer e não fazer ancoradas em títulos judiciais¹²⁶. Dessa forma, na execução indireta a responsabilidade patrimonial tem menor importância¹²⁷.

É desnecessária a criação de uma terceira categoria de responsabilidade motivada pelo escopo de enquadrar as formas de execução que se operaram restringindo direitos do obrigado. Também quando incide sobre a vontade do obrigado, pressionando-o a algo, a execução está imprimindo força contra a pessoa, e não diretamente contra o patrimônio. Malgrado não incida sobre o corpo físico, mediante atos de violência ou de privação de liberdade (ressalvado o caso da prisão civil do devedor de alimentos), atua premindo o seu desígnio, que, inequivocamente, integra a estrutura fisiopsíquica do sujeito. Por isso, a consagrada dicotomia responsabilidade patrimonial e pessoal dá conta de agrupar as categorias sobre as quais milita a execução.

A legislação processual conferiu importante espaço ao trato da responsabilidade patrimonial, dedicando-lhe oito artigos. Mas o art. 789 do CPC/15¹²⁸, norma de abertura do capítulo atinente ao tema, não é indene a críticas.

¹²⁶ “[...] pode-se dizer que o sistema nacional – inclusive o atual – convive com dois princípios a respeito da responsabilidade em tema de execução. Para a efetivação de prestações que importem o pagamento de soma em dinheiro, prevalece (embora não de modo exclusivo) a ideia da responsabilidade patrimonial, de modo que, como afirma o art. 824, do CPC, ‘a execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas execuções especiais’. Já para prestações que tratem de fazer, não fazer e entregar coisa, é possível dizer que prevalece a responsabilidade pessoal, para prestações fundadas em títulos judiciais, e a responsabilidade patrimonial, para as prestações fundadas em títulos extrajudiciais” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2. p. 714).

¹²⁷ “O art. 591 [do CPC/73] é regra fundamental, porque contempla várias proposições normativas autônomas. Inicialmente, estabelece que o devedor responde com seu patrimônio para o cumprimento da obrigação. É o princípio da responsabilidade patrimonial, originário do direito francês e que, no texto em vigor, corresponde à matriz italiana. Ele se aplica às execuções sub-rogatórias. Na execução indireta, toda ela baseada em mecanismos de pressão psicológica, decresce sua importância” (ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1363).

¹²⁸ Aparentemente, a redação do art. 789 do CPC/15, similar à do revogado art. 591 do CPC/73, teve inspiração no art. 2.740 do Código Civil italiano de 1.942, à luz do qual “Il debitore risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilita’ non sono amesse se non nei casi stabiliti dalla legge”.

Em primeiro lugar, ao afirmar que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações”, dá-se a impressão de que os bens existentes ao tempo do nascimento da obrigação ficariam congelados para satisfazê-la em caso de eventual inadimplemento, o que, obviamente, não acontece¹²⁹. Os bens do devedor permanecem livres para circulação mesmo após o inadimplemento da obrigação, ressalvadas, naturalmente, as hipóteses de desfazimento patrimonial malicioso para fraudar credores.

Outra imprecisão do art. 789 é a referência à responsabilidade do devedor com todos os bens. Como perspicazmente constatado por Ovídio Baptista, “[...] o paradigma teórico a que a doutrina e a própria lei se dirigem quando tratam do processo executivo é invariavelmente a execução por *crédito monetário*, que se torna efetiva extraindo-se do patrimônio do devedor o numerário suficiente ao pagamento do credor”¹³⁰. Se a alusão a todos os bens faz sentido na execução por quantia, tem ela pouco significado nas execuções para entrega de coisa, quando a responsabilidade do devedor é patrimonial, mas direcionada a bem certo e determinado (o bem a ser entregue). Em tal ambiente, não se persegue a satisfação da obrigação com qualquer bem do patrimônio do devedor, mas com aquele específico cuja entrega se pretende.

Indo adiante, o direito processual civil abebera-se das categorias de direito material débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*)¹³¹ para admitir que os bens de pessoas originalmente não vinculadas à obrigação – e, pois, ao débito – respondam por sua satisfação (responsabilidade sem débito). Muitas vezes, o responsável passa a inclusive integrar o polo passivo da execução, embora seu nome não conste do título constitutivo da obrigação. Quando isso acontece, o responsável, terceiro em relação à obrigação primeva, não pode ser intitulado terceiro relativamente ao processo judicial, porque o compõe como parte. Não se trata de informação de somenos importância, uma vez que, como parte, se defende na execução mediante embargos do devedor, e como terceiro deve opor embargos de terceiro.

¹²⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 70-71.

¹³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 71.

¹³¹ Para uma análise mais detida do tema, ver: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; JUSCELINO, Cristhiane Bessas. **Débito e responsabilidade**. *Revista de Processo*. vol. 287. p. 231-250. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2019.

O fenômeno inverso também pode ocorrer. É perfeitamente possível falar-se de débito sem responsabilidade, como, por exemplo, nas obrigações naturais (CC, art. 814) ou na execução hipotecária de terceiro garantidor da obrigação¹³². São hipóteses nas quais a dívida não é exigível, mas, uma vez paga voluntariamente, não pode ser recobrada, ou em que aquele cujo patrimônio foi atingido pela execução ostenta mera posição de garante na obrigação.

Por fim, não se pode deixar de aludir à existência de limites à responsabilidade patrimonial. A ressalva contida na parte final do art. 789 do CPC (“... salvo as restrições estabelecidas em lei”) tem o propósito de blindar certos bens da execução. A ela não estão sujeitos “os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis” (CPC, art. 832).

A inalienabilidade decorre não apenas de lei – como no caso dos bens públicos de uso comum e os de uso especial (CC, art. 100) –, mas também de cláusula aposta em pacto antenupcial, doação, herança ou legado (CC, arts. 979, 1.848 e 1.911). Legal ou convencional, a inalienabilidade impede a incidência da responsabilidade patrimonial sobre o bem específico. Destaque-se, aliás, que os bens gravados com cláusula de inalienabilidade são impenhoráveis por força do estatuído no art. 1.911 do CC, consequência evidente do fato de que a penhora visa, em última análise, à alienação do bem.

De outro lado, os casos de impenhorabilidade encontram-se elencados no art. 833 do CPC/15 e em leis especiais, a exemplo da Lei nº 8.009/90. A justificativa para as regras de impenhorabilidade está associada à preservação de um mínimo indispensável para a sobrevivência digna do devedor¹³³. Ponderou o legislador que entre o direito de crédito (aspecto do direito de propriedade) e o direito à dignidade do devedor, o segundo deve ter predominância. De toda forma, se o substrato da impenhorabilidade é a dignidade do executado, o Superior Tribunal de Justiça já assentou que a blindagem pode ser superada se deixou de estar a serviço desse valor jurídico¹³⁴.

¹³² Os exemplos são de ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 72.

¹³³ “A *impenhorabilidade* de certos bens é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva. É técnica processual que limita a atividade executiva e que se justifica como meio de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo⁶ e a função social da empresa. São regras que compõem o devido processo legal, servindo como limitações políticas à execução forçada” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades**. *Revista de Processo*. vol. 174. p. 30-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2009, edição eletrônica).

¹³⁴ “A impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. tem por fundamento a proteção à dignidade do devedor, com a manutenção do mínimo existencial e de um padrão de vida digno em favor de si e de seus dependentes. Por outro lado, o credor tem direito ao recebimento de tutela jurisdicional capaz de dar efetividade, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais. O processo civil em

4.3 Execução de resultado mediante seleção do meio menos oneroso

Muito embora a execução se realize no interesse do exequente (CPC/15, art. 797), orientando-se pelo princípio do resultado, não deve ela convolar-se em instrumento de subjugo indevido do executado, muito menos em instrumento de vindita. O compromisso da execução é com a realização do crédito, jamais com o massacre do inadimplente. Sempre que a satisfação do crédito puder ser promovida com o menor sacrifício do devedor, essa deve ser a escolha (CPC/15, art. 805).

Evidentemente, a escolha pelo meio menos gravoso pressupõe mais de uma alternativa à disposição do credor. Se houver apenas um meio executivo viável, a regra do art. 805 não tem incidência. Mais ainda, as alternativas existentes devem gozar do mesmo grau de eficácia¹³⁵, na medida em que nos extremos entre o princípio do resultado e o do menor sacrifício predomina o primeiro. Logo, se houver duas alternativas executivas para a satisfação do crédito, uma mais eficiente que a outra, desaparece para o devedor o direito de ser executado do modo menos gravoso¹³⁶.

Justamente porque a execução realiza-se no interesse do exequente, incumbe ao devedor, caso alegue a existência de meio menos oneroso, indicá-lo precisamente. Trata-se de regra constante não apenas do parágrafo único do art. 805, mas também do art. 847 do CPC/15. Segundo este último artigo, “O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias

geral, nele incluída a execução civil, é orientado pela boa-fé que deve reger o comportamento dos sujeitos processuais. Embora o executado tenha o direito de não sofrer atos executivos que importem violação à sua dignidade e à de sua família, não lhe é dado abusar dessa diretriz com o fim de impedir injustificadamente a efetivação do direito material do exequente. Só se revela necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes. A regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família”. (EREsp 1582475/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2018, DJe 16/10/2018)

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2. p. 714.

¹³⁶ Em estudo sobre o arresto *on line* na perspectiva do princípio da menor onerosidade da execução, observam Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa e Camila D’Oliveira Ale: “[...] as bastantes atuais decisões que, valendo-se do art. 620 do diploma processual [CPC/73], impedem o acesso do credor/exequente a diversas técnicas executivas, muitas das quais predispostas expressamente na legislação, como é o caso da penhora on-line trazida pelo art. 655-A do CPC. Pior! Invertem a lógica da tutela executiva, impondo ao credor – então titular do direito insatisfeito – um processo (caminho à realização do seu crédito) mais oneroso do que aquele dispensado pelo legislador. Ora, se o juiz, numa situação concreta, determina que a execução se dê pelo modo menos gravoso para o *devedor*, ele estará determinando uma solução que será, invariavelmente, mais gravosa para o *credor*. E isso não se pode negar” (BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; ALE, Camila D’Oliveira. **O arresto on-line e o princípio da execução menos gravosa para o credor**. *Revista de Processo*. vol. 234. ano 39. p. 119-141. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2014, p. 131.

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”.

A conjugação dos artigos acima mencionados evidencia que a execução é uma técnica processual a serviço da tutela efetiva dos direitos carentes de satisfação. Respeitados os limites subjetivos e objetivos de qualquer execução, a meta é a realização do direito do credor¹³⁷, que precisa ser enxergado como vítima da inadimplência, e não como algoz do devedor. O credor alijado do seu crédito também suporta as agruras da privação, agravadas pela circunstância de que perde duas vezes: perde o bem ou serviço entregue em troca do crédito e o próprio crédito inadimplido.

É por isso que o princípio da menor onerosidade precisa ser interpretado com cuidado para não subverter o propósito da execução e não impingir ao exequente uma terceira desvantagem. Não tem nenhum sentido que o credor, já privado da prestação honrada e do crédito desonrado, tenha ainda de encarar uma execução que se oriente pela proteção do devedor em detrimento da realização do crédito. Seria um total contrassenso.

4.4 Execução civil e boa-fé objetiva. O dever de cooperação do executado

Durante muito tempo o processo civil foi enxergado como uma arena de embate na qual os contendores eram postos diante de alguns limites legais e poucos limites éticos. Ou a lei encampava as restrições de ordem moral, ou elas não existiam. Desde que a lei não o reprimisse (pense-se no caso da proibição do uso de provas ilícitas), o processo mantinha-se indiferente a preocupações com o abuso de posições jurídico-processuais, com a prática de comportamentos contraditórios ou com o aproveitamento de nulidades pela parte que as provocou, por exemplo. Os condutores morais que orientavam as relações sociais raramente superavam os filtros que pretendiam preservar a pureza científica do processo e mantê-lo distante de elementos valorativos¹³⁸.

¹³⁷ “A execução por quantia certa deve ser voltada para a satisfação do crédito, para a tutela do crédito. Um processo de execução por quantia certa não é justo (*fair trial, giusto processo, procès équitable*), se não estiver voltado para a tutela do crédito. A atividade executiva no processo e o processo de execução somente atenderão ao processo justo se aderirem à premissa de estarem voltados para a tutela do crédito” (ZANETI JR, Hermes. **Comentários ao código de processo civil: artigos 824 ao 925**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). Coleção comentários ao código de processo civil. v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 37).

¹³⁸ “Dizia-se que a missão do juiz seria a efetivação das leis substanciais, não lhe competindo o juízo do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Sentenças injustas seriam o fruto de leis injustas e a responsabilidade por essa injustiça seria do legislador, não do juiz. Mas o juiz moderno tem solene compromisso com a justiça. Não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à descoberta de fatos relevantes e correta interpretação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a

Entretanto, o desenvolvimento da ciência jurídica em geral e da ciência processual em particular evidenciou que até mesmo o cenário conflituoso do processo contencioso deveria curvar-se a certos compromissos éticos sem os quais as partes, o juiz e todos aqueles que participam do processo teriam de aceitar debilmente condutas repulsivas. Seria uma insensatez que justamente o espaço no qual se busca a realização de justiça fosse tolerante à prática de chicanas, ao exercício abusivo ou desleal de faculdades¹³⁹.

Portanto, o processo civil brasileiro é orientado por um dever objetivo de boa-fé, à luz do qual seus participantes devem “se comportar de modo aderente à realidade e capaz de despertar a confiança no tráfego processual”¹⁴⁰. A boa-fé objetiva consubstancia – como, de resto, já consubstanciava ao tempo do revogado CPC/73 (art. 14, II) – uma *cláusula geral processual* (CPC/15, art. 5º). Comportamentos dissonantes do dever de boa-fé, de tão variados, não caberiam nas paredes duras de um rol taxativo. Daí o acerto da opção por uma cláusula geral colmatável caso a caso.

Do dever de boa-fé objetiva decorre outro, agora enunciado no art. 6º do CPC/15: o dever de cooperação processual. Segundo ele, os participantes do processo devem promover uma relação angular cooperativa com o juiz em ordem a que o litígio seja resolvido em tempo razoável e ocorra uma efetiva satisfação da pretensão de direito material. Veja-se que a cooperação esperada não é das partes entre si, mas delas com juiz e do juiz com elas¹⁴¹. Beira a ingenuidade imaginar que as partes, que sustentam pretensões antagônicas, vão colaborar entre si para o êxito da outra, ao menos no estágio de desenvolvimento cultural brasileiro. O mesmo não se pode dizer quando se pensa na relação entre cada uma das partes e o juiz.

solução que realmente realize o escopo de fazer justiça” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. v. I. p. 61).

¹³⁹ A propósito do tema, ver: CABRAL, Antonio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. *Revista de processo*. vol. 30, n. 126. p. 59-81. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2005.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil: artigos 1º ao 69**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção comentários ao código de processo civil*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 142.

¹⁴¹ “[...] a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das partes para com o juiz no processo civil” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil: artigos 1º ao 69**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção comentários ao código de processo civil*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 151-152)

Na perspectiva do juiz em relação às partes, o dever de cooperação tem sido decomposto nos deveres de *esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio*¹⁴². Sinteticamente, pelo dever de esclarecimento, cabe ao juiz sanar com as partes as dúvidas sobre pretensões formuladas ou encaminhamentos processuais pretendidos, preparando o processo para uma solução mais pronta e efetiva. Por sua vez, o dever de diálogo impõe ao juiz recorra ao debate processual com as partes de modo a construir uma decisão judicial mais democrática e participativa. O dever de prevenção estabelece a exigência de que o juiz alerte os sujeitos processuais a respeito de ações e caminhos equivocados, que impeçam o exame do mérito. Finalmente, pelo dever de auxílio o órgão judicial dá um passo adiante do dever de prevenção e assume a tarefa de colaborar com as partes para o vencimento dos obstáculos que porventura embaracem a tutela do direito.

Com essa configuração, o processo civil migra para um modelo mais solidário e cooperativo, ganhando um arranjo no qual partes e juízes concorrem para uma solução em tempo razoável e que não se revele descolada da realidade. Uma solução passível de concretização, e não apenas enunciativa de um comando ineficaz.

Do ponto de vista das partes, existem várias regras ao longo do código fixando deveres de contribuição. Para ficar em apenas um exemplo – dentre tantos possíveis –, os incisos do art. 77 do CPC/15 relacionam diversas situações nas quais se direcionam às partes (e também a todos aqueles que participam do processo) expectativa de condutas cooperativas.

Se há um universo no qual as condutas processualmente ímprobas descortinam-se bastante sensíveis, quando não perturbadoras, esse universo é o das execuções. Uma vez que o processo executivo (ou fase de execução/cumprimento) lida com a satisfação de direitos já considerados certos, líquidos e exigíveis, o comportamento do obrigado resistente à sua realização é reprimido em capítulo próprio da legislação processual civil, sob a rubrica de *conduta atentatória à dignidade da justiça*. O art. 774 do CPC/15 contém um catálogo de comportamentos que correspondem a atos não cooperativos.

Obviamente, a exigência de conduta cooperativa no processo executivo não está adstrita ao catálogo do art. 774. Outras disposições materializam o dever de cooperação (CPC/15, arts. 772, I e III, 792, 805, *caput* e parágrafo único, 828, §2º, 847, entre outros). Mais do que isso, a regra do art. 6º do CPC/15 instituiu uma cláusula geral de cooperação no processo civil, que se aplica, indubitavelmente, também à execução. Logo, o dever de

¹⁴² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 84-85.

cooperação deve nortear a conduta das partes ao longo de toda a execução, e não apenas nos momentos em que a lei sinaliza tipicamente a necessidade de um dado comportamento.

Aliás, o descompromisso do devedor com um comportamento cooperativo pode justificar – e já tem justificado (vide itens 6.3 e 6.4 *infra*) – a antevisão da inefetividade da adoção de medidas sub-rogatórias típicas na execução, autorizando o emprego, *prima facie*, de mecanismos sub-rogatórios ou indutivos atípicos. É dizer, a conduta desleal do executado pode pesar decisivamente no processo ponderativo e justificar a prematura seleção de mecanismos coercitivos, como a restrição do direito de dirigir, do direito a comprar mediante cartão de crédito, do direito a viajar ao exterior etc.

4.5 Tipicidade e atipicidade dos meios executivos

A escolha por um sistema ou outro toma em conta os valores que se almeja enaltecer ou preservar. E as codificações processuais brasileiras tiveram forte influência da construção dogmática que se erguia após as revoluções liberais, sobretudo na Europa continental.

No período pós-revolucionário, desejava-se o máximo distanciamento do Estado das relações privadas; a plena liberdade para o funcionamento da economia de mercado. Via-se o Estado com desconfiança, e as autoridades judiciárias não escapavam da suspeita pública. Era necessário, enfim, limitar os poderes do Estado e, a reboque, dos juízes¹⁴³. Tanto melhor se os juízes se ativessem a declarar o direito positivado, não desenvolvendo qualquer atividade criativa na aplicação das leis. Garantia-se, assim, a *previsibilidade* das decisões e a *segurança jurídica* necessária para o desenvolvimento dos negócios.

Naquele galope de ressignificação de valores históricos – verdadeiro projeto de ruptura com o sistema absolutista até então vigente –, não reuniam os juízes as funções de julgar e de executar. Os juízes declaravam o direito, constituíam, quando o caso, o

¹⁴³ “[...] a busca de *certeza do direito*, como ideal do racionalismo, exacerbada pela desconfiança com que a Revolução Européia encarava a magistratura, em virtude de seus compromissos com o *Ancien Régime*, que conduziu à era das grandes codificações do direito europeu, acabaram criando um *sistema burocrático* de organização judiciária que, por sua vez, contribuiu igualmente para a assimilação da função judicial à carreira de um funcionário público comum, rigorosamente submetido ao controle tanto das cortes judiciárias superiores quanto, especialmente, dos órgãos do Governo (Vittorio Denti. *Un progetto per la giustizia civile*, 1982, p. 99)” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 103); Também: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Processo e constituição – parte I**. *Revista de Processo*. vol. 281/2018. p. 19-43. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2018, edição eletrônica.

título executivo, mas não dispunham do poder de concretizá-lo. Cabia essa função ao Poder Executivo¹⁴⁴. E, mesmo assim, sequer se cogitava do emprego de outros meios para a satisfação das obrigações que não os sub-rogatórios. Não se ventilava da responsabilidade pessoal do condenado, do constrangimento da sua vontade com o desiderato de obter a tutela específica da obrigação. Tudo se convertia em pecúnia, porque o dinheiro – dizia-se – igualava a todos em tratamento.

Tamanha era a preocupação com a ingerência do Estado na liberdade individual das pessoas e tão grande a disposição pela previdência dos atos oficiais que as formas de execução eram senão aquelas previamente listadas em lei (princípio da tipicidade das formas executivas). Não se cogitava da redação de tipos abertos quanto à forma de execução, na medida em que a ideologia liberal repugnava ações surpresas do Estado contra o indivíduo e o seu patrimônio.

A caminhada do tempo revelou as vicissitudes de um modelo de Estado absolutamente não intervencionista. Livres para explorar o mercado em seu enorme potencial, fizeram-no implacavelmente os donos do capital, a ponto de evidenciar a fraqueza do princípio da igualdade encarado sob um viés puramente formal. O desequilíbrio das posições sociais gerava novos tipos de tensões, agora horizontalizadas (dos particulares entre si), e não mais verticalizadas (entre particulares e o poder). Era necessária uma tomada de posição pelo Estado.

O Estado precisava reaproximar-se dos administrados para reequilibrar as relações em rota da colisão. Tinha de mitigar as desigualdades substanciais, realizando concretamente as proclamações de isonomia. Daí que de inimigo público tornou-se parceiro; de opressor virou colaborador. E essa nova face paulatinamente suavizou a cisma em torno da (in)capacidade de o Estado orientar a sua atuação política visando ao incremento de valores outrora considerados extravagantes¹⁴⁵. Naturalmente, houve também uma importante guinada na forma de olhar-se o direito e no comportamento da ciência processual, com notáveis reflexos na codificação brasileira.

¹⁴⁴ Perpassando o tema em obra dedicada à análise da coisa julgada inconstitucional à luz do Direito Português, expôs Paulo Otero: “A Administração aceita, como princípio geral, que seja fiscalizada na sua actividade por um sistema de órgãos que podem anular as suas decisões violadoras de direitos dos administrados, continuando a própria Administração, por outro lado, a deter o poder de execução das sentenças judiciais. Neste sentido, a subordinação da Administração à legalidade e, em caso de violação, o acatamento das decisões judiciais constituem verdadeiros milagres para quem continua, apesar de tudo, titular dos meios coercitivos que permitem a execução dessas mesmas sentenças” (OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993. p. 24).

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 29-31.

A adoção do modelo social de Estado (responsável pela promoção de direitos, e não apenas pela limitação de poderes), o processo de constitucionalização do direito (com o conseqüente trabalho de alinhamento das regras infraconstitucionais aos princípios constitucionais, cujos textos gozam de grande vagueza semântica) e a compreensão de que a complexidade das novas relações sociais não cabia em moldes preestabelecidos exaustivamente pelo legislador (participação do juiz na elaboração da solução jurídica dos litígios) implicaram a criação de espaços normativos híbridos, passando a conviver regramentos taxativos e arquétipos legais meramente balizadores (modelos abertos)¹⁴⁶.

Em resumo, modelos de Estado que se inspiram nos valores previsibilidade e segurança, exaltando a liberdade e a autonomia privadas, tendem a estruturar-se a partir de regras menos flexíveis, confiando a regência das relações a produtos criados pelo Legislativo. Por outro lado, Estados tonificados pelo discurso social, premidos pelas múltiplas necessidades do seu povo a construir soluções mais rápidas e diversificadas, destoantes do tempo do processo legislativo, amiúde adotam sistemas mistos quanto à volatilidade das normas.

A execução é um campo no qual tais opções legislativas ganham notoriedade. Na medida em que ela opera agressivamente sobre direitos do devedor, vulnerando mais claramente a sua liberdade e autonomia, é ainda mais fácil perceber as preocupações do Estado a partir do modo como regula o processo executivo. É na execução que o direito sai do papel e repercute na realidade, tornando-se sensível. Destarte, se há um nicho onde o conservadorismo legislativo tem interesse em buscar abrigo é nela.

No direito processual civil brasileiro pós-moderno, a execução civil, até então fechada no modelo de regras cerradas, recebeu o primeiro tempero de atipicidade com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990. O seu art. 84, §5º autorizou o juiz a determinar as *medidas necessárias* para a concessão da tutela específica ou a

¹⁴⁶ “Enquanto o século XIX supunha que o Direito estivesse contido na Lei, nossa época perdeu essa ilusão, compreendendo que a lei, enquanto *texto*, é apenas uma precária expressão da *norma*, freqüentemente mal concebida, que o juiz tem de interpretar e aplicar no caso concreto. Norma – não devemos esquecer – cujo *sentido* modifica-se com as inevitáveis transformações políticas e sociais. Essa transformação *paradigmática* vem alimentando a chamada crise do Poder Judiciário. As crises, porém, manifestam-se como crises epistemológicas. A fragilidade e a conseqüente confusão conceituais são os primeiros sintomas de uma crise *paradigmática*. Isto explica o expediente de que se vem servindo o legislador ao valer-se de *conceitos indeterminados*, como forma de transferir ao Poder Judiciário a tarefa de complementação do sentido da norma, naturalmente com o inevitável aprofundamento dos dissídios jurisprudenciais. É compreensível, portanto, que estejamos expostos às oscilações, cada vez mais acentuadas, da jurisprudência” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da função à estrutura**. *Revista de Processo*. vol. 158. p. 9-19. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2008, edição eletrônica).

obtenção do resultado prático equivalente no ambiente do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer no mercado de consumo. Até esse momento, a opção por textos legais semanticamente fluidos limitava-se à legislação especial.

Foi então que, em 1994, com a edição da Lei nº 8.952/94, que alterou a redação do art. 461 do CPC/73, os meios atípicos de execução apareceram pela primeira vez em uma codificação processual civil geral. A nova redação do art. 461 do CPC/73, similar à do art. 84 do CDC, passou a permitir a utilização dos meios necessários para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente nas obrigações de fazer e não fazer. A abertura para a escolha dos meios necessários inaugurou a possibilidade da solução judicial adequada ao caso.

Em 2002, a Lei nº 10.444/2002 estendeu a previsão dos meios atípicos de execução às obrigações de entregar coisa, por força da inclusão do art. 461-A no CPC/73, cujo §3º reportava-se às regras do art. 461, acima vistas. Por essa mesma reforma processual, instituiu-se a atipicidade das medidas de efetivação da tutela antecipada (art. 273, §3º). E, *ontologicamente*, medidas de efetivação e de execução têm raízes comuns e buscam a satisfação do direito.

As regras atinentes à atipicidade dos meios de execução nas prestações de fazer, não fazer e entregar coisa foram mantidas no CPC/15 (arts. 536, §1º e 538, §3º) e, no capítulo dedicado aos poderes, deveres e responsabilidade do juiz, houve a inserção da regra geral de atipicidade dos meios executivos, compreendendo, agora, as ações que tenham por objeto prestações pecuniárias (art. 139, IV).

A simbiose entre formas típicas e atípicas de execução é o caminho natural nos modelos de Estado de cariz social, como o brasileiro. Essa vertente de pensamento político-ideológica tem o Estado na sua base aliada e com ele conta para o incremento de políticas essenciais para a boa convivência em sociedade. Para isso, o Estado precisa ser instrumentalizado de modo a incrementar as prestações prometidas pela Constituição. Por sua vez, os instrumentos postos à disposição do Estado-jurisdição devem ser efetivamente adequados para o incremento das promessas constitucionais. E adequação a todas as necessidades do direito material é expressão que não se coaduna com tipos legislativos cerâmicos¹⁴⁷.

¹⁴⁷ “[...] o julgador, observando que o procedimento construído abstratamente pelo legislador é inadequado à tutela efetiva do direito material ou da parte, deve se valer da razoabilidade, e voltando-se para a justiça do caso em concreto, há de providenciar a variação ritual para adequação do procedimento às especificidades da causa. Afinal, a razoabilidade (ou proporcionalidade) – decorrência clara, necessária e lógica do devido processo legal material – é método de interpretação do direito (e não princípio como dizem

Finalmente, é importante consignar que a noção de atipicidade dos meios executivos também se emprega nas situações em que se toma de empréstimo medidas tipicamente previstas em leis especiais para situações nelas não enquadráveis. Assim, por exemplo, quando o juiz defere *na execução geral* a medida sub-rogatória de intervenção na empresa, prevista como meio executivo típico no direito concorrencial (Lei nº 12.529/2011, art. 96), estará ela incidindo como *meio atípico* no caso, já que o Código de Processo Civil não a prevê como forma nominada de execução.

4.6 Meios de indução e os seus “lugares” na execução civil

Há espaços nos quais as formas de execução por sub-rogação têm maior chance de promover a satisfação do direito e ambientes nos quais as medidas indutivas revelam-se mais apropriadas. É a natureza da obrigação de direito material que vai definir o meio executivo *usualmente* mais adequado para a tutela executiva, embora inexista hierarquia entre formas de execução, que podem, até mesmo, concorrer para a satisfação do direito ou se inverter em prioridade.

4.6.1 Meios de indução e o seu “lugar habitual”

No âmbito das *obrigações de fazer materializadas em títulos judiciais*, prioriza a lei a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente (CPC, arts. 497). A conversão da obrigação em perdas e danos ocorre apenas a pedido do autor ou quando impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente (CPC, art. 499). Para o incremento das formas prioritárias de tutela, confere-se ao juiz ampla gama de poderes que envolvem medidas sub-rogatórias e indutivas típicas ou atípicas (CPC, art. 536, §1º). O propósito é que disponha de instrumentos efetivos para prover a realização integral do direito do modo mais próximo possível do que o adimplemento espontâneo geraria.

alguns) que ‘torna possível a justiça do caso concreto, flexibilizando-se a rigidez das disposições normativas abstratas’. E se as disposições normativas que impedem a justiça do caso em concreto são procedimentais, nada impede que se adaptem em favor da garantia constitucional de um processo justo” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)**. São Paulo, 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, p. 118)

Quando a obrigação de fazer *não gozar de caráter personalíssimo e puder realizar-se por terceiro*, os meios de sub-rogação não raro se demonstrarão mais naturais. É que, para essas situações, se persistir a recalcitrância do devedor sobre o qual já pesam medidas indutivas – ou mesmo antes dessa resistência, se o preferir o credor –, o cumprimento da prestação poderá ser delegado a um terceiro, que a executará às expensas do devedor (CC, art. 249). Escolhida essa via, verterá a atividade executiva para a busca de dinheiro a fim de pagar o trabalho do terceiro, daí a maior recorrência das medidas sub-rogoratórias.

Claro que a via da execução por terceiro, por acabar transformando a execução da prestação de fazer em execução por quantia certa, pode importar, em termos de efetividade, um caminho pouco promissor. Afinal, se o devedor não dispuser de patrimônio com o qual adimplir o trabalho do terceiro executor, a tutela específica ou não se realizará ou se fará com a antecipação dos custos pelo próprio exequente, que, então, terá de perseguir o ressarcimento (execução por quantia)¹⁴⁸.

Também por isso as medidas indutivas ganham acentuado valor nas execuções de prestações de fazer *fungíveis para cuja realização o Estado dependa de um terceiro*. Somente elas têm o potencial de impedir que a prestação originária se converta em pecuniária, com a conseqüente solução da crise de satisfação com um remendo que apenas modifica a ambição do credor. Aquele que vê a reforma da sua casa interrompida por um empreiteiro irresponsável não quer ter que pagar alguém do próprio bolso para terminar a obra; quer a obra concluída sem outro gasto além do já feito com o primitivo prestador de serviços.

Há, porém, prestações de fazer *fungíveis* que, na omissão do devedor, podem ser levadas a cabo pelo próprio Estado *sem o auxílio de terceiro*. É o caso, por exemplo, da lacração de um equipamento poluente diante da inércia do réu em instalar filtros ou da intervenção de auxiliar do juízo na administração da empresa em ordem a adotar medidas que vinham sendo descumpridas¹⁴⁹. Trata-se de situações em que a conduta do obrigado

¹⁴⁸ “Não é justo obrigar o autor a adiantar as despesas necessárias ao fazer quando é o réu que deve. Obrigar o autor a pagar o terceiro para fazer, reservando-se a ele o direito ao ressarcimento da quantia despendida, implica uma verdadeira irracionalidade” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2. p. 725-726).

¹⁴⁹ Os exemplos são de Eduardo Talamini em **Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução**. In: _____; MINAMI, Marcos Youji. **Medidas executivas atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 33. Também compreendendo a intervenção de auxiliar do juízo na empresa como medida sub-rogoratória atípica, MEDIDA, José Miguel Garcia. **Execução**. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 306-307.

pode ser substituída pela ação executiva direta do Estado, mediante, portanto, providências sub-rogatórias.

No caso das obrigações de fazer *de caráter infungível* – por exemplo, a da atualização de um livro pelo autor, o comparecimento assíduo aos treinos por atleta profissional, a realização de uma cirurgia por renomado médico –, uma vez que não há como o Estado nomear terceiro para realizar a prestação, ou como realizá-la diretamente no lugar do obrigado, deve lançar mão de medidas de indução para coagir ou estimular o próprio obrigado ao adimplemento da obrigação. Meios sub-rogatórios desfrutam de pouquíssima utilidade em tal ambiente, podendo-se imaginar o seu proveito unicamente nos casos de prestações infungíveis devidas por pessoas jurídicas, com a intervenção de auxiliar do juízo na direção de empresa para honrar o fazer devido.

Portanto, nos domínios das prestações de fazer documentadas em títulos judiciais, os meios de indução assumem posição de protagonismo (i) nas hipóteses em que, malgrado fungível a obrigação e passível de execução por terceiro, o devedor não dispõe de recursos para honrar o preço do trabalho terceirizado, e (ii) quando infungível a prestação.

Por sua vez, as *obrigações de não fazer materializadas em títulos judiciais* têm, invariavelmente, caráter *infungível*. Apenas o devedor obrigado a abster-se pode cumpri-la, afigurando-se impensável a sua substituição pelo próprio Estado ou por terceiro. A substituição do devedor por terceiro pode ocorrer tão somente *a posteriori*, para fins de desfazimento do ato a cuja abstenção estava obrigado (CC, art. 251; CPC, art. 536, §1º). Mas então já não se estará falando em obrigação de não fazer. O desfazimento do ato indevidamente praticado é um fazer¹⁵⁰.

Logo, também aqui o recurso aos meios de indução tem acentuado relevo. É preciso que fruam eles da capacidade de dissuadir o obrigado da conduta ilícita, especialmente quando o comportamento vedado seja passível de provocar danos irreversíveis ou muito graves com uma única ação. É o caso, por exemplo, da emissão de ordem para que se abstenha o réu de veicular em redes sociais imagens íntimas do autor, as quais, uma vez expostas, tendem a ser replicadas em grande velocidade.

¹⁵⁰ ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 250; ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 20ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 888; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 1042; FUX, Luiz. **O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 376.

No mais, tal qual nas obrigações de fazer de caráter infungível, não se deve descartar a utilidade dos meios sub-rogatórios quando o não fazer competir a uma pessoa jurídica, caso em que a intervenção de auxiliar do juízo na direção de empresa pode ter utilidade (medida sub-rogatória atípica). O problema é que as obrigações de não fazer costumam vigorar por tempo alongado, circunstância que contraindica a nomeação de interventor na empresa, pois as providências coercitivas ou sub-rogatórias devem ter tempo e/ou meta definidos. De todo modo, não se pode descartar *a priori* a utilidade da medida.

As obrigações de fazer e de não fazer fundadas em título executivo extrajudicial submetem-se a regime de algum modo semelhante ao até aqui exposto na dimensão das medidas indutivas ou sub-rogatórias *típicas*. Vem da própria lei a determinação para que o juiz, ao despachar a inicial, fixe “multa por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida” (CPC, art. 814). É dizer, também nas obrigações corporificadas em títulos extrajudiciais há uma *preferência* por um meio de coerção – as *astreintes* – para a obtenção da tutela específica. Além disso, é sustentável que as medidas sub-rogatórias e indutivas típicas previstas no art. 536, §1º, do CPC apliquem-se à execução de título extrajudicial¹⁵¹.

Supletivamente, se não satisfeita a obrigação no prazo designado, é lícito que o exequente requeira a satisfação da obrigação à custa do executado ou a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos (CPC, arts. 816 e 817). Outrossim, poderá optar por executar a prestação pessoalmente, ou mandar executá-la sob sua direção e vigilância (CPC, art. 820). A conversão em perdas e danos será a única saída em se tratando de obrigação de fazer *infungível*, passível de execução pelo devedor e por mais ninguém (CPC, art. 821, *caput* e parágrafo único).

É bom recordar que os meios executivos atípicos não se aconchegam nos recantos das execuções de título extrajudicial, de modo que as ressalvas acima feitas para a situação da pessoa jurídica, relativamente à nomeação de interventor na empresa para honrar a obrigação de fazer infungível – medida sub-rogatória atípica –, não se estendem ao caso ora tratado.

¹⁵¹ TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução**. In: _____; MINAMI, Marcos Youji. Medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 37; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 1130.

4.6.2 Meios de indução e o seu “lugar eventual”

O descumprimento das *obrigações de dar ou de entregar coisa fundadas em título judicial* é usualmente contornado com a emissão de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel (CPC, art. 538). A concessão da tutela específica independe da vontade do obrigado, podendo o Estado substituí-lo no cumprimento da prestação. Mas os meios de indução não são sem proveito. Podem ter serventia para impelir o devedor ao cumprimento “de deveres instrumentais de colaboração (indicação de onde o bem se encontra, viabilização de acesso ao bem etc.)” ou nos casos de “antecipação da tutela para entrega da coisa”¹⁵² (concorrência do obrigado para a entrega mais rápida da coisa).

O §3º do art. 538 – lembrando, inserido na seção do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de entregar coisa – faz remissão às disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer. E o §1º do art. 536 relaciona algumas medidas extremamente importantes para a adimplemento da entrega, merecendo destaque, para além da busca e apreensão e da imissão na posse, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e a requisição de força policial, todas de caráter sub-rogatório.

Destarte, no ambiente das obrigações de dar, os meios sub-rogatórios tendem a assumir a posição de protagonistas, coadjuvadas *eventualmente* por medidas de indução. Mesmo assim, é possível que em algum caso específico, que dependa mais acentuadamente da atuação do obrigado, os meios de indução deixem de meramente secundar a execução e ocupem papel de destaque.

Não há muitas diferenças na *execução de obrigação de entregar coisa fundada em título extrajudicial*. Também nela as medidas sub-rogatórias típicas de imissão na posse ou busca e apreensão terão amiúde aptidão para satisfazer o credor (CPC, arts. 806 e 813). No entanto, o legislador não descartou a possibilidade de emprego de multa por atraso (*astreintes*), a qual, como já dito antes, pode mostrar-se de grande proveito em hipóteses específicas.

Se a coisa não for ou não puder ser entregue, mostrando-se inviável a tutela específica, ao credor restará apenas o caminho da indenização correspondente ao valor

¹⁵² TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução**. In: _____; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 41.

do bem. Nesse caso, além da necessidade de liquidar-se o valor do dano (CPC, art. 809, §2º), a execução seguirá na forma da execução por quantia certa. Trata-se de uma interessante hipótese de liquidação incidental ao processo de execução. A liquidação normalmente antecede o cumprimento de sentenças judiciais (sucede a sentença e antecede a execução).

Quando se cuida de obrigações para entrega de coisa, é sempre pertinente falar em ressarcimento de prejuízos e pagamento dos frutos. Os prejuízos podem advir de estragos feitos na coisa ou da negativa de devolução no prazo avençado. Uma locadora de veículos cujo bem não é restituído no prazo fixado pode experimentar prejuízos pela perda da chance de locar o bem a outro; mas também pode suportá-los porque o automóvel foi restituído com avarias. Além disso, pertencendo os frutos pendentes ao credor (CC, art. 237, parágrafo único), devem ser devolvidos com a coisa; caso colhidos com antecipação (CC, art. 1.214), colhidos e percebidos ou não percebidos por desídia a partir da constituição da sua posse de má-fé (por exemplo, após a não devolução da coisa ao fim do prazo contratual), devem ser indenizados.

Ao fim e ao cabo, nas obrigações para a entrega de coisa, as medidas sub-rogatórias típicas ou atípicas – as últimas apenas nas execuções fundadas em título judicial – têm proeminência. As medidas de indutivas encontram no ambiente das obrigações de dar parada bastante eventual. Como a satisfação concretiza-se com a tomada da coisa e, quando necessário, o pagamento de indenizações (execução por quantia), que pouco ou nada exigem da vontade do obrigado, é esporádico o recurso a providências de pressão psicológica.

4.6.3 O caso da execução de prestações pecuniárias: lugar *sui generis* dos meios indutivos

As obrigações para entrega de coisa não são as únicas que se satisfazem, em regra, com o uso de meios sub-rogatórios. A execução por quantia certa também se utiliza entusiasticamente de tais meios. Realiza-se, normalmente, com a substituição do devedor pelo Estado, que apropria e expropria bens do executado para adimplir o crédito não pago. Há um detalhado roteiro de medidas previstas no CPC a fim de que isso aconteça (arts. 824-903). Não obstante, existem regras pulverizadas pela lei processual civil que materializam medidas indutivas no universo da execução por dinheiro (abordadas com mais vagar no item 2.3 supra).

Portanto, ao instituir (i) a multa e os honorários advocatícios de 10% (CPC/15, art. 523, §1º) e a possibilidade de protesto da decisão judicial (CPC, art. 517) na hipótese de não pagamento da dívida no prazo de 15 (quinze) dias no cumprimento de sentença, (ii) a possibilidade de inclusão do nome do executado no cadastro de inadimplentes (CPC, art. 782, §§3º e 5º), (iii) a redução dos honorários advocatícios para o caso de pagamento da dívida em execução no prazo legal de 3 (três) dias a contar da citação (CPC, art. 827, §1º) e (iv) a possibilidade de parcelamento da dívida, mesmo contra a vontade do credor, na execução de título extrajudicial (CPC, art. 916), o legislador jungiu às técnicas sub-rogatórias típicas outras de natureza indutiva típicas.

Isso não representa um elemento distintivo da execução por quantia em relação à execução das obrigações de dar, fazer e não fazer. Em cada um desses tipos de execução, particularizados pela necessidade de providências com repercussão física, são congregadas medidas sub-rogatórias e indutivas. O que torna esse cenário digno de uma abordagem individualizada é o fato de que perseverou por muito tempo a resistência em se aceitar a manipulação de meios de indução para promover o implemento de prestações em dinheiro, de tal sorte que a lei os recebeu de forma gradativa.

E se essa inserção gera algum desconforto para as medidas indutivas típicas, não é de espantar-se a cautela com que se recebeu a regra do art. 139, IV, do CPC/15. A autorização geral para o emprego de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias atípicas não gerou nenhum desassossego relativamente às prestações de dar, fazer e não fazer, as quais, no ambiente das execuções de sentença, já contam com previsões específicas de atipicidade dos meios. Mas nunca houve nada parecido nas execuções por quantia, e aí sim surgiram opositores ilustres¹⁵³.

De todo modo, é inegável que a satisfação do crédito em dinheiro, no mais das vezes, realizar-se-á por meio das técnicas de expropriação de bens do devedor. Não à toa

¹⁵³ “É bem duvidosa, senão patente, a inconstitucionalidade do dispositivo [tratando do art. 139, IV, do CPC/15]. É bem de ver que, nos casos de coerção pessoal (prisão) ou patrimonial (astreinte), os efeitos jurídicos são predeterminados: (a) prisão por determinado tempo; e (b) formação de crédito pecuniário, por sua vez exequível à medida que hajam bens penhoráveis no patrimônio do executado. Essa predeterminação torna essas medidas compatíveis com o art. 5.º, LIV, da CF/1988. Ao invés, a aplicação do art. 139, IV, a par de gerar abusos dificilmente controláveis (v.g., a privação do sono, para induzir a desocupação de imóvel; a apreensão do passaporte de quem trabalha no exterior e a carteira de habilitação do motorista profissional), carece dessas características. E, a mais das vezes, traduzirá pena civil, sem precisão (*sic*) específica, em razão do inadimplemento ‘culposo’ e arrogantemente ostensivo” (ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 167). Ainda: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?** Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>]. Acesso em: 29.08.2018

foram dedicados tantos dispositivos ao assunto. Por outro lado, não se pode afirmar que medidas de indução não têm lugar habitual na execução por quantia, já que algumas das tipicamente disciplinas no CPC atuarão em todas as execuções. Em todas as execuções de títulos judiciais – excetuada a chamada execução inversa do art. 526 – haverá intimação para pagamento sob pena de multa e honorários de 10%, e em todas as execuções de títulos extrajudiciais haverá a oferta de redução dos honorários se paga a dívida no prazo de três dias. Mais ainda, em grande parte das execuções haverá requerimento para inclusão do nome do executado nos cadastros restritivos e de protesto da decisão.

Ou seja, as medidas de indução não são, definitivamente, estranhas à execução por quantia (subsidiada em título judicial ou extrajudicial). Aderem a quase todas elas. Todavia, medidas de indução *atípicas*, as aplicadas com base na regra do art. 139, IV, CPC, elas sim se descortinam necessárias apenas casualmente na cobrança de dinheiro, pois as técnicas de sub-rogação e de indução típicas soem, habitualmente, dar conta de promover a tutela executiva. Mas atenção: dizer que medidas sub-rogoratórias e indutivas típicas em regra dão conta da tutela do direito a crédito pecuniário não significa dizer que os meios atípicos incidem tão somente de forma subsidiária. O assunto será abordado oportunamente (item 5.2 *infra*).

5 MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS NA EXECUÇÃO POR QUANTIA: DIRETRIZES DE APLICAÇÃO

5.1 Incompatibilidade dos meios executivos atípicos com a execução de títulos executivos extrajudiciais

Nas seções dedicadas aos “lugares das medidas de indução” (item 4.4), antecipou-se que atipicidade de meios executivos e execução de títulos extrajudiciais são técnicas processuais que mutuamente se repelem. Não há como se admitir o emprego de meios executivos atípicos para promover o adimplemento de prestação corporificada em título não constituído judicialmente¹⁵⁴. As razões dessa incompatibilidade serão agora mais bem examinadas.

Se se lançar um olhar sobre a história, ver-se-á que os títulos executivos extrajudiciais durante muito tempo se prestaram para privilegiar determinadas posições sociais, naturalmente posições economicamente mais pujantes ou próximas do poder estatal. Com efeito, observou Proto Pisani, já há algum tempo, que “[...] storicamente il ricorso a questa tecnica è stato (nè, a mio avviso, poteva essere diversamente) influenzato anche dalla opportunità di privilegiare i soggetti reali portatori del titolo ed i relativi diritti (è sintomático, a tale riguardo, che la stragrande maggioranza dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale è a disposizione do imprenditori commerciali e di Pubbliche Amministrazioni)”¹⁵⁵.

Não é de ignorar-se que a inclusão no catálogo dos títulos executivos extrajudiciais de documentos listados nos incisos II, III e IV do art. 784 do CPC/15, antes condensados no inciso II do art. 585 do CPC/73, representou uma abertura do acesso direto à fase executiva a posições sociais que antes não gozavam dessa opção. Mas, a rigor, os títulos executivos foram pensados para atender a interesses de proprietários, empresários, serventuários da justiça e do poder público. Como atentamente observaram Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “Os títulos extrajudiciais são instituídos pelo legislador

¹⁵⁴ Em sentido contrário, dentre tantos, cita-se: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. **Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Método, 2017. p. 207.

¹⁵⁵ Em tradução livre: “Historicamente, o recurso a esta técnica era (na minha opinião, nem poderia ser diferente) também influenciado pela oportunidade de privilegiar os verdadeiros sujeitos portadores do título e dos direitos relacionados (é sintomático, a este respeito, que a esmagadora maioria dos títulos executivos de formação extrajudicial está à disposição dos empreendedores comerciais e das administrações públicas)” (PISANI, Andrea Proto. **Appunti sulla giustizia civile**. Bari: Cacucci Editore, 1982. p. 318-319).

a partir de uma necessidade social sensível. Assim, além de somente existirem quando previstos em lei, historicamente privilegiam, por consequência natural, os créditos das posições sociais que são escudadas pelo Legislativo”¹⁵⁶.

Basta ver que a grande massa de processos em trâmite nas Justiças Comum Federal e Estadual é encabeçada pelos poderes públicos (sobretudo), instituições financeiras e grandes corporações (no polo passivo, mas também no polo ativo), e não raro correspondem justamente a execuções de títulos extrajudiciais (execuções fiscais, execuções de contratos bancários, execução de duplicatas etc.). É notoriamente predominante o manejo de execuções de títulos extrajudiciais por pessoas jurídicas de direito público ou privado, inegavelmente mais pujantes economicamente.

Se essa realidade povoa os litígios de forma tão visceral, deve-se ter atenção para o fato de que as execuções não se acham amiúde iluminadas por um título constituído sobre uma base negocial equilibrada. Em regra, a obrigação nasce de uma relação jurídica quase vertical e, para além da vantagem na dimensão do direito material, ao credor são franqueadas regras processuais fortemente comprometidas com a efetivação do direito. É necessário que o juiz de algum modo refreie essa dupla vantagem (na formação do negócio jurídico e na execução judicial), sabatinando o título antes de autorizar que o credor recorra a medidas executivas restritivas de direitos não previstas tipicamente.

Dizendo de outra forma, é necessário garantir maior previsibilidade aos devedores postos nessa condição por uma relação materializada em título extrajudicial, de modo a que saibam, de antemão, os limites das restrições que podem suportar ao firmarem um documento com força executiva ou ao se submeterem a uma relação passível de gerar tal documento. Com esse contrapeso, o processo civil *minimiza* o desequilíbrio que já se inicia na celebração do negócio jurídico, permitindo ao obrigado que conheça, pela própria presunção contida no art. 3º da LINDB¹⁵⁷, a extensão das providências judiciais, para além das sanções contratuais, que lhe podem ser impostas.

Uma outra razão para negar-se o cabimento dos meios indutivos atípicos na execução de título extrajudicial é de cunho probabilístico. Existe uma escala de probabilidade do direito em maior grau nos títulos judiciais em relação aos

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.3. p. 60.

¹⁵⁷ Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

extrajudiciais¹⁵⁸. A formação dos títulos judiciais usualmente ocorre em processo regado de garantias de diálogo, participação e influência na decisão, e é produzido ou chancelado por um terceiro desinteressado, o juiz ou o árbitro. O direito corporificado no título, assim, goza de maior proximidade com a certeza e a justeza, razão por que a sua realização prática deve ter o apoio mais incisivo do império estatal.

A constituição do título por alguém que o observa *a partir de fora* torna-o menos suscetível de dúvidas quanto ao direito nele estampado; em consequência, menos suscetível de receio quanto aos meios executivos adequados para a satisfação da obrigação. É até uma questão de lógica. Se o ambiente no qual formado o título é mediado por um terceiro estranho à relação de direito material, a quem se outorga a decisão final e soberana sobre a existência de eventuais ilegalidades no negócio jurídico, ou mesmo no acordo submetido à homologação, deve-se assegurar que o produto desse processo constitutivo se realize com a intensidade própria de quem já deu às partes a oportunidade de um diálogo equilibrado ou de um consenso supervisionado. Os títulos judiciais e extrajudiciais são informados por uma lógica diversa.

José Miguel Garcia Medina apresenta uma interessantíssima posição intermediária relativamente ao uso de meios atípicos na execução de título extrajudicial. Segundo o autor, malgrado os títulos executivos extrajudiciais deem ensejo somente a execuções por meios típicos, depois de opostos e julgados os embargos do devedor, quando, então, terá havido cognição completa, exauriente e definitiva sobre a existência do direito do exequente, a execução ganhará a mesma autoridade das fundadas em título judicial, passando a admitir o emprego de medidas atípicas. Mais ainda, Medina chega a aceitar tal possibilidade quando recebidos os embargos à execução sem efeito suspensivo e a decisão judicial reconheça a reduzida probabilidade do seu acolhimento¹⁵⁹.

Cuida-se de entendimento que promove uma clivagem entre os títulos que jamais se submeteram a um olhar judicial e aqueles que ao menos foram acreditados por uma decisão posterior à sua formação.

No caso da decisão definitiva de improcedência dos pedidos formulados nos embargos, considerando, notadamente, a amplitude das matérias que podem ali ser

¹⁵⁸ “O maior grau de probabilidade da efetiva existência do crédito no momento da execução é aquele trazido pela sentença condenatória civil passada em julgado e demais títulos judiciais. Por isso é que se lhe dá a qualificação de *título executivo por excelência*. Nos extrajudiciais e mormente naqueles que não incluem declaração de reconhecimento de débito, essa probabilidade é menor” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 463).

¹⁵⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 300.

debatidas, por força da cláusula de abertura do inciso VI do art. 917 do CPC/15¹⁶⁰, há uma *quase judicialização* do título extrajudicial a justificar a paridade dos meios executivos. Mas não apenas no caso de improcedência. No caso de procedência parcial dos pedidos, a execução seguirá segundo os ajustes determinados na decisão dos embargos à execução e, bem por isso, carregará, quanto aos pontos não afetados pelo julgado, aquela carga mais elevada de credibilidade que autoriza o manejo de medidas mais restritivas aos direitos do devedor.

Por outro lado, na hipótese de recebimento dos embargos sem efeito suspensivo, e desde que a negativa de atribuição de tal efeito decorra da pouca probabilidade do direito alegado – além, obviamente, da falta de garantia do juízo, com o que desapareceria o interesse no emprego de meios executivos atípicos –, há uma validação da credibilidade do título executivo extrajudicial por terceiro imparcial, a legitimar o emprego, na execução apenas, dos meios atípicos. É como se o título extrajudicial em relação ao qual não se opôs defesa passível de causar dúvida correspondesse à decisão concessiva de tutela antecipatória ao pagamento de quantia, que admite, para o seu implemento, o emprego das medidas adequadas (CPC/15, art. 297). O mesmo não ocorre quando a negativa de efeito suspensivo aos embargos decorre da inexistência de perigo de dano ou da falta de garantia da execução (CPC/15, art. 919, §1º c.c. art. 300).

Indo adiante, sustenta-se que a aplicação dos meios executivos atípicos às execuções de título extrajudicial, e não apenas ao cumprimento de sentença, deriva da relação circular existente entre as duas formas de execução e que decorre das regras do arts. 513 e 771, parágrafo único, do CPC, as quais se integram reciprocamente como uma cláusula de fechamento do sistema executivo¹⁶¹. As regras do cumprimento de sentença aplicam-se, no que couber, à execução de título extrajudicial, e vice-versa, estando aí o fundamento para a extensão das medidas executivas atípicas, indubitavelmente autorizadas nas execuções de títulos judiciais, também aos títulos extrajudiciais.

Há dois problemas nesse raciocínio. O primeiro é a circularidade entre os blocos de artigos não implica diálogo sem cortes ou restrições, a ponto de trasladar-se à execução de título extrajudicial todas as disposições do cumprimento de sentença que não tenham sido lá expressamente disciplinadas. Fosse assim e ter-se-ia de pensar na aplicação da

¹⁶⁰ Art. 917. Nos embargos à execução, o executado poderá alegar: [...] VI - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

¹⁶¹ ZANETI JR, Hermes. **Comentários ao código de processo civil: artigos 824 ao 925**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). Coleção comentários ao código de processo civil. v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 99-100.

multa de 10% do art. 523, §1º também no âmbito da execução fundada em título extrajudicial, o que é impensável. O segundo problema é que a regra atinente aos meios atípicos de execução nas prestações pecuniárias não se acha no Livro I da Parte Especial do Código, ao qual se reporta o art. 771, parágrafo único, mas no Capítulo I do Título IV da Parte Geral, que versa sobre os poderes do juiz¹⁶². Logo, ao menos no tocante às prestações em dinheiro, o argumento da relação circular não dá conta de justificar qual a base legal que autorizaria medidas atípicas na execução por quantia subsidiada em título executivo extrajudicial¹⁶³.

Aliás, também a localização do art. 139, IV na *Parte Geral* do CPC tem servido de base à ideia de que houve uma abertura do sistema para a atipicidade dos meios de execução não apenas nas fundadas em título judicial, mas também em título extrajudicial. Aplicar-se-ia a “quaisquer procedimentos do código – inclusive nas execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais”¹⁶⁴. O problema é que o mero encarte da regra na parte geral não dispensa o intérprete de perscrutar a subsunção do fato à moldagem. E simplesmente não há ordem judicial na execução fundada em título extrajudicial.

Encerra-se este tópico com a conclusão de que *os meios atípicos de execução não se aplicam às execuções fundadas em títulos extrajudiciais, salvo se já opostos e rejeitados, total ou parcialmente, embargos do devedor, ou se negado efeito suspensivo aos embargos com fundamento na falta de probabilidade do direito afirmado*.

5.2 Desnecessidade de prévio esgotamento da via típica (subsidiariedade). Opção, antes de tudo, pela medida adequada

¹⁶² Dado de que se vale Marcelo Abelha para sustentar o cabimento de meios atípicos de execução nas execuções fundadas em títulos extrajudiciais (ABELHA, Marcelo. **O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1)**. *Revista de Processo*. vol. 244. ano 40. p. 87-151. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./2015, p. 109).

¹⁶³ “Como quer que seja, o objeto do art. 139, IV, torna uma coisa certa: em tese, a regra aplica-se unicamente ao **cumprimento de sentença**. A previsão legislativa concerne às resoluções do órgão judicial, mandamentais ou não. E avulta que, no Livro II da Parte Especial do CPC, não há qualquer remissão explícita a poderes executórios indeterminados. O máximo a que se pode chegar é a incidência do art. 536, §1º, por força do art. 771, parágrafo único, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer. Decididamente, não se aplica o art. 139, IV, à pretensão a executar prestação pecuniária fundada em título executivo extrajudicial”. (ASSIS, Araken de. **Cabimento e adequação dos meios executórios ‘atípicos’**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 111-133. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 129).

¹⁶⁴ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 192-193.

De certa forma já abordado no item 3.4 supra – quando se tratou da compatibilidade da regra do art. 139, IV, do CPC/15 com o princípio constitucional do devido processo legal –, o tema da subsidiariedade dos meios atípicos no cumprimento de sentença que veicula crédito pecuniário merece ser retomado com mais vagar, porque constitui uma das bases operativas que, se mal compreendida, tende a instituir limites à potência da técnica processual.

Vem se sagrando vitoriosa a tese segundo a qual os meios executivos atípicos não têm lugar nas execuções de créditos em dinheiro senão após o esgotamento da via típica¹⁶⁵. Em outras palavras, caberia ao exequente exaurir as opções detalhadamente reguladas pelo legislador para, só depois, postular medidas inominadas. Da mesma forma, o juiz somente poderia deferi-las ou aplicá-las de ofício diante da ineficácia dos meios típicos. Há quem proponha, inclusive, um itinerário de providências sub-rogatórias e coercitivas antes das quais não se poderia cogitar da via atípica¹⁶⁶.

O mais pujante argumento em defesa da corrente dominante é o que sustenta inexistir lógica na previsão legal de dezenas de artigos disciplinando as formas de penhora (CPC/15, arts. 831-869) e de expropriação de bens (CPC/15, arts. 876-903) se bastaria ao juiz recorrer ao art. 139, IV, do CPC/15 e definir casuisticamente a forma de execução¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Tanto assim que o Fórum Permanente de Processualistas Civil, que congrega grandes nomes do direito processual nacional, aprovou o enunciado no 12, cujo teor é o seguinte: “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”.

¹⁶⁶ “Para que o magistrado possa se utilizar da atipicidade das medidas executivas, adotando *outras* medidas mandamentais, indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, deverá o exequente demonstrar: a) ter havido insucesso no bloqueio *Bacenjud*; b) ter havido pesquisa negativa de bens via *Infojud* ou pesquisas em registros de imóveis; c) ter sido negativa a localização de veículos via *Renajud*; d) anexar pesquisa de processos judiciais em nome do executado na Justiça Estadual, Federal e Trabalhista – para demonstrar a inexistência de créditos em outras ações; e) demonstrar ter havido o protesto judicial e a inscrição do nome do executado junto aos órgãos restritivos de crédito; f) haver sérios indícios da existência de bens do executado em nome de terceiros (os famosos ‘laranjas’ ou muitas vezes em nome de familiares) e; g) ser o executado contumaz em relação a suas relações comerciais, evidenciando desta forma sua índole em relação a seu *comportamento* eivado de má-fé (o que poderá ser atestado pela informação da quantidade de processos em que é devedor, bem como pelo extrato de protesto de títulos e negativações junto aos órgãos restritivos de crédito)” (PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreinte) e o CPC/2015**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 131-132).

¹⁶⁷ “O inciso IV do art. 139 do CPC não poderia ser compreendido como um dispositivo que simplesmente tornaria excepcional todo esse extenso regramento da execução por quantia. Essa interpretação *retiraria* o princípio do *sistema* do CPC e, por isso, violaria o postulado hermenêutico da integridade, previsto no art. 926, CPC” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 107). Ainda: TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 27-57. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 28.

Sintetizando a crítica em uma indagação: para que tantos artigos disciplinando a execução por quantia certa se bastaria o 139, IV? Não haveria uma ruptura no sistema se a regra do art. 139, IV tornasse inócuas as demais regras que governam a execução por quantia certa?

A resposta a essas questões exige algumas reflexões sobre aspectos que as alicerçam. O primeiro deles é a compreensão de que o sistema jurídico deve corresponder a um organismo harmônico de normas coerentes entre si que orbitam ao redor de um eixo comum. A integridade do sistema jurídico é garantida exatamente pela existência de um ponto central (o eixo comum) que inspira a leitura do todo, normalmente um princípio jurídico enquanto normatização de um valor tido por fundamental. A fratura do sistema ocorre quando as normas que nele interagem deixam de funcionar para a consecução do valor fundamental e assumem uma feição destoante dos seus propósitos finais.

Nessa ordem de ideias, o sistema de execução civil há muito mantém como seu eixo direcional o princípio da efetividade. A execução realiza-se no interesse do exequente (CPC/73, art. 612; CPC/15, art. 797); é articulada com a missão de satisfazer o crédito, seja ele de que natureza for. Se é assim, como defender que a atipicidade dos meios executivos compromete a integridade do sistema? Ora, se o sistema executivo tem como plano precisamente a satisfação do credor, como defender que a generalização da atipicidade dos meios o maltrata? Ao contrário, a abertura do código para a técnica dos tipos abertos antes promove a efetividade da execução e restabelece o sistema¹⁶⁸.

Outro problema a contraindicar a doutrina da subsidiariedade dos meios atípicos na execução por quantia é a injustificável violação que causa ao princípio da isonomia¹⁶⁹.

¹⁶⁸ “Como se sabe, a ideia de um sistema implica um conjunto de elementos unidos por um mesmo critério ou princípio. Ou, na ponderação de Luhmann, o sistema se compõe por elementos e pela relação entre eles, chamada de estrutura. No caso, o critério (ou a relação) que orienta o sistema de efetivação de direitos do código é, como sempre recordado pela doutrina nacional, o princípio da efetividade, ou seja, a busca pela satisfação do exequente da melhor maneira possível. É, aliás, o que explicitamente indica o art. 797, do CPC, a afirmar que ‘[...] realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados’. Em que será que essa noção pode ser comprometida ao se admitir a predominância da atipicidade (e não da tipicidade) no campo das técnicas executivas? Parece claro que em nada. Com efeito, como justificar que o sistema perca sua essência *precisamente quando almeja oferecer resposta mais efetiva aos interesses do exequente*? É evidente que a oferta de um modelo de atipicidade para a efetivação das prestações de pagar soma em dinheiro, bem ao contrário de ofender a integridade do sistema, vem exatamente a *restabelecer* essa integridade, dando tratamento homogêneo a situações que não têm nenhuma razão para receber disciplina diversa. A violação ao sistema estava, como parece óbvio, quando se oferecia sistema atípico para a proteção de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa (com todas as suas vantagens para o exequente), mas não se oferecia idêntico tratamento ao beneficiário de prestação pecuniária [...]” (ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim mas eu gosto”?** In: Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR V. 3, n.1 (maio. 2018), p. 15-57. Curitiba: OABPR, 2018. p. 40-42).

¹⁶⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 152.

Afinal, como explicar que no cumprimento de sentença que condene o obrigado a prestação de dar, fazer ou não fazer possa o juiz de plano lançar mão de meios executórios atípicos e não o possa no cumprimento de sentença envolvendo prestações em dinheiro? Haveria algum elemento de *discrimen* capaz de justificar o trato diferenciado? Definitivamente, não há.

A alegação normalmente feita para justificar a diferença de tratamento é a de que as obrigações de fazer apresentam-se de modo tão diversificado que não seria possível clausurar os meios de implementação em formas predefinidas. Ao passo que a execução por quantia certa visa sempre à satisfação em dinheiro, as execuções de fazer perseguem condutas variadas do obrigado. Logo, “diante dessa grande diversidade de conteúdos e resultados, a atipicidade dos meios sub-rogatórios e coercitivos constitui aspecto fundamental para a eficácia dessa modalidade de tutela”¹⁷⁰.

Acontece que as prestações de dar e de não fazer não se realizam por conteúdos e resultados variados e, mesmo assim, permitem o manejo de medidas atípicas quando fundadas em título judicial. A abstenção de conduta e a entrega de coisa têm conteúdo absolutamente previsível (não há variadas formas de abster-se ou de entregar algo), assim como o pagamento de quantia, e, não obstante, realizam-se do modo mais adequado, típico ou atípico.

De mais a mais, assim como são sortidos os “fazeres” quanto ao conteúdo e ao resultado, a tornar indispensável a abertura do sistema para a solução do caso, nem sempre são suficientes os meios executivos nominados diante dos “fazeres” do obrigado ao pagamento de soma a fim de esquivar-se da prestação, motivo por que a solução do caso também goza de elevada importância nesse campo. Há uma simetria entre (i) a necessidade dos mecanismos atípicos diante da imprevisibilidade dos fazeres devidos e (ii) a insuficiência eventual dos meios típicos em decorrência da conduta fugidia do executado, uma vez que ambas têm, em sua raiz, a inviabilidade da tipificação exaustiva dos meios de execução como embaraço à efetivação do direito.

Daí que não há motivo algum para que os meios atípicos de execução, generalizados no art. 139, IV, do CPC/15, funcionem apenas após exauridos os meios típicos. A promoção da tutela do direito pode exigir que o cumprimento de sentença se inicie com o uso de outra medida mais adequada que as disciplinadas nomeadamente pelo

¹⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução.** In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 111-133. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 47.

legislador¹⁷¹. Basta pensar no caso em que, deferida a tutela de urgência antecipada para pagamento de prestação pecuniária, as medidas sub-rogatórias e coercitivas típicas utilizadas para a efetivação do provimento liminar não se revelaram bem-sucedidas. Não haveria sentido em que, prolatada a sentença condenatória, tivesse o réu de percorrer novamente a via típica para a satisfação do seu crédito, embora antes evidenciada a sua incapacidade para a tutela do direito.

É claro que, no mais das vezes, as medidas sub-rogatórias e indutivas típicas terão o condão de promover a satisfação do crédito. Mas a mera existência da possibilidade de que, em um ou outro caso, não se descortinem elas suficientes já justifica a defesa da ideia à luz da qual não se deve fechar as portas da execução por quantia certa para outros instrumentos de efetivação além daqueles pensados pelo legislador, tendo em vista que somente a realidade subjacente ao processo será capaz, algumas vezes, de demonstrar o melhor caminho para a obtenção do numerário devido.

Se é verdade que “O detalhamento legal da execução por quantia é resultado de séculos de consolidação de regras compreendidas como inerentes ao devido processo legal [...]”¹⁷², é igualmente verdade que “A desumanização e o utilitarismo característicos da sociedade desenfreada e massificadamente consumista, estimulados pelo vertiginoso progresso tecnológico, fragilizaram valores morais e costumes sociais incorporados há milênios à civilização ocidental”¹⁷³. A mesma historicidade que justifica o argumento segundo o qual se deve priorizar o rol de medidas executivas típicas é a que dá sustentação à necessidade de um movimento de migração para o modelo conjugado de meios típicos e atípicos.

Um fator a se considerar na análise da prioridade dos meios indutivos aos sub-rogatórios é o custo da execução por expropriação. Como argutamente pondera Marcos Minami, “[...] na execução direta, como os atos executivos envolvem custos imediatos mais significativos, mesmo se em um segundo momento houver ressarcimento desses valores, a existência deles pode, *a priori*, atrasar ou mesmo inviabilizar a realização

¹⁷¹ SILVA, Ricardo Alexandre. **Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no novo CPC**. In: MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 5: Execução, p. 427-452. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. p. 445.

¹⁷² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 107.

¹⁷³ GRECO, Leonardo. **Coações indiretas na execução pecuniária**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 395-420. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 410. A despeito do excerto acima transcrito, é honesto mencionar que o autor tem posição similar à de Didier, Cunha, Braga e Oliveira no que diz respeito à subsidiariedade dos meios atípicos.

desses atos”¹⁷⁴. Em alguns casos, o cumprimento de sentença que impõe o pagamento de quantia pode implicar a antecipação de valores elevados, a ponto de tornar a execução extremamente onerosa para o credor. Em tais situações, recordando que a execução se opera no interesse do credor (CPC, art. 797), o recurso aos meios de indução tende a produzir melhores resultados.

Nem se diga que para o problema dos custos do processo a lei prevê os benefícios da justiça gratuita (CPC, art. 98). Seria absurdo imaginar que a preocupação com gastos excessivos no processo tivesse como foco exclusivamente as partes. Se as partes forem amparadas pela justiça gratuita, caberá ao Estado fazer frente a essas despesas. E ao gestor dos processos compete zelar pela otimização dos gastos com a administração da justiça, de modo a que não haja uma distribuição desproporcional de recursos, beneficiando alguns em detrimento de outros. Se o orçamento público é limitado, os recursos devem ser partilhados equitativamente com o propósito de dar guarida isonômica a tantos quantos precisam. É a aplicação, no âmbito do processo, da *proporcionalidade panprocessual*¹⁷⁵.

Portanto, se em razão dos altos custos da expropriação de bens os mecanismos de indução se revelarem decisivamente mais econômicos em determinado caso – por

¹⁷⁴ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 147. Segundo Michele Taruffo, “Non va esclusa, in altri termini, l'eventualità di misure di coercizione indiretta, cumulabili con la possibilità dell'esecuzione diretta, intesa a provocare l'adempimento spontaneo di tali obbligazioni. Non si tratta, come è ovvio, di evocare il fantasma dell'arresto per debiti, ma di considerare l'opportunità che la minaccia di una sanzione ulteriore (anche solo di carattere pecuniario, secondo il modello dell'*astreinte*) operi nel senso di indurre all'adempimento, con ciò evitando il ricorso all'esecuzione forzata. Proprio la possibilità di conseguire l'adempimento, evitando al contempo le complicazioni, i costi e i rischi di inefficacia insiti nella esecuzione per espropriazione, è anzi la ragione di fondo che dovrebbe indurre a percorrere decisamente la strada dell'introduzione di adeguate misure coercitive, anche a garanzia dell'effettività delle condanne a contenuto pecuniario” (em tradução livre: Em outras palavras, a possibilidade de medidas de coerção indireta, cumuláveis com a possibilidade de execução direta, destinadas a provocar o cumprimento espontâneo dessas obrigações não deve ser excluída. Obviamente, não se trata de evocar o fantasma da prisão por dívidas, mas de considerar a oportunidade de que a ameaça de uma nova sanção (mesmo que apenas de caráter pecuniário, segundo o modelo da *astreinte*) funcione no sentido de induzir cumprimento, evitando assim o uso de execução forçada. Precisamente a possibilidade de alcançar a realização, evitando as complicações, custos e riscos de ineficácia inerentes à execução por expropriação, é de fato a razão subjacente que deve nos levar a dar passos decisivos para a introdução de medidas coercitivas apropriadas, mesmo garantir a eficácia das sentenças com conteúdo pecuniário”) (TARUFFO, Michele. **Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione**. vol. 144. p. 57-83. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2007, edição eletrônica).

¹⁷⁵ “[...] na avaliação da extensão a ser dada às garantias ‘individuais’ processuais, deve também ser ponderada a gestão do serviço judiciário, ou seja, a necessidade de o Poder Judiciário atender às *necessidades de outras demandas existentes*, que também são meritórias de atenção. Por outras palavras, na avaliação da dimensão a ser dada a cada uma das garantias constitucionais processuais clássicas (ação, contraditório etc.) deve também ser considerada a aplicação da proporcionalidade panprocessual, sob pena de, no intuito de privilegiar a máxima incidência dessas prerrogativas constitucionais em um caso concreto, olvidar-se a necessária aplicação das mesmas garantias aos demais processos” (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 210).

exemplo, porque a desmontagem de determinado maquinário penhorado é cara e complexa, ou porque proibitivo o preço da manutenção em depósito de uma aeronave ou de uma embarcação, únicos bens registrados em nome do devedor –, o uso de meios atípicos assumirá protagonismo entre as alternativas disponíveis¹⁷⁶.

Uma observação final no tocante à subsidiariedade dos meios executivos atípicos. Já se disse que a quase totalidade da doutrina pesquisada entoa o discurso simpático à necessidade de prévio exaurimento do percurso típico antes da utilização dos meios atípicos. No entanto, muitos daqueles que aderem a essa ideia não descartam a possibilidade de emprego imediato das medidas atípicas se houver *convenção processual entre as partes*¹⁷⁷. Se as partes livremente ajustarem a prioridade dos meios atípicos, renunciando a sequência procedimental que lhe seria mais favorável, é dado ao juiz operar imediatamente com as medidas atípicas.

A conclusão aqui alcançada é menos restritiva e dispensa a convenção processual para que as medidas indutivas atípicas tenham preferência. *As medidas indutivas atípicas podem protagonizar o cumprimento de sentença atinente a prestações pecuniárias desde que a situação concreta recomende a sua utilização, dispensando-se, em tais casos, o prévio exaurimento da via típica.*

¹⁷⁶ Sérgio Cruz Arenhart, na obra citada na referência anterior, faz engenhosa ponderação acerca dos reflexos da proporcionalidade panprocessual na “escolha” dos meios executivos. Diz o autor: “O raciocínio aqui proposto pode ser aplicado aos mais diversos ramos do direito processual. Pode-se, por exemplo, utilizá-lo para avaliar o esforço aplicado na execução de um julgado, em contraste com aquilo que pode (ou é) utilizado para as outras execuções ou para os outros processos em geral. Nesse campo, pode-se, por hipótese, considerar a razoabilidade de sujeitar toda a execução à participação jurisdicional (por meio da sujeição da execução ao regime da arrematação judicial), ao invés de deixar esses momentos à autonomia das partes (com o recurso à adjudicação do bem expropriado). Nota-se que a legislação processual brasileira foi precisa – e, nesse aspecto, aplica adequadamente o critério da proporcionalidade – ao estabelecer a preferência da adjudicação sobre a arrematação judicial, pois com isso deixa de consumir atividade jurisdicional para algo que pode ser perfeitamente deixado a cargo do credor. De outro lado, porém, deveria ter ido além, não deixando à escolha do credor a forma de sua satisfação, mas impondo – salvo hipóteses determinadas, em que essa solução fosse inviável – o caminho da adjudicação e deixando a critério do credor apenas a eleição sobre o interesse em manter consigo o bem adjudicado ou o alienar, na forma e no modo que encontrar mais adequados. Poder-se-ia, nessa quadra, concluir que a interpretação conforme a Constituição da disciplina da execução no CPC não deixa liberdade ao credor para optar pela adjudicação, mas a impõe como forma proporcional de satisfação, salvo quando essa medida seja inviável, inútil ou inadequada” (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 46-47). *Mutatis mutandis*, o raciocínio também pode nortear a conclusão de que os meios de indução se mostram, em alguns casos, mais adequados, por constituírem forma mais proporcional de satisfação.

¹⁷⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 138.

5.3 Dispensa de requerimento da parte para a execução lastreada em título secundado por meio indutivo atípico

Nos casos em que a tutela do direito material depender da prática de atos de repercussão física, e quando a utilização de meios executivos atípicos se revelar mais adequada, a execução estará se realizando por meio da emissão de ordem judicial, ou seja, pela manifestação do *imperium* estatal (vide item 2.3 supra). Escolhida essa via, não há sentido algum em condicionar o cumprimento da ordem judicial ao requerimento da parte¹⁷⁸. Aliás, seria um absurdo que o Estado impusesse uma ordem cuja incidência só se realizasse a partir do impulso da parte. Veiculando a decisão exequenda uma *ordem*, o início da execução pode se dar *ex officio*.

Nas sentenças que não veiculam ordens, mas simplesmente declaram o direito e constituem o título executivo, é natural que o procedimento para a satisfação do crédito se inicie mediante impulso da parte¹⁷⁹. Em tais situações, a regra do art. 523 do CPC/15, que exige o requerimento da parte para o início do cumprimento de sentença, incide plenamente, sem reservas. Se se demonstrar mais adequada a via típica, predominantemente sub-rogatória na execução por quantia, os atos executivos apenas se precipitarão a pedido do credor, malgrado não se deva ignorar a direção mais participativa do processo pelo juiz no ambiente das execuções em geral¹⁸⁰.

Portanto, o fato de o art. 523 do CPC/15 condicionar o cumprimento de sentença ao requerimento da parte não representa nenhum embaraço à interpretação segundo a

¹⁷⁸ “Noutras palavras, tanto para deferir as medidas atípicas quanto para modifica-las, o juiz pode agir *ex officio*. Cabe ao juiz determinar as medidas atípicas adequadas e necessárias à tutela do direito de crédito, modificando-as sempre que se revelarem inúteis à sua finalidade”. (ARAÚJO, Luciano Vianna. **A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa**. *Revista de Processo*. vol. 270. p. 123-138. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2017, edição eletrônica)

¹⁷⁹ Propondo que a execução, de um modo geral, não deveria depender do requerimento da parte, ver ABELHA, Marcelo. **O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 2 - continuação)**. *Revista de Processo*. vol. 245. p. 151-222. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2015, edição eletrônica: “[...] era preciso que o legislador avançasse mais, que tratasse a tutela satisfativa sobre uma perspectiva pública, onde a entrega da tutela fosse um dever do Estado e inúmeros atos nem precisariam ser requeridos pelo exequente, como o pedido de protesto da sentença transitada em julgado, ou o pedido de início da execução, ou ainda o pedido de penhora on-line de dinheiro. Ora, nada disso deveria estar submetido ao princípio dispositivo, posto que estaria no fim mesmo da realização da tutela executiva. E mais, para o devedor oferecer qualquer defesa deveria juntar sua declaração de bens entregue anualmente à Receita Federal devidamente atualizada. Enfim, soluções simples que buscam um processo mais efetivo, cooperativo e ético”.

¹⁸⁰ “Como não poderia deixar de ser, espera-se do juiz, também nesse processo (e talvez até mais), uma conduta muito atuante e participativa, uma vez que lhe cabe zelar pelos bons resultados das atividades a seu cargo e sob sua direção” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 115). Também: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução: parte geral**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71-72).

qual, no tocante à iniciativa da parte, é necessário decompor o cumprimento de sentença relativa à prestação pecuniária em dois blocos, separados pelo conteúdo da decisão exequenda.

Se constar da decisão uma *ordem de pagamento* aparelhada com medidas de indução, terá o juiz aquilatado a inadequação do roteiro predisposto em lei e avaliado a necessidade de satisfação do direito mediante o império estatal. Então, não terá sentido algum em condicionar o cumprimento da ordem judicial à vontade do credor. Melhor dizendo, não terá sentido algum condicionar o cumprimento da ordem judicial à *reafirmação* da vontade do credor, que já a manifestou quando do ajuizamento da ação condenatória à prestação pecuniária. A concretização do império estatal não pode se ver contingenciado pela reafirmação do desejo do vencedor. A mandamentalidade do comando de pagamento implica a sua iniciativa oficial.

No entanto, se a decisão exequenda se enquadrar no ordinário das coisas e não identificar particularidades que descortinem a adequação da via atípica, todas as regras taxativamente previstas em lei guiarão o cumprimento de sentença, inclusive a que exige a iniciativa da parte (CPC/15, art. 523). A razão da diferença é que, nesse caso, a decisão carece de mandamentalidade e não encerra uma ordem estatal. Mais ainda, como a via típica na execução por quantia é preponderantemente sub-rogação, cabe à parte definir o momento de iniciar o cumprimento de sentença “[...] *exatamente* porque, ausentes bens do executado, há risco concreto de paralisação do curso da execução e, eventualmente, de sua extinção, com a perda da pretensão à execução”¹⁸¹.

Aliás, é nesse dado que se insere a outra crítica usualmente feita ao desencadeamento da execução de ofício. Segundo seus críticos, ela esvaziaria a regra dos arts. 921, §4º c.c. 924, V, do CPC/15, os quais tratam da prescrição intercorrente como modo de extinção da execução. Se é dado ao juiz conduzir oficiosamente o cumprimento de sentença, jamais se operaria a paralisação indevida do processo como causa geradora da prescrição intercorrente. Caberia sempre ao juiz buscar meios de constranger ou premiar o devedor para o cumprimento da obrigação.

A falha do argumento está na crença de que a escolha do meio indutivo atípico é arbitrária e sem critério. Que basta ao juiz escolher, aleatoriamente, a via das medidas inominadas para que crie “um processo ao seu modo”, sem necessidade de requerimento

¹⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim mas eu gosto”?** In: Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR V. 3, n.1 (maio. 2018), p. 15-57. Curitiba: OABPR, 2018, p. 46.

da parte, sem necessidade de seguir o itinerário disciplinado legalmente, sem risco de prescrição intercorrente. Sucede que a conjuntura fático-jurídica cuja presença é indispensável para o uso de meios indutivos atípicos na execução por quantia e o ônus argumentativo imposto ao juiz reservarão a técnica de atuação sobre a vontade para casos excepcionais de ameaça séria à efetividade do processo.

Outra deficiência do argumento, também captada precisamente por Sérgio Cruz Arenhart, é que se a regra da prescrição intercorrente impusesse uma limitação à iniciativa oficial do cumprimento de sentença todos os demais caminhos para além do sub-rogatório típico estariam fechados e não haveria lugar para o uso de meios atípicos na execução por quantia, a despeito do contido no art. 139, IV, do CPC, “[...] na medida em que, sempre, a falta de bens penhoráveis deveria implicar a suspensão do processo e, eventualmente, sua posterior extinção, por prescrição intercorrente”¹⁸².

Existem, portanto, duas vias para o cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa: a via típica, preponderantemente sub-rogatória, cuja iniciativa fica ao alvedrio da parte, e a via atípica, preponderantemente indutiva, que independe de impulso inicial da parte.

5.4. Desnecessidade de existir uma relação de causalidade entre a aplicação da medida e a imediata satisfação patrimonial

Costuma-se patrocinar o discurso de que o meio executivo atípico deve guardar uma relação com a prestação visada. Ou seja, para assegurar o pagamento de uma prestação em dinheiro, não seria possível a escolha de um meio executivo que, por exemplo, inviabilizasse o exercício da atividade profissional do obrigado, justamente porque é por meio dessa atividade que obterá a renda para satisfazer a obrigação¹⁸³.

¹⁸² ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim mas eu gosto”?** In: Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR V. 3, n.1 (maio, 2018), p. 15-57. Curitiba: OABPR, 2018, p. 45.

¹⁸³ “De resto, a medida coercitiva não pode ser incompatível com o fim visado, de modo a acabar impossibilitando o réu de cumprir a ordem (por exemplo, não se pode impor como medida coercitiva a proibição de que o réu desenvolva atividade produtiva se a solvabilidade dele é pressuposto prático relevante para o cumprimento da ordem)” (TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução.** In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 27-57. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 32). No mesmo sentido: “A quarta linha de argumentação que pode ser desenvolvida pelo executado diz respeito à necessidade de existência de relação entre a medida de apoio imposta e o objeto da execução. Havendo correlação entre a medida e a dívida é, em tese, legítima a imposição da restrição; do contrário, ao menos em tese, é ilegítima a determinação” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **O art. 139, IV, do**

O argumento é injustificável. Como bem anotado por Sérgio Cruz Arenhart, cujo magistério é mais uma vez invocado, “[...] jamais se exigiu qualquer nexo de relação entre as técnicas coercitivas ‘típicas’ (a exemplo da multa coercitiva ou da prisão civil) e a prestação cuja tutela se pretende”. E prossegue com as seguintes indagações: “[...] qual a relação entre o dever de pagar alimentos e a prisão do devedor? Qual a relação entre a prestação de devolver um veículo e o montante em dinheiro representado pela multa coercitiva? Absolutamente nenhuma!”¹⁸⁴.

Ao escolher o meio executivo atípico, a preocupação do juiz deve centrar-se nas máximas da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Uma vez observadas, a falta de relação entre o meio executivo e a natureza da prestação é irrelevante. Portanto, a única relação defensável na escolha do meio executivo é a que se sintetiza na máxima parcial da *adequação*, à luz da qual o meio executivo deve ser capaz de fomentar ou promover a realização do objeto perseguido.

A exigência de qualquer outra relação é incompreensível quando se pensa em medidas de indução, cuja missão não é gerar, por sua incidência, a satisfação direta do crédito, mas provocar a ação do devedor para a satisfação do crédito. Em outras palavras, o meio indutivo não tem, e nunca teve, o propósito de gerar patrimônio como consequência imediata da sua incidência. Ele visa a remover o devedor do estado de inércia em ordem a que ele [devedor], por sua atitude, providencie o numerário com o qual honrar o seu compromisso. Medidas sub-rogatórias é que proporcionam, só por atuarem, a satisfação do direito. Incidem sobre o patrimônio ou a coisa e realizam a prestação.

A prisão civil do devedor de alimentos é o exemplo mais emblemático dessa afirmação. Quando se priva o devedor de alimentos da sua liberdade, não se consegue o aparecimento de renda como consequência imediata do meio executivo (no caso, meio indutivo típico). Todavia, em decorrência da excruciante restrição ao direito fundamental de ir e vir, o obrigado procura, por seus contatos, o numerário com o qual pagar a dívida alimentar. A privação da liberdade opera sobre a vontade do devedor, que, por seu turno,

CPC e os instrumentos de defesa do executado. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). Medidas executivas atípicas, p. 855-872. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 868).

¹⁸⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim mas eu gosto”?** In: Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR V. 3, n.1 (maio. 2018), p. 15-57. Curitiba: OABPR, 2018, p. 38. No mesmo sentido em relação à desnecessidade de existir correção: 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. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./2018, edição eletrônica.

providencia os recursos para pagar a dívida. Aliás, a prisão civil constitui o extremo oposto da geração de dinheiro como efeito imediato. Quem se acha encarcerado tem menores condições de gerar renda para satisfazer uma dívida em dinheiro.

Para além do usual exemplo da prisão civil do devedor de alimentos, o segundo exemplo fornecido por Sérgio Cruz Arenhart na passagem acima transcrita também é bastante ilustrativo. Qual a relação entre a prestação de devolver um veículo e o montante em dinheiro representado pela multa coercitiva? A imposição das *astreintes* tem o condão de causar, como consequência automática, a entrega da coisa? Sem dúvida, não! O que a multa faz é induzir o devedor a entregar a coisa para não se sujeitar a um mal. Novamente, ela remove o obrigado do seu estado de inércia e o constrange a cumprir a obrigação.

Portanto, se o legislador, muitas vezes, faz opção por medidas executivas típicas (sub-rogatórias ou indutivas) que não guardam nenhuma relação com o objeto perseguido, por qual motivo o juiz, no caso concreto, precisa orientar-se, na escolha do meio, por esse critério da existência de relação? Não seria essa imposição mais um embaraço que vem sendo interposto à aplicação do art. 139, IV, do CPC/15, recebido com bastante desconfiança pela doutrina e pela jurisprudência? Seguramente, não se trata de má compreensão do funcionamento dos meios indutivos, na medida em que o critério da relação é endossado por grandes processualistas.

Assim, não é necessário existir uma relação de causalidade entre a aplicação da medida e a imediata satisfação patrimonial.

5.5 Reavaliação periódica da adequação da medida indutiva. Fixação de prazo de vigência

Não se deve descurar que a regra do art. 139, IV, do CPC, ao atribuir ao juiz o dever de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”, pretende dar-lhe instrumentos para que entregue uma prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável, franqueando-lhe técnicas processuais aptas a viabilizar a tutela do direito. Em outras palavras, o propósito da regra é *instrumentalizar a jurisdição*, e não punir o devedor.

Se é assim, a decisão que lança mão do meio atípico *de natureza coercitiva* deve obrigatoriamente ser revalidada após algum tempo. Só deve perdurar enquanto ainda mantiver a sua capacidade de coerção. Quando não mais contar com essa aptidão, a

técnica do art. 139, IV transforma-se em sanção punitiva, e ela não foi criada com esse desiderato.

A persistência do descumprimento da ordem após aplicada a medida indutiva é indiciária de que ela falhou como tal. Logo, precisa ser remodelada ou revista¹⁸⁵. Se mantida nos mesmos termos já não será mais meio de indução, pois já demonstrou sua ineficiência para induzir o devedor ao cumprimento da obrigação. Assumirá, então, uma clara feição punitiva pelo inadimplemento.

Por isso, é indispensável que conste da decisão judicial um prazo de validade, ou melhor, um tempo para a reavaliação da eficiência do comando enquanto providência executória. Vencido o prazo cominado, caberá ao juiz checar se vem a medida surtindo algum efeito (por exemplo, quando o executado realizou pagamentos parciais ou contactou o credor para renegociar a dívida). Em caso positivo, poderá simplesmente renovar ou ampliar o prazo vencido. Do contrário, terá de modificá-la (majorando o valor das *astreintes*, por exemplo) ou substituí-la (trocando a suspensão dos cartões de crédito pela suspensão do direito de dirigir, por exemplo).

Apenas com o reexame periódico da eficiência do meio indutivo atípico conservará ele seu caráter executório. E o mesmo processo deverá ser observado após a modificação da medida originária. As sucessivas providências restritivas haverão de ser revalidadas com o curso do tempo, sempre com a intenção sabatinar a sua vitalidade.

A pergunta inevitável é: qual o tempo necessário para a reanálise da medida? Para a medida coercitiva *típica* de prisão civil do devedor de alimentos estabelece a lei o prazo máximo de três meses (CPC, art. 528, §3º). É esse o prazo que deve ser tomado em conta também para a reavaliação das medidas indutivas atípicas restritivas de direitos e liberdades? Para responder essa questão, é preciso identificar se a semelhança entre os meios executivos indicados justifica o mesmo tratamento.

E a semelhança fica por conta exclusivamente do fato de um e outro ter a natureza de medida de execução indireta, atuando sobre a vontade do devedor para constrangê-lo ou estimulá-lo a cumprir a obrigação. Ambos têm a pretensão de demover o executado da posição recalcitrante de inadimplente, forçando-o a preferir o pagamento da dívida à restrição do direito ou liberdade, ou fomentando tal postura.

¹⁸⁵ ARAÚJO, Luciano Vianna. **A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa.** *Revista de Processo*. vol. 270. p. 123-138. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2017; ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. **Breves comentários ao novo código de processo civil.** In: ALVIM, Tereza Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 452.

De outro lado, a prisão civil por débito alimentar atua sobre a liberdade do devedor, privando-o do direito constitucional de ir e vir. Ceifando a liberdade do executado, desfruta de altíssimo poder de coerção, de modo que a persistência da dívida após o prazo legal de noventa dias é altamente indicativa de que a inadimplência resulta da real impossibilidade de cumprimento da obrigação. Quando se chega a esse ponto, a medida de coerção deixa de exercer coerção, transformando-se em sanção punitiva. A própria lei ocupou-se de estabelecer um prazo dentro do qual presume o caráter executivo da prisão.

As demais medidas executivas atípicas afetam direitos menos sensíveis do devedor – menos sensíveis não é o mesmo que desimportantes. Por isso, toleram um prazo mais elástico de validade, do qual, aliás, muitas vezes dependem para atuar de forma indutiva (a suspensão do direito de dirigir pode ser pouco sentida pelo prazo de um ou dois meses, mas onerosa com o passar do tempo; o devedor privado de um passaporte pode ser indiferente à restrição caso tenha uma viagem marcada para daqui a seis meses, quando já terá ela sido levantada).

Portanto, a diferente densidade dos direitos alvejados pela decisão judicial autoriza concluir que a limitação temporal incidente em relação à prisão civil por dívida não deve ser estendida para as hipóteses de restrição a outros direitos, não apenas porque o peso da medida é um tanto menor, mas também porque a eficiência da restrição algumas vezes depende do decorrer de um período de tempo maior que o previsto no art. 528, §3º para a prisão civil.

Desse modo, a dosimetria do tempo necessário para a revalidação da medida coercitiva não segue regra *a priori*, reivindicando uma análise concreta da forma como o tempo pode contribuir para a maior eficácia do meio executivo.

Conclui-se que é salutar a averbação de um prazo na decisão judicial que fixa a medida indutiva atípica para a reavaliação da eficiência do comando enquanto providência executória. O prazo deve ser aferido em cada caso.

5.6 Meios indutivos atípicos e o sistema legal de impenhorabilidades

Outra preocupação com a qual se deparam aqueles que pensam nos meios indutivos atípicos é que resulte do seu emprego burla – não necessariamente proposital –

ao sistema de impenhorabilidades, duramente construído e aprimorado ao longo do tempo com o intuito de assegurar ao devedor a manutenção de um patrimônio mínimo¹⁸⁶.

O raciocínio é o seguinte: o executado, embora não desfrutando de bens suscetíveis de penhora, porque albergados os livres pela regra dos arts. 832 e 833 do CPC, impelido ao pagamento da dívida mediante restrição a direitos, poderia ver-se obrigado a dispor de um bem que a lei preferiu blindar da execução. Dizendo de outra forma, para conseguir o levantamento da medida de indução, o executado abre mão da proteção legal contra a penhora para entregar ao credor parte do seu patrimônio intangível.

A manter suspenso o seu direito de conduzir veículos automotores (restrição à CNH) ou de fazer compras mediante cartão de crédito (restrição a cartões de crédito), poderá o devedor preferir despojar-se de parte do seu salário (CPC, art. 833, IV) ou de uma pequena reserva aplicada em caderneta de poupança (CPC, art. 833, X), malgrado tais bens, ordinariamente, não se encontrassem sujeitos à execução (CPC, art. 832).

Não se pode negar que o argumento é sedutor. Mas falha ao esquecer-se que o emprego de um meio executivo atípico passa pelo rigoroso teste da proporcionalidade, incidindo exclusivamente se superar as análises de *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. Ao perscrutar a presença dessa tríade, o juiz avaliará se o suporte fático a partir do qual se projeta a possibilidade de um meio coercitivo autoriza a medida restritiva. E conterà o seu disparo – ou retrocederá para revertê-la – caso implique ela, verdadeiramente, uma violação à regra da impenhorabilidade.

É bom recordar as indagações que auxiliam didaticamente a promoção dos testes da proporcionalidade: (i) “a medida adotada é adequada para *fomentar a realização do objetivo perseguido*?” (teste da adequação); (ii) a realização do objetivo perseguido não pode ser promovida, com a mesma intensidade, por outro meio menos gravoso? (teste da necessidade); (iii) a realização do objetivo perseguido justifica a restrição que se pretende impor ao direito fundamental oposto? (teste da proporcionalidade em sentido estrito)¹⁸⁷.

Dois exemplos deixarão as coisas mais claras.

¹⁸⁶ SILVA, Bruno Campos; SOUZA, Diego Crevelin de; ROCHA, Jorge Bheron. **Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator shylockiano do art. 139, IV, do CPC**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 703-715. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 709.

¹⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 170-175.

Após o longo trâmite de um processo buscando a responsabilidade civil de causador de acidente de trânsito, o autor finalmente obteve êxito em sua demanda. A sentença, confirmada em segunda instância e transitada em julgado, condenou o réu a reparação de danos materiais e morais. Dentre os danos materiais, ao pagamento, a título de lucros cessantes, de pensão proporcional à perda da capacidade laborativa infligida à vítima.

Todavia, as medidas executivas empregadas na fase de cumprimento de sentença vinham se mostrando ineficazes. O devedor não dispunha de capital em conta ou bens registrados em seu nome. Tampouco era sócio de alguma empresa. Sua casa, uma bela casa, não contava com obras de arte ou adornos suntuosos. A execução tendia ao insucesso. No entanto, o executado ostentava publicamente sinais de riqueza. Utilizava-se de um veículo automotor de alto custo (não registrado em seu nome), frequentava bons restaurantes, compartilhava nas redes sociais fotografias tiradas nos quatro cantos do mundo. Aparentemente, levava uma vida faustosa. Em vista desse cenário, deferiu o juiz o uso de medidas coercitivas atípicas, autorizando a restrição a direitos como dirigir veículo automotor (suspensão da CNH) e fazer compras com cartão de crédito (suspensão dos cartões de crédito).

Para tomar essa decisão, operou os testes da proporcionalidade acima descritos, concluindo: (a) uma vez que a restrição a direitos dos quais desfruta o devedor em sua rotina pode induzi-lo a adimplir a obrigação, trata-se de *medida adequada*; (b) ademais, o emprego de outros meios executivos não se revelou eficiente, malgrado evidente que o executado goze de patrimônio com o qual honrar a obrigação imposta pela sentença. A medida é, pois, *necessária*; (c) finalmente, a necessidade de dar efetividade à satisfação do crédito de natureza alimentar (pensão por ilícito civil) justifica a restrição aos enunciados direitos do devedor, direitos sem os quais é ele privado apenas de uma das vias alternativas – para muitos a mais confortável – de transporte e compra. Na ponderação entre os direitos em colisão (direito à tutela jurisdicional efetiva visando à satisfação de crédito alimentar e direito a liberdades não indispensáveis), o sacrifício do último reflete a melhor opção, que, por isso, é *proporcional em sentido estrito*.

Imagine-se, agora, uma situação diversa. Ajuizada ação monitória para a cobrança de mensalidade escolar atrasada por uma grande rede particular de ensino. Não opostos embargos e convertido o mandado inicial em executivo, iniciaram-se os atos de busca de bens para a satisfação do crédito. Realizado um bloqueio na conta do devedor, comprovou ele que o numerário correspondia a crédito de aposentadoria por invalidez,

sua única fonte de subsistência. Investigada a existência de outros bens, localizou o exequente apenas uma casa registrada em nome do executado, na qual vivia com sua família (portanto, impenhorável). Não localizados bens penhoráveis, requereu o exequente a restrição ao direito do devedor de contrair empréstimo consignado em seu benefício previdenciário. Como constavam do demonstrativo do benefício previdenciário anotações de vários empréstimos consignados, sucessivamente contraídos nos limites da margem consignável, deferiu o juiz a medida com o intuito de demover o executado da recalcitrância.

Agiu corretamente o juiz? Definitivamente, não! À luz da máxima da proporcionalidade, a medida (a) *é adequada*, pois tem o condão de induzir o devedor ao pagamento para livrar-se da restrição ao seu direito; (b) *é necessária*, porque o uso de outros meios executivos não se mostrou eficiente para a satisfação do crédito, não desfrutando o credor de outra alternativa eficaz; (c) *mas não é proporcional em sentido estrito*, já que dar efetividade ao recebimento de uma prestação em dinheiro por uma grande rede de ensino privado não justifica a restrição a direito – direito a contrair empréstimo a juros mais vantajosos pela consignação – de que se utiliza o devedor para angariar vez ou outra doses mais generosas de receitas. Basta ponderar que muitos daqueles que vivem a partir de receitas ordinárias modestas precisam eventualmente recorrer a fontes extraordinárias. Se alijados dessa via, correm o risco de amargar uma ruínosa desordem orçamentária. Entre sacrificar o direito de crédito de sólida instituição de ensino e o direito a obter crédito de um devedor de vida modesta, a escolha proporcional é a primeira.

Em uma e outra situação, os devedores privados de seus direitos poderiam acabar optando por despojar-se de algum bem amparado pela regra da impenhorabilidade para recuperar a plena liberdade. Daí é que surge o argumento segundo o qual o emprego de meios atípicos de execução importaria burla ao sistema de impenhorabilidades. Contudo, os exemplos acima demonstraram que o recurso às máximas da proporcionalidade dirigirá a análise do cabimento das medidas. E sempre que avalizarem o seu emprego indicarão, *ao menos a princípio*, um descompasso entre o alongamento da execução e o *status* socioeconômico do devedor. Nada obsta que a superveniência de provas em sentido contrário force o juiz a recuar e levantar a medida.

Logo, *o uso de meios indutivos atípicos não poderá afrontar o sistema legal de impenhorabilidades, salvo se o comportamento do devedor credenciar o rompimento dessa blindagem patrimonial.*

5.7 Meios executivos atípicos no ambiente das tutelas provisórias de urgência: medidas de efetivação e particularidades do regime de urgência

Não se pode perder de vista que a efetivação das tutelas provisórias de urgência goza de particularidades que contraindicam com vigor a operação mediante ferramentas preordenadas de modo inflexível pelo legislador. Existem particularidades no regime de urgência em função das quais a atipicidade ganha uma posição de proeminência.

A regra do art. 297 faz menção indiscriminada às tutelas provisórias – de urgência e de evidência –, igualando-as quanto aos meios de efetivação. Nessa linha, tanto a tutela de urgência quanto à de evidência autorizam o emprego “aberto” das medidas adequadas para o seu implemento, o que é extremamente positivo. Afinal, os instrumentos processuais engendrados para a satisfação de direitos devem mesmo contar com forte capacidade impositiva, de modo a que decisões judiciais ou outros títulos constitutivos de direito (decisões arbitrais, títulos executivos extrajudiciais etc.) não correspondam a meras promessas vazias.

De toda forma, os direitos proclamados em sede de tutela provisória *de urgência* gozam de particularidades que proibem peremptoriamente outra forma de regulação normativa que não por meio de modais legislativos abertos. O aprisionamento dos meios de efetivação em uma descrição textual fechada seria desastroso. O legislador não daria conta de prescrever (*pré + escrever = escrever previamente*) todas as medidas adequadas, porque as situações da vida não constam de um catálogo *numerus clausus*¹⁸⁸. Por isso, é preciso cuidado na interpretação do parágrafo único do art. 297 e do art. 519 relativamente à *tutela ressarcitória*.

Por ora, importa enfatizar que os direitos recrutados para o plantel dos urgentes são aqueles especialmente premidos pelo tempo. Direitos inconciliáveis com a duração ordinária do processo até o julgamento definitivo. Direitos que nem mesmo a execução provisória de sentença – a que se reporta o art. 297, parágrafo único, do CPC –

¹⁸⁸ “Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. Poderíamos criar normas cuja aplicação a casos particulares nunca exigiria uma escolha adicional. Poder-se-ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feito em relação a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma norma. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência ‘mecânica’. Esse não é, evidentemente, o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer. Essa imprevisibilidade traz uma relativa imprecisão dos objetivos” (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 166-167); MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 131.

concretizaria com a mesma eficiência ou amplitude. A emergência que justifica esse tipo de tutela provisória reclama, *por coerência*, mecanismos arrojados de execução/efetivação. É com o implemento do direito que o peso do tempo muda de direção.

De nada adiantaria o deferimento de uma tutela provisória de urgência em face de uma operadora de plano de saúde, impelindo-a a prover a cobertura de dado tratamento emergencial, se não pudesse o juiz lançar mão de meios para constrangê-la ao atendimento da ordem judicial (como *astreintes*, ofício à ANS para a suspensão do registro da operadora etc.). Da mesma forma, poderia mostrar-se inócua a decisão judicial que determinasse provisoriamente a abstenção do exercício de uma atividade empresarial nociva ao meio ambiente se tal comando não contasse com o apoio de uma medida de efetivação (*astreintes* ou mandado de interdição do estabelecimento, por exemplo).

Portanto, há direitos que, admitidos como prováveis, não podem esperar o contraditório, sob pena de perecimento ou de prejuízo à tutela definitiva (CPC, art. 300). Na medida em que tais direitos não cabem em um rol predefinido – podem dizer respeito à preservação do bom nome, da honra, da saúde, da dignidade e de tantos outros atributos que individualizam e permitem a sobrevivência do sujeito –, também os meios para praticamente assegurá-los não permitem prévio arrolamento. Precisam ser pós-descobertos conforme a necessidade do caso.

Daí que se deve compreender por “medida adequada” toda aquela que, seguindo parâmetros argumentativos de controle¹⁸⁹, seja capaz de proporcionar as formas de tutela da prestação prometida pela decisão provisória. Trata-se, pois, de uma *cláusula versátil*. Mais ainda, de uma cláusula que deve seguir uma lógica de aplicação bastante diversa da prevista para o cumprimento provisório de sentença, sem embargo do estatuído nos antes citados artigos 297, parágrafo único, e 519 do Código de Processo Civil.

Não é possível instituir nas medidas de efetivação o mesmo sistema de contrapesos que vigora no cumprimento provisório de sentença¹⁹⁰. Ainda que o cumprimento provisório de sentença vá fundado em sentença judicial contra a qual pende

¹⁸⁹ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 43.

¹⁹⁰ “(...) admitir que a antecipação de pagamento de soma se submete, em todas as hipóteses, ao regime da execução provisória é desprezar ou desconhecer a finalidade da tutela antecipatória. A execução provisória da sentença, tal como foi concebida pela doutrina, não supõe a necessidade de realização imediata do direito de crédito, mas apenas a necessidade de aceleração da atividade executiva para a segurança do juízo” (MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 67).

recurso sem efeito suspensivo – portanto, em decisão prolatada em *cognição exauriente*, e não apenas sumária (como a da tutela provisória) –, trata-se de modelo de execução que se ocupa da satisfação de direitos menos impacientes.

Veja-se, não se está a sustentar que o titular de um direito reconhecido em sentença condenatória não anseia por sua satisfação, que não deseja o expedito cumprimento da obrigação. A análise da urgência, aqui, toma em consideração uma perspectiva objetiva, desinteressada, centrada exclusivamente na natureza do direito perseguido e no risco da demora em implementá-lo. Logo, quando se cogita de direitos menos impacientes, a impaciência não é a *do titular* do bem jurídico tutelado, mas a *do próprio* bem jurídico tutelado, cuja preservação não se compraz com a espera.

Existe, pois, uma distância entre essas técnicas (efetivação das tutelas de urgência e cumprimento provisório de sentença): uma serve à *urgente* satisfação, outra serve à satisfação. *Ontologicamente*, uma e outra é meio de execução. Mas no *modo de operar* guardam diferenças substanciais. A premência do direito acudido pela tutela de urgência exige brevidade, e o cumprimento provisório de sentença, notadamente no âmbito da execução por quantia certa, rodeia-se de cautelas que implicam um elastério de tempo indigerível nos procedimentos emergenciais, quando não inconciliáveis logicamente com eles.

A começar pela regra do art. 520, IV, do Código de Processo Civil, consoante a qual “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”. A regra é excepcionada pelos incisos do art. 521, mas o parágrafo único do mesmo artigo excepciona as exceções¹⁹¹.

Imagine-se, então, um caso em que deferida a tutela provisória de urgência para impelir um profissional de odontologia a ressarcir os honorários recebidos, porque não executados os serviços, justificando-se a pressa no reembolso pela necessidade de o paciente contratar outro profissional para a realização do tratamento. Imagine-se, mais, o

¹⁹¹ “Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: I - o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem; II - o credor demonstrar situação de necessidade; III – pender o agravo do art. 1.042; IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos. Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

deferimento de provimento antecipado para assegurar a uma microempresa o imediato pagamento de produtos adquiridos por seu principal comprador, em decorrência de cujo atraso vem enfrentando dificuldades para comprar insumos para a sua produção, correndo risco de paralisação. Imagine-se, finalmente, a concessão do mesmo provimento para impor a uma seguradora o pagamento de indenização por invalidez permanente ao segurado em vista do advento do risco coberto.

Esse rol de situações hipotéticas, que nem de longe dá conta de ilustrar as adversidades da vida em virtude das quais o tempo adquire redobrado valor, serve ao menos para pôr em evidência um dado: uma vez que o deferimento da tutela provisória de urgência buscará sempre fundamento no perigo de dano ou no risco ao resultado útil do processo (CPC, art. 300), é possível estabelecer que incidirá, *sempre e ao menos*, a exceção do art. 521, II (situação de necessidade), a dispensar a exigência de caução para o levantamento de depósito em dinheiro.

Ou seja, enquanto o cumprimento provisório de sentença reclamará a demonstração *concreta* do fator necessidade para a dispensa de caução, na efetivação da tutela provisória de urgência para o levantamento de depósito em dinheiro a situação de necessidade *se presumirá* do próprio deferimento do provimento emergencial. Afinal de contas, seria um contrassenso reconhecer a urgência do autor em receber uma prestação em dinheiro e, passo seguinte, exigir dele a prova da necessidade para levantar a importância depositada em cumprimento da decisão. Portanto, mais do que o perigo do tempo agregado para a prestação da caução, haveria, aqui, uma *incoerência lógica* entre o conteúdo da tutela de urgência e a condicionante imposta para o cumprimento provisório de sentença.

A exceção do parágrafo único do art. 521 do Código de Processo Civil, à luz do qual “A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação”, também não se aplica às medidas de efetivação do art. 297. Nas tutelas provisórias de urgência, a caução será dispensada ainda quando a sua execução traga risco de dano grave de difícil e incerta reparação. Do contrário, o risco de dano grave de difícil ou incerta reparação pesará sobre os ombros do autor, que desfruta de direito provável e urgente, em contraponto ao direito improvável e não urgente do réu.

Não se ignora que o direito do exequente em cumprimento provisório de sentença, a que se destinam imediatamente as regras sob análise (CPC, arts. 520 e 521), goza de ainda maior grau de certeza, pois fundado em sentença. E mesmo assim a lei não

dispensa a caução para o levantamento de importância em dinheiro, exigindo contracautela em benefício do direito improvável (do executado). No entanto, ao cumprimento provisório de sentença falta a urgência que, congregada ao melhor direito, torna despropositada a garantia.

Ou não é fora de propósito que o titular de um direito urgente (e provável) deixe de receber a prestação deferida tão somente porque não dispõe de bens ou recursos para prover a caução? Nesse cenário, é razoável que se prive de agasalhar um direito do autor para salvaguardar o menor risco do réu (menor porque seu direito é improvável)? A resposta só pode ser não. No cumprimento provisório de sentença existe a contraposição direito provável (ou certo) e direito improvável (ou incerto), mas lhe falta a contraposição maior risco do credor em detrimento ao menor risco do devedor. A falta de urgência nivela o risco de ambos e autoriza a exigência de caução.

A remissão às regras do cumprimento provisório de sentença feita pelos arts. 297, parágrafo único, e 519 vindica outro cuidado. É que o art. 520, §1º estabelece que “No cumprimento provisório de sentença, o executado poderá apresentar impugnação, se quiser, nos termos do art. 525”. O art. 525 relaciona as hipóteses de impugnação ao cumprimento *definitivo* de sentença, as quais, por força da referência do art. 520, §1º, se aplicam também ao cumprimento *provisório* de sentença. A pergunta é: aplica-se também em sede de *tutela provisória de urgência*? A resposta só pode ser não.

Na fase de execução, a apresentação pelo devedor de impugnação ao cumprimento de sentença faz nascer um incidente defensivo que, se pouco, terá as seguintes etapas: admissibilidade pelo juiz, com a decisão em torno do cabimento ou não de efeito suspensivo (CPC, art. 525, §6º); intimação do impugnado para manifestar-se sobre a impugnação; avaliação pelo juiz da necessidade de produção de provas para solver a controvérsia instaurada; efetiva produção de provas, com direito ao pronunciamento das partes a respeito do seu conteúdo; decisão da impugnação. Por óbvio, o implemento do provimento de urgência não pode aguardar o transcurso desse itinerário.

Mas ainda que se diga que apenas a concessão de efeito suspensivo à impugnação condicionaria o implemento da tutela de urgência ao vencimento de tal trajeto procedimental, restaria ao juiz o dever de dar conta do cumprimento dessas etapas, abrindo um contraditório e uma instrução paralelos àqueles inerentes ao procedimento da fase cognitiva. Tramitariam lado a lado a impugnação à medida de efetivação e o procedimento comum ou especial. Uma miscelânea de procedimentos que de jeito

nenhum contribuiria para a racionalidade do processo e para a sua tramitação em tempo razoável (CF, art. 5º, LXXVIII; CPC, arts. 4º e 139, II).

Assim, seja pelo receio de que o desenvolvimento das etapas da impugnação, nos moldes do art. 525, ponha em risco a própria tutela do direito material, seja pela ameaça à racionalidade do processo e ao direito fundamental à razoável duração, deve-se substituir a técnica da defesa por impugnação pela possibilidade de arguição de vícios ou inconsistências por mera petição¹⁹², provocando o juiz a revogar ou modificar a tutela provisória, como o admite o art. 296 do Código de Processo Civil.

Logo, reputa-se equivocada a diretriz consoante a qual “a tutela provisória será efetivada atipicamente na mesma medida em que a tutela definitiva pode sê-lo”¹⁹³. As técnicas de satisfação precisam ser tão mais efetivas quanto mais perturbador ao direito for a espera. *No ambiente das tutelas provisórias de urgência, a premência do direito e a necessidade da sua pronta efetivação sugerem medidas mais arrojadas de satisfação, justificando-se ainda mais o uso de meios executivos atípicos.*

5.8 Negócios jurídicos processuais no ambiente dos meios executivos atípicos

Não se tem a pretensão de examinar o inquietante tema dos negócios jurídicos processuais – e, mais especificamente, o tema dos negócios jurídicos processuais atípicos (CPC, art. 190) – de forma profunda e abrangente. O propósito é abordá-lo apenas com o enfoque no seu objeto e na proporção do necessário para a análise das suas possibilidades em relação aos meios executivos atípicos.

A premissa fundamental para essa abordagem é a reafirmação de que a presente pesquisa encara o processo como instrumento vocacionado à tutela do direito material¹⁹⁴,

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 169.

¹⁹³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 108.

¹⁹⁴ “O processo cumpre um papel eminentemente instrumental, no que diz com seu destino de promover a tutela e satisfação do direito substancial em crise, seja esta de lesão, seja de ameaça de lesão. Suas regras e institutos não são um fim em si mesmos. O operador desse instrumento tutelar não pode se perder nos meandros do formalismo, devendo ser fiel à missão funcional de efetividade da tutela jurisdicional, isto é, de proporcionar ao titular do direito material ameaçado ou lesado um proveito, na medida do possível, equivalente a tudo aquilo que o questionado direito lhe proporciona” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015**. *Revista de Processo*, vol. 285/2018. p. 65-88. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2018, edição eletrônica). Ainda: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual**. *Revista de Processo*, vol. 146/2007. p. 321-331. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2007, edição eletrônica.

e não como uma garantia *contrajurisdicional*¹⁹⁵. Vale dizer, o processo aqui é visto como uma ferramenta à disposição das partes e do juiz para a efetiva promoção do direito, não funcionando como uma rédea contra os abusos da jurisdição. Para a contenção dos abusos da jurisdição a Constituição Federal e as leis franqueiam outros mecanismos.

Para que o processo realmente sirva a esse propósito, deve o juiz dispor de *poderes*, ou *deveres-poderes*, como antes mencionado (item 3.1 supra). A regra que constitui a espinha dorsal desta pesquisa – o art. 139, IV – acha-se encartada no Capítulo I do Título IV do Livro III da Parte Geral do CPC, que cuida “dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz”. No entanto, o texto do *caput* do art. 139 faz referência ao verbo incumbir (“... *incumbindo-lhe*”). O verbo incumbir significa dar uma incumbência, um encargo, uma obrigação.

Há, portanto, uma *aparente* contradição entre a denominação do capítulo e a redação do seu principal artigo. Afinal, enquanto a epígrafe cria a expectativa da disciplina também de poderes do juiz, o enunciado normativo ater-se-ia unicamente a reger “incumbências”, deveres. Porém, uma leitura dos incisos do art. 139 logo revela que não se dedicou ele somente a disciplinar deveres do juiz, atribuindo-lhe também poderes.

De toda forma, quando a lei confere poderes a uma autoridade pública, obviamente não o faz para o regozijo do sujeito que os recebe. Ao contrário, tem por objetivo subsidiá-lo em proveito da função desempenhada, dar-lhe ferramentas para cumprir adequadamente o seu mister, com cujo esmero desenvolvimento atingirá de forma mais eficiente a finalidade pública almejada. A atribuição de um poder a determinada autoridade visa, portanto, a aparelhá-la para o cumprimento de um dever.

Se é assim, parece claro que o art. 139 do CPC relaciona *deveres-poderes* dos juizes. E a anteposição do verbo *dever* não é acidental. Os *poderes* servem ao atendimento dos *deveres*. São criados porque sem eles não conseguiria o juiz dar conta de executar suas incumbências no processo, ou as executaria de forma oca. Romper-se-ia ante o primeiro golpe. Sem os *poderes*, não haveria autoridade pública, da qual depende o Estado para o reinado da ordem.

É com atenção a essa premissa que deve ser lido também o inciso IV do art. 139. Ao conceder ao juiz o *poder* de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas,

¹⁹⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **As garantias arquifundamentais contrajurisdicionais: não-criatividade e imparcialidade**. Disponível em: [<http://emporiododireito.com.br/leitura/as-garantias-arquifundamentais-contrajurisdicionais-nao-criatividade-e-imparcialidade>]. Acesso em: 21.12.2018.

mandamentais ou sub-rogoratórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, preocupou-se o legislador em lhe dar instrumentos para o fornecimento da prestação jurisdicional, tendo em mira a tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos.

Tutela que nem sempre se compraz com a prolação da sentença ou decisão. Exige, muitas vezes, o desenvolvimento de novas atividades no intuito de realizar o direito proclamado. São demandas que provocam sentenças *insuficientes* – ou, talvez melhor, *não autossuficientes* –, as quais reclamam o implemento ulterior do direito declarado por meio de atividades satisfativas.

A lei processual civil brasileira não ignora que a concretização de alguns direitos percorre um caminho mais alongado. Não se exaurem com a mera declaração ou constituição/desconstituição. E quis deixar claro que os titulares de tais direitos precisam contar com a expectativa de vê-los realizados em tempo razoável. Por isso, ao tratar das normas fundamentais do processo, prescreveu o art. 4º do CPC: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Evidentemente, ao criar um direito processual fundamental, a lei impôs ao juiz o *dever* de promovê-lo. Na mesma toada, deu-lhe o *poder* de lançar mão de meios executivos atípicos sempre que se cuidar da via mais adequada para a efetiva tutela do direito material. A inevitável consequência da franquia de uma medida mais adequada e efetiva é a redução do tempo do processo em proveito do credor. Enfim, o art. 139, IV, do CPC concebeu um *dever-poder* preordenado a auxiliar a tutela satisfativa, inclusive do crédito em dinheiro.

Logo, se esse *poder* tem como meta propiciar o desempenho da atividade jurisdicional, atividade fim do Estado-juiz, não é dado às partes celebrar negócio jurídico que prive o juiz de tais ferramentas. Dizendo de outra forma, não é dado às partes dispor de algo que não lhes pertence imediatamente e que foi concebido para o eficaz desenvolvimento de uma atividade estatal.

Na percuciente observação de Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral a propósito da impossibilidade de convenção desautorizando o juiz a empregar meios de coerção para pressionar a parte ao cumprimento de uma decisão, afirmaram os autores: “É que o uso da multa pecuniária não só diz respeito a prerrogativas do Estado-juiz para emprestar às suas decisões a efetividade necessária, evitando que a própria autoridade

estatal fique desacreditada, mas também porque certas multas podem ser impostas ex officio pelo juiz, sendo que algumas revertem em favor do Estado ou da União [...]”¹⁹⁶.

É bem verdade que, um pouco mais adiante, os referidos autores admitem (i) que as partes convençionem a não execução do valor da multa fixada, ou mesmo (ii) que pactuem a proibição de algumas medidas executivas (citam como exemplo a não incidência do meio executivo atípico de suspensão das atividades empresariais das partes).

Em relação à primeira proposta, concorda-se que ingressando o direito ao valor da multa no patrimônio jurídico do credor, pode ele abrir mão da sua persecução, inclusive por convenção com o devedor. Ao juiz, diante da convenção que esvazia a eficácia da multa, caberá modificar o meio coercitivo, caso se mostre ele ainda necessário. Se a impossibilidade de cobrança da multa retira a sua capacidade de pressão, a solução é substituir a multa por outra forma de coerção.

Todavia, não há como aquiescer com a segunda proposta, porque não alveja ela somente o direito da parte, mas atinge frontalmente a própria atividade jurisdicional, cuja eficaz realização depende dos poderes de que alijado o juiz pela convenção. Não é convincente o argumento segundo o qual a execução se dá no interesse do credor, que pode, por isso, estabelecer limites a ela. E não é porque a priorização do interesse do credor se dá no plano relacional entre ele e o devedor, e não na sua relação com a jurisdição.

O compromisso da jurisdição é com a tutela eficiente do direito material e em tempo razoável (CPC, art. 4º e 139, II). O interesse do exequente não se sobrepõe ao do Estado de prover tutela efetiva e tempestiva. Para que a jurisdição cumpra o seu dever de prestar tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, deve dispor de instrumentos adequados, dos quais não pode ser privada pelo desejo de alguma das partes. O que é dado ao credor é abrir mão da execução, dela desistindo. Mas uma vez que opte pelo seu prosseguimento, não pode, por convenção com a parte contrária, retirar do juiz a possibilidade de valer-se de todos os meios indutivos indicados para a satisfação do direito¹⁹⁷.

¹⁹⁶ DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. *Revista de Processo*, vol. 275/2018. p. 193–228. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2018, edição eletrônica.

¹⁹⁷ “Se há espaço para que as partes optem por soluções consensuais e se, *eventualmente*, é admitido que as partes disponham *de alguns momentos do processo*, daí não decorre a conclusão de que então todo ato de disposição está e deve ser admitido. Essas limitações à atuação oficial do Estado devem ser vistas como parte da política pública de melhor atingir *os próprios objetivos do Estado* e não como uma solução natural ao sistema de composição dos litígios” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.1. p. 533).

Até mesmo porque, é importante lembrar, o processo deve tramitar sob a luz da *proporcionalidade panprocessual* (vide item 5.2 supra). Na sua condução, deve o juiz ter em mente que a administração racional da justiça vindica um olhar expansivo, que transcenda as margens do processo em análise. Quanto mais breve e efetivo o processo, menos sacrifício experimenta o erário público. Em consequência, maior as chances de distribuição equilibrada do orçamento para atender com isonomia os usuários do serviço judiciário.

A mesma lógica condutora do raciocínio de que se vem de expor também autoriza a conclusão segundo a qual as partes podem celebrar negócios jurídicos processuais para ampliar o leque de medidas executivas de caráter indutivo.

No âmbito das *sanções premiais*, caso as partes resolvam, por exemplo, ampliar o prazo do parcelamento compulsório do art. 916 do CPC, pactuando que, em vez de seis, o devedor possa pagar a dívida em doze vezes, ou minorar o percentual de honorários advocatícios se honrada a dívida em até trinta dias da citação, e não apenas em três (CPC, art. 827, §1º), haverá um reforço de efetividade a legitimar o negócio jurídico processual. Afinal, se incrementados os estímulos para o cumprimento voluntário da obrigação, maiores serão as chances de que as partes o façam.

O problema é que pode ocorrer de as partes convencionarem um prazo de estímulo para pagamento extremamente dilatado, ajustando, por exemplo, a possibilidade de parcelamento compulsório da dívida em cinco anos. Em tal circunstância, o negócio jurídico processual talvez não preste contributo à efetividade e alongue demasiadamente a solução do processo, dando azo às mesmas críticas lançadas para negar a possibilidade de convenção proibitiva do uso de algum meio executivo. Caberá ao juiz sindicar se a sanção premial, instrumento pensado para a efetivação, não está justamente comprometendo essa meta. Diagnosticando a nocividade do negócio processual, restará rechaçá-lo por ilicitude do objeto (CPC, art. 190, parágrafo único).

Entretanto, quando se pensa no negócio jurídico processual para ampliar as medidas de execução, que de atípicas passam a *convencionalmente típicas*, o caso será de promoção dos instrumentos de efetivação. A jurisdição, terceira em relação ao negócio jurídico, beneficia-se com o seu objeto. A desvantagem é instituída exclusivamente em prejuízo daquele que participou do acordo e consentiu com o cenário que o desfavorece. Quanto a esse aspecto, inexistente óbice à sua recepção.

Por fim, é perfeitamente possível que as partes convencionem a incidência de meios executivos atípicos independentemente do prévio esgotamento da via típica.

Embora se defenda nesta pesquisa a ausência de relação de antecedência dos mecanismos típicos em relação aos atípicos, foi realçado que a posição jurisprudencial e doutrinariamente dominante é a inversa, razão por que tem relevância mencionar a validade da convenção com tal conteúdo.

Em relação aos negócios jurídicos processuais, a conclusão alcançada é a de que não podem eles atingir os poderes do juiz, salvo para ampliá-los.

6 PRIMEIRAS ABORDAGENS DO TEMA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foram poucos os casos em que o Superior Tribunal de Justiça, Corte nacional encarregada de uniformizar a interpretação da legislação federal infraconstitucional¹⁹⁸, teve a chance de analisar o tema das medidas executivas atípicas *no universo das prestações pecuniárias*. Ainda assim, os casos nos quais abordou o assunto chegaram àquele tribunal não pela via do recurso especial, que permitiria um enfrentamento mais abrangente da compatibilidade dos meios executivos atípicos com o ordenamento jurídico, mas por meio de *habeas corpus* (CF, art. 105, I, c) ou de recurso ordinário contra decisão proferida em *habeas corpus* por tribunal estadual (CF, art. 105, II, a).

Alçados ao Superior Tribunal pelo impulso do *habeas corpus* ou do recurso em *habeas corpus*, as impugnações devolveram ao órgão *ad quem* exclusivamente o conhecimento da ocorrência ou não de violação ao direito fundamental de ir e vir, sob cuja perspectiva os recursos foram analisados. Não houve ocasião para o enfrentamento do tema sob os outros diversos pontos de vista a partir dos quais amiúde se questiona a validade dos meios executivos atípicos.

Até o fechamento desta pesquisa, eram três os recursos em *habeas corpus* analisados em cognição exauriente pelo Superior Tribunal de Justiça versando sobre o tema, todos impugnando decisões emanadas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RHC 97876/SP, HC 443.348/SP e RHC 99606/SP). Porque neles houve o primeiro contato com o assunto pela Corte Superior brasileira, com a sinalização de alguns parâmetros que possivelmente constituirão balizas para a aplicação das medidas executivas atípicas, é salutar que sejam individualmente examinados.

Além disso, tramita no Superior Tribunal de Justiça o HC 478.963/RS, impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que tem como um dos pacientes o famoso jogador de futebol Ronaldinho Gaúcho. O caso será abordado não apenas em razão da notoriedade da pessoa nele envolvida e da grande repercussão do caso nos meios de comunicação, mas também porque teve origem em

¹⁹⁸ Para uma análise profunda do tema, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

matéria de direito público (infração à legislação ambiental), e não em relação privada, como os demais.

Optou-se pela seguinte metodologia. Em primeiro lugar, os processos foram relatados, *sem nenhuma valoração*, desde o nascimento da fase executiva em primeira instância. Reputou-se importante a descrição dos fatos que constituem o fundamento-base das ações, na medida em que foram tomados em conta para a prolação das decisões no Superior Tribunal de Justiça. Ademais, como se trata de uma temática ainda incipiente nos tribunais, muitas vezes o órgão julgador recorreu ao magistério da doutrina, cuja menção se considerou valorosa para ilustrar a linha de pensamento aparentemente abraçada pelo relator (a doutrina citada pode revelar uma tendência). Após relatados os processos e as decisões de forma neutra, abriu-se um tópico para consignar críticas festivas ou corretivas aos argumentos condutores dos julgamentos, tudo a partir das premissas adotadas na presente pesquisa.

6.1 Recurso em *habeas corpus* nº 97.876/SP – Caso Escola Integrada Educativa vs. Jair Nunes de Barros

Na origem, trata-se de ação de execução de título extrajudicial ajuizada por Escola Integrada Educativa Ltda. em face de Jair Nunes de Barros, em trâmite na 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré/SP, fundada em contrato de prestações de serviços educacionais (autos do processo nº 1008851-23.2015.8.26.0604, ação distribuída em 04/12/2015). Naqueles autos, o executado, citado, deixou de efetuar o pagamento da dívida ou oferecer bens à penhora, no que deferiu o Juízo *a quo* os pedidos de suspensão do passaporte e da carteira nacional de habilitação do devedor como forma de constrangê-lo ao pagamento do débito. A decisão de primeira instância, proferida em 24/04/2017, teve o seguinte conteúdo: “Defiro o pedido de p. 104/105, oficiando-se ao Detran e a Polícia Federal”¹⁹⁹.

Contra essa decisão, o executado impetrou *habeas corpus*, distribuído à 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator

¹⁹⁹ Informações retiradas da consulta processual disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=GS0001EQ70000&processo.foro=604&conversat ionId=&dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=604&cbPesquisa=NMPARTE&dadosConsulta.tipoNuPro cesso=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=Jair+Nunes+de+Barros&uuidCaptcha=&paginaCons ulta=1>

Desembargador Ruy Coppola, no dia 07/07/2017. Por decisão monocrática proferida em 11/07/2017, foi indeferido o pedido liminar. No julgamento colegiado, ocorrido no dia 28/09/2017, houve extinção do processo sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita²⁰⁰. Segundo o órgão julgador, a decisão deveria ter sido impugnada via agravo de instrumento.

Irresignado, Jair Nunes de Barros interpôs o RHC 97876/SP, o qual deu entrada no Superior Tribunal de Justiça no dia 04/05/2018 e foi distribuído ao Ministro Luiz Felipe Salomão, da Quarta Turma. O recurso foi incluído na pauta de julgamento da Turma do dia 05/06/2018, quando julgado e parcialmente provido, por unanimidade. O acórdão foi publicado em 09/08/2018. Contra essa decisão, interpôs Jair Nunes de Barros recurso extraordinário, encontrando-se em curso o prazo para contrarrazões. Portanto, o acórdão não transitou em julgado.

Na decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça, constou, de pronto, que, embora não admitida a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo recursal, a ressalva fica por conta dos casos em que “à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*”. Mencionou-se, inclusive, que, no âmbito penal, “as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal reconhecem a viabilidade de questionamento da apreensão do passaporte por meio do *habeas corpus*, por entenderem que tal medida limita a liberdade de locomoção, ainda que a constatação da ilegalidade, que conduziria à concessão da ordem, no caso concreto, não se confirme”. Citou os seguintes precedentes do STJ: HC 192.193/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 17/12/2012; HC 85.495/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJ/MG), Quinta Turma, DJ 12/11/2007.

No mérito do recurso, iniciou o eminente relator recordando que a regra do art. 139, IV, do CPC recebeu aplausos do mundo jurídico por promover a efetividade do processo e prestigiar o princípio do resultado da execução. Fez alusão aos enunciados aprovados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados –

²⁰⁰ Informações retiradas da consulta processual disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2127691-70.2017.8.26.0000&cdProcesso=RI00438D10000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=S G5SP&cdServico=190201&ticket=8kp2wjT5nU4I3%2BjgNvACOjbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvZec0G6qWPu28kbJcFPqCRH01dIp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uz p%2BGny%2BKR%2BYOwYdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGyXLVm%2FC2 pUnooUKZ9qCzZ63QkeRHIZn%2FKHyUloJ2X2vXc2nvWzqUdgNBIB5UKxjqN5egcUPK0STd0LFZd kUuff>

ENFAM (nº 48) e pelo Fórum Permanente de Processualistas Civil – FPPC (nº 12 e 396). Citou a doutrina de José Miguel Garcia Medina²⁰¹.

Mas averbou as cautelas que devem ser adotadas com a interpretação da nova regra, de modo a que a restrição a direitos individuais do devedor não se oriente por objetivos meramente pragmáticos. No particular, citou Lenio Streck e Dierle Nunes²⁰². Recorrendo a Marcelo Abelha Rodrigues²⁰³, demarcou a distinção entre medidas processuais punitivas e medidas processuais executivas, pontuando a diferença entre o sistema brasileiro (modelo de *civil law*) e os sistema anglo-americano, no qual os juízes gozam da ferramenta do *contempt of power*, um amálgama de medida punitiva e executiva.

Expondo as diretrizes de controle das medidas executivas atípicas, ponderou sobre a necessidade de estrita observância dos direitos fundamentais do executado, cuja restrição exige a existência de respaldo constitucional ou previsão legal, justificando-se apenas quando realizada em defesa de outro direito fundamental. Citou Fábio Lima Quintas²⁰⁴ e Fernando da Fonseca Gajardoni²⁰⁵, o último para recordar o apelo da doutrina ao uso da *proporcionalidade* e da “sub-máxima” da *adequação* e da *necessidade*.

Ingressando na análise do caso, o voto-condutor, seguido unanimemente, considerou a medida executiva atípica de suspensão do passaporte “ilegal e arbitrária, uma vez que restringiu o direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável”. Acrescentou: “Com efeito, não é difícil reconhecer que a apreensão do passaporte enseja embaraço à liberdade de locomoção do titular, que deve ser plena [...]”. Ancorou a fundamentação no magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁰⁶ e Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁰⁷.

Disse ainda: “considerando-se que a medida executiva significa restrição de direito fundamental de caráter constitucional, sua viabilidade condiciona-se à previsão

²⁰¹ Direito processual civil moderno. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1071 (como citado)

²⁰² <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio> (como citado).

²⁰³ <http://m.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um-cafajeste-apreensao-de-passaporte> (como citado).

²⁰⁴ QUINTAS, Fábio Lima. É preciso equilibrar meios de coerção ao executar obrigações pecuniárias. In: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-18/observatorio-constitucional-preciso-equilibrar-meios-coercao-executar-obrigacoes-pecuniarias#author> (como citado).

²⁰⁵ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015> (como citado).

²⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 264 (como citado).

²⁰⁷ Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 566 (como citado).

legal específica, tal qual se verifica em âmbito penal”. E consignou a preocupação de que medidas executivas sejam transformadas em “*medidas punitivas*, sancionatórias, impostas ao executado pelos descumprimentos, embaraços e indignidades cometidas no curso do processo”.

Com os olhos voltados à decisão proferida em primeiro grau, indicou que não se observou o contraditório especificamente quanto ao pedido de restrição a direitos, nem tampouco houve fundamentação, deixando o *decisum* de demonstrar a necessidade e utilidade da medida. Sobre a necessidade de justificativa, citou, desta vez, Marcos Youji Minami²⁰⁸ e Daniel Amorim Assumpção Neves²⁰⁹. E citou precedentes do STJ em matéria criminal: RHC 68.494/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 19/04/2016; RHC 49.149/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 03/10/2014.

No tocante à medida de suspensão da carteira nacional de habilitação, o relator reportou-se a precedentes da própria Corte para declarar que não ocasiona ela ofensa ao direito de ir e vir do paciente e, por isso, o *habeas corpus* não poderia mesmo ser conhecido pelo tribunal de origem. Mesmo com a habilitação suspensa, o devedor tem mantida a sua liberdade de locomoção, podendo ir e vir para todo e qualquer lugar, desde que não o faça como condutor de veículo. Entendimento diverso levaria à conclusão de que “todos aqueles que não detém habilitação para dirigir estariam constrangidos em sua locomoção”, disse o relator.

Ressaltou que quando a restrição ao direito de dirigir causar embaraços ao destinatário da providência – mencionou o caso de motoristas profissionais –, poderá haver impugnação da decisão, mas não pela via do *habeas corpus*, já que não se estará diante de uma coação ilegal e arbitrária ao direito de locomoção, mas a direito de outra natureza. Em reforço ao argumento de que a suspensão da CNH não representa violência à liberdade de locomoção, invocou os seguintes precedentes: HC 411.519/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, j. em 21/09/2017, DJe 03/10/2017; AgInt no HC 402.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 26/09/2017; HC 166.792/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 24/11/2011.

²⁰⁸ Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC 2015: do processo para além da decisão. In: Coleção novo cpc doutrina selecionada. PEIXOTO, Ravi [et tal]. v. 5. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 323 (como citado).

²⁰⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC. Revista de Processo, v. 42, n. 265, mar. 2017, p. 13 (como citado).

Constou do voto a ressalva de que o reconhecimento da ilegalidade da decisão no caso em julgamento não significava uma declaração genérica da impossibilidade de apreensão de passaporte como medida coercitiva em outros casos. Basta que exista fundamentação concreta, à luz das máximas da proporcionalidade, e que seja franqueado o contraditório ao destinatário da restrição. E adicionou:

Com efeito, o que consubstancia coação à liberdade de locomoção, ilegal e abusiva, é a decisão judicial de apreensão de passaporte como forma de coerção para o adimplemento de dívida civil representada em título executivo extrajudicial, tendo em vista a evidente falta de proporcionalidade e razoabilidade entre o direito submetido (liberdade de locomoção) e aquele que se pretende favorecer (adimplemento de dívida civil), diante das circunstâncias fáticas do caso em julgamento.

Arrematou esclarecendo que a questão havia sido decidida em três oportunidades no âmbito da Segunda Seção – HC nº 428.553-SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; RHC nº 88.490 - DF, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti; HC nº 439.214-RJ, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti –, todas elas monocraticamente e com denegação da ordem. No entanto, nesses julgados, malgrado impugnadas pelo impetrante/recorrente decisões que determinaram a suspensão de passaporte, “os eminentes relatores se valeram, para a fundamentação das decisões, da jurisprudência firmada por esta Corte, e aqui mencionada, acerca da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação”. Ou seja, em nenhuma das situações tinha havido análise direta da ofensa ao direito de ir e vir pela suspensão/apreensão de passaporte.

6.1.1 Análise crítica da decisão

Relatado pormenorizadamente o caso e os fundamentos da decisão do Superior Tribunal de Justiça, é importante examiná-la criticamente a partir das premissas e diretrizes sustentadas na presente pesquisa, sinalizando os erros e acertos das razões de decidir.

Já de partida, deixou claro o relator que o cabimento do *habeas corpus* quando previsto em lei outro meio recursal de impugnação somente era admitido diante de situações de manifesta ilegalidade do ato, com repercussão na liberdade de ir e vir do paciente. Das restrições impostas na decisão impugnada (decisão da 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré/SP), considerou agressora à liberdade de ir e vir apenas a suspensão do passaporte do executado, documento sem o qual não disporia da chancela do poder

público para deixar o território nacional. Tratando-se de recurso em *habeas corpus*, a preocupação do colegiado era exclusivamente com a violação do direito fundamental de ir e vir do paciente. Nada mais.

Dentro desses limites, o recorte realizado pelo Tribunal Superior mostrou-se acertado, pois, efetivamente, a decisão que retira do devedor inadimplente o direito de dirigir veículo automotor não lhe priva a liberdade de locomoção, alijando-o de apenas um dentre tantos meios de se locomover. Aquele sobre quem pesa uma tal restrição preserva o direito de ir e vir como passageiro de um veículo particular, mediante transporte público, táxi, aplicativos de transporte privado, caminhando, por transporte aéreo ou marítimo, dentro ou fora do território nacional. Enfim, perde temporariamente somente uma possibilidade dentre tantas disponíveis.

A situação é bastante diferente da suspensão/apreensão do passaporte do devedor. Aqui, perde ele a disponibilidade de trânsito para além das fronteiras do território brasileiro (excetuadas as fronteiras que se contentam com outros documentos de identificação, como as dos países integrantes do Mercosul, por força de acordo celebrado entre os países que compõem o bloco), direito fundamental assegurado pelo art. 5º, XV, da CF. A restrição não implica mero embaraço ao exercício do direito, mas amputação total de fatia do direito. Logo, a impetração do *writ* é, em tese, possível.

Isso não significa que a restrição ao direito do devedor é juridicamente impossível ou absolutamente inviável. Significa apenas que a suspensão ou apreensão do passaporte tem como efeito material a restrição à liberdade de locomoção e, por isso, admite a impetração do *habeas corpus*. Para a concessão da ordem, contudo, é preciso mais. É preciso que a restrição à liberdade de ir e vir não se justifique, à luz das máximas da proporcionalidade, em vista do direito fundamental em rota de colisão.

Imergindo nessa análise, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que, no caso, a restrição ao direito do devedor não se justificava. A essa altura, é conveniente recordar o teor da decisão que deferiu os requerimentos do exequente, feitos com base no art. 139, IV, do CPC. A decisão, na origem, teve o seguinte conteúdo: “Defiro o pedido de p. 104/105, oficiando-se ao Detran e a Polícia Federal”.

Nitidamente, careceu ela de fundamentação adequada, exigência básica de envergadura constitucional (CF, art. 93, IX) e legal (CPC, arts. 11 e 489). Além disso, não oportunizou o contraditório prévio (CF, art. 5º, LV; CPC, arts. 7º, 9º e 10), cuja observância, no caso, não ameaçava a eficácia do provimento. Assim, a decisão

impugnada padecia da nódoa de ilegalidade por inobservância de direitos fundamentais do devedor.

De todo modo, registrou o relator o importante alerta de que nada obsta o uso de tal técnica processual se a situação de fato concretamente a recomendar. Não há óbice apriorístico à suspensão/apreensão de passaporte como meio de coerção para o implemento de prestação em dinheiro. Apenas o balanço do caso sob julgamento no RHC 97.876/SP proscrevia a medida.

Aliás, a análise do andamento do processo de execução no qual exarada a decisão questionada descortina que o deferimento das medidas coercitivas atípicas ocorreu após o não pagamento voluntário da dívida no prazo legal de três dias e duas tentativas de penhora *on line* via sistema Bacenjud, uma delas parcialmente frutífera. Não bastasse o emprego de meio executivo atípico no proibido ambiente da execução dos títulos executivos extrajudiciais, o deferimento do pedido deu-se prematuramente, na medida em potencialmente existiam outros meios mais eficientes, a tornar desnecessária a técnica da coerção.

Não que os meios atípicos de execução tenham lugar apenas subsidiariamente. Acredita-se que o mais importante é a superação do crivo da proporcionalidade. No entanto, as circunstâncias de fato sugeriam que medidas sub-rogorárias típicas fruam de maior chance de êxito. O executado é advogado e a dívida cobrada tem origem em mensalidades escolares não pagas. A profissão do executado e a matrícula do filho em escola particular são dados minimamente sintomáticos de que poderia dispor de patrimônio revelável por outras diligências. Mas as buscas se ativeram às contas bancárias do devedor, e, ainda assim, foram bem-sucedidas na primeira investida.

A única consideração com a qual não se pode concordar está assim redigida no acórdão em exame:

Assim, entendo que a decisão judicial que, no âmbito de ação de cobrança de duplicata, determina a suspensão do passaporte do devedor e, diretamente, impede o deslocamento do atingido, viola os princípios constitucionais da liberdade de locomoção e da legalidade, independentemente da extensão desse impedimento.

Na verdade, segundo penso, considerando-se que a medida executiva significa restrição de direito fundamental de caráter constitucional, sua viabilidade condiciona-se à previsão legal específica, tal qual se verifica em âmbito penal, firme, ademais, no que dispõe o inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens".

A meu juízo, raciocínio diverso pode conduzir à aceitação de que medidas coercitivas, que por natureza voltam-se ao "convencimento" do coagido ao

cumprimento da obrigação que lhe compete, sejam transformadas em medidas punitivas, sancionatórias, impostas ao executado pelos descumprimentos, embaraços e indignidades cometidas no curso do processo.

Não é correta a afirmação de que a medida executiva de suspensão do passaporte esbarraria na ausência de previsão legal específica. As medidas executivas são atípicas justamente porque não gozam de previsão legal específica, embora tenham amparo na regra geral do art. 139, IV, do CPC. E a lógica punitiva que orienta o direito penal, iluminado pelo princípio da legalidade estrita, é bastante diversa da que norteia os mecanismos de coerção, cujo propósito não é sancionar punitivamente o alvejado. O destinatário da restrição conquista a sua absolvição imediatamente após cumprida a obrigação. O sancionado criminalmente só é exonerado das consequências do ilícito criminal após cumprida a pena.

Como se disse em outro lugar, a abertura textual das normas que veiculam autorização para o uso de meios atípicos de execução compõe a própria essência da ferramenta, cuja versatilidade potencializa a sua eficácia e contribui para a promoção da tutela satisfativa. Existem métodos de controle da decisão, que não se converte, pela falta de previsão legal específica, em medida punitiva. No mais, a *função* da medida é sempre atuar sobre a vontade do obrigado, compelindo-o a honrar a obrigação.

Capta-se nesse trecho da decisão uma aparente contradição com a advertência em outro ponto feita relativamente à possibilidade de utilização do aludido meio atípico diante de circunstâncias de fato que a justifiquem. Apesar dessa aparente incongruência, a mensagem enfática do colegiado foi no sentido de que se atinham aos elementos do caso. Nem poderia ser diferente, considerando que a questão chegou à Corte pela via do recurso em *habeas corpus*.

6.2 Habeas corpus nº 443.348/SP – Caso Dr. Herbert Gauss Junior

Após longa tramitação até o trânsito em julgado da sentença de mérito, iniciou-se por decisão de 26/09/2013 a fase de cumprimento de sentença do processo autuado sob nº 0472361-54.1999.8.26.0011, em curso na 3ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo.

Não cumprida voluntariamente a obrigação, tiveram início as diligências para a localização de bens do executado. Foram elas as seguintes (destaque nos parênteses das datas das decisões): (a) infrutífera penhora *on line*, via sistema Bacenjud (em

17/12/2013); (b) intimação do executado para indicar bens à penhora (em 09/04/2014); (c) requisição à Receita Federal do Brasil, via sistema Infojud, das últimas três declarações de bens e rendimentos do executado (em 04/09/2014); (d) pesquisa da existência de veículos registrados em nome do executado, via sistema Renajud (em 28/10/2014); (e) inclusão do nome do devedor nos cadastros do Serasa (em 14/06/2016)²¹⁰; (f) nova tentativa de bloqueio de valores via sistema Bacenjud (em 01/12/2016).

Houve, então, o requerimento de restrição de direitos com base no art. 139, IV, do CPC (suspensão do direito de dirigir do executado, apreensão de seu passaporte e cancelamento de seus cartões de crédito e débito), indeferido sob o seguinte fundamento, por decisão datada de 13/03/2017: “Vistos. Indefiro o pedido por falta de amparo legal. Nada sendo requerido em cinco dias, ficará a execução suspensa por falta de bens e os autos serão arquivados. Intime-se”. Contra essa decisão, interpôs a exequente recurso de agravo de instrumento.

De todo modo, ainda foram efetuadas tentativas de localização de bens na origem mediante as seguintes diligências (os itens serão nomeados em continuação à sequência alfabética acima): (g) nova requisição à Receita Federal do Brasil, via sistema Infojud, das últimas três declarações de bens e rendimentos do executado (em 13/07/2017); (h) expedição de ofício a hospital no qual trabalha o executado, médico, para que informe o modo como lhe efetua os pagamentos (em 28/11/2017); (i) expedição de ofício a clínicas médicas (em 26/03/2018); (j) nova intimação do executado para indicação de bens à penhora, sob pena de cometimento de ato atentatório à dignidade da justiça; intimação da Clínica de Cirurgia Plástica Dr. Herbert Gauss, também chamada Clínica de Cirurgia Plástica de São Paulo, para informar como e onde são feitos os pagamentos ao executado (em 19/04/2018, reiterada a última determinação em 13/07/2018); (k) novo indeferimento de medida executiva atípica (em 19/09/2018).

Retornando à decisão proferida em 13/03/2017, primeira decisão que indeferiu o emprego de medidas executivas atípicas, a exequente interpôs recurso de agravo de instrumento, protocolizado em 07/04/2017 e distribuído para o Desembargador Rui

²¹⁰ Antes dessa decisão, foi deferido algum requerimento formulado pela exequente, por decisão datada de 22/01/2016 (“Vistos. Fls. 688. Defiro. Expeça-se o necessário. Intime-se”). No entanto, como se trata de processo em tramitação física e os dados acessados foram apenas aqueles disponibilizados pelo sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, não foi possível identificar o pedido formulado pela parte e deferido pelo juízo. As informações de que se valeu esta pesquisa estão disponíveis em https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0BZX2FMQX0000&processo.foro=100&uuiidCa ptcha=sajcaptcha_396694672c814739ad3aaf211910e723

Cascaldi, integrante da 1ª Câmara de Direito Privado. Por decisão monocrática de 10/04/2017, foi indeferido o requerimento de antecipação de tutela recursal. O julgamento colegiado ocorreu em 26/06/2017 e foi dado parcial provimento ao agravo para determinar a aplicação das seguintes medidas coercitivas: suspensão do direito de dirigir e do passaporte do executado, além do bloqueio dos seus cartões de crédito²¹¹.

Inconformado, impetraram os advogados de Herbert Gauss Junior *habeas corpus* em seu benefício. O *habeas corpus* foi distribuído ao Ministro Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 03/04/2018.

Analisando o requerimento liminar, o relator ponderou que os impetrantes deixaram de apontar o valor efetivamente devido pelo paciente, informação com a qual teriam condições de apurar se a medida ofende a razoabilidade. Mencionou que o art. 139, IV, do CPC não especifica quais são as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias cabíveis, “mesmo porque nenhum elenco seria capaz de exauri-las”. Segundo o relator, “o que verdadeiramente importa é que as providências sejam adequadas para a concretização do comando judicial, proporcionais à finalidade perseguida”. Citou Daniel Baggio Maciel²¹². No tocante à suspensão do direito de dirigir e ao bloqueio do cartão de crédito, sinalizou que as medidas não ofendem o direito de ir e vir, na linha dos precedentes da Corte. Assim, indeferiu a liminar requerida.

O julgamento em cognição exauriente se deu *de forma monocrática*. Essencialmente, os fundamentos da decisão são os mesmos utilizados no voto-condutor do RHC 97.876/SP, também de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão. Por isso, não serão reproduzidos. Utilizando-se da argumentação já descrita no item 6.1 supra, o relator concedeu parcialmente a ordem, “apenas para o fim de desconstituir a medida executiva consistente na apreensão do passaporte do recorrente, determinando sua devolução,

²¹¹ Informações retiradas da consulta processual disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?jsessionid=5B986988A5C5C154D5EC3E9EA9A89D0D.cposg7?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2063499-31.2017&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2063499-31.2017.8.26.0000&dePesquisa=&uuiidCaptcha=#?cdDocumento=23>

²¹² MACIEL, Daniel Baggio. Comentários ao código de processo civil. (Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite coords.) São Paulo: Saraiva, 2016, p. 214 (como citado).

mantido o não conhecimento do writ em relação à apreensão da CNH e ao bloqueio dos cartões de crédito”²¹³.

6.2.1 Análise crítica da decisão

Uma vez que as razões que conduziram o julgamento do *writ* em exame são praticamente as mesmas empregadas para a decisão do precedente em que se baseou (RHC 97.876/SP), também as críticas que lhe podem ser endereçadas coincidem com as encontradas no item 6.1.1 supra.

As especificidades do caso ficam por conta não dos fundamentos que sustentaram a decisão, mas dos dados da execução que se processa na origem. Ao contrário do primeiro caso, aqui as medidas coercitivas atípicas têm como pano de fundo um processo em fase de cumprimento de sentença, ou seja, uma execução de título judicial, ambiente apropriado para o uso dessa ferramenta.

As reflexões feitas ao longo desta pesquisa procuraram demonstrar as razões por que não se compactua com a posição – prevalecente, reconheça-se – à luz da qual o processual civil brasileiro passou a admitir medidas executivas atípicas em execuções fundadas em qualquer documento. Procurou-se demonstrar que a execução de títulos extrajudiciais não se abriu para os meios executivos atípicos, salvo após a depuração do título pelo julgamento de improcedência ou de parcial procedência dos embargos à execução, ou pela negativa de efeito suspensivo aos embargos por falta de plausibilidade do direito alegado.

Além do ambiente apropriado, a execução vinha de uma tramitação de quase quatro anos, ao longo dos quais a busca de bens do devedor, cirurgião plástico conceituado, resultou infrutífera. Estranhamente, as buscas de dinheiro em contas bancárias nunca foram bem-sucedidas; a declaração de bens e rendimentos do executado não descortinaram patrimônio; os dois veículos registrados em seu nome continham restrições; o imóvel que um dia lhe pertenceu foi perdido para outro credor. Não fosse isso bastante, sempre que intimado para colaborar com a execução e indicar bens passíveis de penhora deixou o executado de cooperar.

213

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201800731349&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

No entanto, quando deferida a medida coercitiva de suspensão do seu passaporte (dentre outras), houve impetração de *habeas corpus* no qual afirmaram os impetrantes que o paciente (executado) dispunha de compromisso inadiável no exterior (Los Angeles) entre os dias 11/05 e 20/05/2018. Para dizer o mínimo, é intuitivo que o executado, desfrutando de capacidade econômica para ir a Los Angeles e ali se manter por nove dias, dispõe de patrimônio para amortizar a sua dívida. Supondo-se, por hipótese, que a viagem fosse profissional e patrocinada, a ilação inevitável é a de que conta com prestígio na comunidade médica. E prestígio profissional usualmente importa repercussão patrimonial positiva.

Em resumo, o caso tem todos os contornos daqueles que caíram no gosto da doutrina quando pretende ilustrar o cabimento dos meios atípicos de execução. É dizer, trata-se de uma execução de título *judicial*; antes do deferimento das medidas atípicas houve a tentativa sem êxito de várias medidas típicas; o executado dá sinais de uma vida faustosa, mas não tem bens em seu nome. Enfim, não poderia existir cenário mais apropriado para a aplicação e manutenção dos meios coercitivos atípicos.

Atento a esses dados, a 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deferiu a suspensão da CNH, do passaporte e dos cartões de crédito do devedor, visando a compeli-lo a adimplir a prestação. A decisão examinou detidamente as circunstâncias fáticas do caso, ponderando-as da seguinte forma:

No caso em tela, verdade é que até se chegou a identificar um imóvel de propriedade do recorrido, matriculado sob o nº. 3.807 do cartório de registro imobiliário da comarca de Cotia. Contudo, sobre tal bem já incidiam outras penhoras, vindo ele posteriormente a ser judicialmente alienado, mediante arrematação, para terceiro (R. 36 fl. 157).

Também foram identificados veículos, mediante pesquisa pelo sistema Renajud (fl. 103), todos com diversas restrições judiciais (fls. 159-160).

Chama a atenção, ademais, o fato de estarem as contas bancárias do devedor sem saldo, constatação que contrasta com sua condição de cirurgião plástico de renome, com pacientes famosos, dono de clínica especializada e que desfruta, de acordo com elementos trazidos aos autos, de elevado padrão de vida.

Como se não bastasse, mesmo estando com o nome negativado perante os órgãos de proteção ao crédito, por determinação do juízo da execução, desde janeiro de 2016 (fl. 139), não demonstra o agravado qualquer sinal de esforço para pagar o que deve.

Logo, medidas mais drásticas devem ser tomadas, de modo a compeli-lo, com mais vigor, o devedor a proceder ao pagamento, sob pena de se admitir a inocuidade do provimento jurisdicional.

Nessa esteira, inexistindo óbice legal, tal como visto, devem as medidas pleiteadas pela agravante ser deferidas, à exceção do cancelamento do cartão de débito, porque em tese desnecessária, visto que não possui o agravado saldo em quaisquer de suas contas bancárias, tal como verificados em reiteradas tentativas de bloqueio online.

Diante do exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para deferir as medidas atípicas de apreensão de carteira nacional de habilitação e do passaporte do executado, bem como o bloqueio de todos seus cartões de crédito, devendo o juízo de primeiro grau providenciar a expedição de ofício às competentes autoridades/empresas operadoras, para efetivação das indigitadas providências, restando indeferidos, apenas, o bloqueio dos cartões de débito.

No entanto, no julgamento do *habeas corpus* impetrado contra essa decisão, o relator no Superior Tribunal de Justiça, Ministro Luiz Felipe Salomão, em decisão monocrática, considerou ilegal e abusiva a medida atípica de apreensão do passaporte, valendo-se, no particular, do seguinte argumento:

Dessa forma, consubstancia coação ilegal e abusiva à liberdade de locomoção a decisão judicial de apreensão de passaporte como forma de coerção para o adimplemento de dívida civil representada em título executivo judicial, tendo em vista a evidente falta de proporcionalidade e razoabilidade entre o direito submetido (liberdade de locomoção) e aquele que se pretende favorecer (adimplemento de dívida civil), **diante das circunstâncias fáticas do caso em julgamento**. (original sem destaques)

A verdade, no entanto, é que o relator do *habeas corpus*, não obstante a menção de que levava em conta as circunstâncias fáticas do caso em julgamento, não fez nenhuma alusão ao seu conteúdo e ponderou *abstratamente* os direitos fundamentais em colisão. Ou seja, sentenciou que o inadimplemento de dívida civil não justifica a restrição ao direito fundamental de livre locomoção, deixando de considerar (i) as diligências adotadas no caso para a localização de bens do devedor e (ii) o seu comportamento processualmente desleal e evasivo. Com essa *abstratização* da análise, *absolutizou* um direito fundamental em relação a outro.

Além disso, selecionou dentre os direitos fundamentais em colisão o direito de ir e vir, de um lado, e o direito ao “adimplemento de dívida civil”, do outro. Imagina-se que com direito ao adimplemento de dívida civil pretendeu o relator referenciar o direito fundamental de propriedade, do qual o crédito é uma manifestação inequívoca. De toda forma, faltou agrupar no extremo vencido da balança o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, com cuja presença, e em vista das circunstâncias fáticas do caso, ver-se-ia que a restrição episódica à liberdade de ir e vir, notadamente porque ceifada apenas em um dos seus flancos (direito de ir e vir para fora do território nacional), era justificável como instrumento de coerção, exatamente como concluiu a decisão acoimada de coatora.

6.3 Recurso em *habeas corpus* nº 99.606/SP – Caso Celi José da Silva vs. Arnaldo Rodrigo Cosato

O presente recurso em *habeas corpus* tem origem no processo que tramita em fase de cumprimento de sentença, autuado como incidente sob nº 0052548-48.2012.8.26.0562 (em 28/11/2012) e em curso na 4ª Vara Cível da Comarca de Santos/SP. Nestes autos, foram promovidas, com êxito ou não, as seguintes diligências executivas (destaque nos parênteses das datas das decisões): (a) infrutífera penhora *on line*, via sistema Bacenjud (em 22/01/2013); (b) penhora de parte ideal de imóvel pertencente ao devedor e penhora de veículo (em 15/03/2013); (c) substituição da penhora do veículo anteriormente constrito por outro (em 22/08/2013); (d) homologação da arrematação do automóvel penhorado (em 16/10/2015) e posterior homologação da desistência (em 04/05/2016); (e) adjudicação pelo advogado credor do veículo penhorado para pagamento de parte dos honorários sucumbenciais devidos (em 12/12/2016); (f) reconhecimento da preferência do crédito hipotecário incidente sobre o imóvel penhorado, em virtude do qual, inclusive, já se havia consumado a venda extrajudicial do bem (decisão em 04/05/2017); (g) deferimento de penhora sobre o faturamento de empresa pertencente ao executado (em 01/06/2017); (h) paralelamente aos procedimentos para a penhora sobre o faturamento, foram então deferidas medidas executivas por meio da seguinte decisão, prolatada em 28/08/2017:

Vistos. [...] Analiso outras medidas de constrição. Nessa quadra, na esteira da disposição do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, impõe-se a adoção de medidas que constituem forma de coerção indireta visando ao pagamento do débito por implicar em sujeição do devedor a incômodos da vida cotidiana, sem que haja restrição da sua liberdade de ir e vir. Digo, ainda, que a aplicação do artigo 139, inciso IV, do CPC, por constituir derivação do princípio constitucional da razoável duração do processo, sendo o Juiz o responsável por conduzir o processo até a satisfação da obrigação, está a comportar aplicação de ofício. Por fim, ainda sobre o artigo 139, inciso IV, do CPC, não reputo seu caráter como subsidiário, na medida em que em outros sistemas de execução, como o caso da execução de alimentos, já se adota medida restritiva da liberdade mais gravosa - de forma prioritária à penhora de bens sem que se tenha qualquer questionamento sobre esse ponto. Nesse sentido: "Agravado de instrumento. Cumprimento de sentença. Determinação de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) da executada, bem como de cartões de débito e crédito e passaporte. Possibilidade, desde que exauridas outras tentativas de localização de bens e satisfação do crédito. Art. 139, IV, do NCPC. Diploma legal que autoriza o magistrado a tomar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial. Providências que contribuem para o pagamento do valor devido desde que relacionadas à obrigação inadimplida. Restrições que induzem ao pagamento tendo em vista que cabe à devedora o ônus de comprovar as razões pelas quais custeia despesas relacionadas a

cartões e viagem sem pagar seu débito. Violação da dignidade humana não caracterizada. Decisão mantida. Recurso improvido". (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, AI nº 2045271-08.2017.8.26.0000, Relator Hamid Bdine, julgamento em 6 de abril de 2017). Por tal razão, no caso presente, com fundamento no artigo 139, inciso IV, do CPC, DETERMINO: 1) EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À POLÍCIA FEDERAL PARA ANOTAÇÃO DE RESTRIÇÃO DE SAÍDA DO PAÍS SEM PRÉVIA GARANTIA DA EXECUÇÃO. FORNEÇA a exequente os seguintes dados: NOME COMPLETO, FILIAÇÃO, DATA DE NASCIMENTO e CPF da parte. INSTRUA-SE o ofício com o número do processo judicial. A parte Exequente deverá provar o envio do ofício em 10 dias. 2) EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ÀS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO (VISA, MASTERCARD E AMEX) PARA BLOQUEIO DE EVENTUAIS CARTÕES EXPEDIDOS EM NOME DA PARTE EXECUTADA, bem como INFORME as respectivas instituições financeiras a eles vinculadas. INSTRUA-SE o ofício com o número do CPF da parte Executada. A parte Exequente deverá provar o envio do ofício em 10 dias. 3) EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ao BANCO CENTRAL DO BRASIL para bloqueio permanente de todo e qualquer ativo financeiro, PRESENTE E FUTURO, em nome da parte Executada. INSTRUA-SE o ofício com o número do CPF da parte Executada. Providencie o EXEQUENTE o envio por carta no seguinte endereço: DEPARTAMENTO DE SUPERVISÃO DE CONDUTA DECON DIVISÃO DE ATENDIMENTO DE DEMANDAS DE INFORMAÇÕES DIADI SETOR BANCÁRIO SUL (SBS) QUADRA 3, BLOCO B, EDIFÍCIO SEDE, CEP 70074-900, BRASÍLIA/DF. Comprove a Exequente o envio em até 10 dias. 4) Inclusão dos dados do Executado no sistema SERAJUD, nos termos do artigo 782, parágrafo terceiro, do CPC. Prazo: 10 dias. Recolha-se, se o caso, a taxa devida. 5) EXPEÇA-SE certidão para fins de protesto do artigo 517, do CPC. PROVIDENCIE o Exequente a efetivação da medida no prazo de até 10 dias. 6) A SUSPENSÃO da CNH da parte executada até o pagamento do débito. Medida coercitiva indireta tendente a obrigar ao pagamento do débito. OFICIE-SE ao DETRAN para anotação. A parte Exequente deverá provar o envio do ofício em 10 dias. 7) OFICIE-SE ao INSS para informação de eventual empregador da parte executada constante do cadastro CNIS, bem como sobre eventual benefício recebido da Autarquia. A parte Exequente deverá provar o envio do ofício em 10 dias. Intime-se

As providências em busca de bens do executado prosseguiram e, em 27/09/2018, reconheceu-se a ineficácia da venda de um imóvel pelo devedor, declarando-se a fraude à execução. Em 14/11/2018, realizou-se a penhora desse imóvel²¹⁴.

Contra a decisão de 28/08/2017, que deferiu o emprego de meios executivos atípicos, houve impetração em favor do paciente (o executado) Arnaldo Rodrigo Cosato de *habeas corpus* com pedido liminar, protocolizado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 29/01/2018. O *writ* foi distribuído ao Desembargador Cesar Lacerda, integrante da 28ª Câmara de Direito Privado, o qual, por decisão monocrática proferida em 30/01/2018, não conheceu da impetração, argumentando que contra a decisão de

²¹⁴ Informações retiradas da consulta processual disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?localPesquisa.cdLocal=562&processo.codigo=FMZ0C14JO0000&processo.foro=562>

primeira instância cabia recurso de agravo de instrumento, e não *habeas corpus*. Recordou que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo recursal e que o paciente já havia interposto agravo de instrumento contra a mesma decisão, autuado sob nº 2231561-34.2017.8.26.0000, julgado deserto em 17/01/2018²¹⁵.

Houve interposição de agravo regimental contra a decisão do relator, ao qual foi negado provimento em julgamento colegiado realizado no dia 03/04/2018. O desprovimento do agravo regimental se deu pelas mesmas razões de que se valeu a decisão monocrática, motivando a interposição de recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça, distribuído em 25/06/2018 à Ministra Nancy Andrichi, integrante da Terceira Turma. Foi negado provimento ao recurso em julgamento colegiado de 13/11/2018 e publicado o acórdão em 20/11/2018. O acórdão transitou em julgado no dia 12/12/2018.

De início, relacionou o voto-condutor como um dos propósitos do recurso se “é possível ao juiz adotar medidas executivas atípicas e sob que circunstâncias”. Discorreu sobre o desenvolvimento do *habeas corpus* no Brasil e sobre o atual posicionamento restritivo do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em relação ao seu cabimento em matéria cível, que fica reservado aos casos de *flagrante* ilegalidade do ato coator, capaz de ensejar como consequência direta e imediata a restrição ao direito de ir e vir. Contra as ilegalidades em geral – entenda-se, as não flagrantes –, a decisão deve ser impugnada pela via recursal própria ou mediante outras ações judiciais. Reportou-se aos seguintes precedentes: STF, HC 102041, Segunda Turma, DJe 19-08-2010; STF, HC 83966 AgR, Tribunal Pleno, DJ 25/11/2005; STJ, AgRg no HC 313.860/RJ, 4ª Turma, DJe 06/09/2016.

Avançando na fundamentação, reportou-se a precedentes da própria Corte e do Supremo Tribunal Federal – STJ, HC 411.519/SP, Terceira Turma, DJe 03/10/2017; STJ, RHC 97.876/SP, Quarta Turma, DJe 09/08/2018; STF, HC 73655, Primeira Turma, DJ de 13/09/1996 – para afirmar que a restrição ao direito de dirigir veículo automotor não afronta direta e imediatamente o direito de ir e vir do paciente, motivo por que inadequada a via estreita do *habeas corpus*.

No tocante à medida atípica consistente na anotação de restrição de saída do país sem prévia garantia da execução, identificou a relatora o seu potencial “de ameaçar de

²¹⁵ Informações retiradas da consulta processual disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NMPARTE&tipoNuProcesso=UNIFICADO&dePesquisa=Arnaldo+Rodrigo+Cosato&chNmCompleto=true&uuidCaptcha=>

forma direta e imediata o direito de ir e vir do paciente, pois o impede, durante o tempo em que vigente, de se locomover para onde bem entender”. Assim, conheceu o *habeas corpus* no particular.

Analisando-o no seu mérito, discorreu sobre a instrumentalidade do processo e o seu desiderato de proporcionar pragmaticamente exatamente aquilo que decorreria do cumprimento da prestação devida. Abeberou-se do magistério de Teori Albino Zavascki²¹⁶. O Código de Processo Civil de 2015 contribuiu para o cumprimento dessa missão (de implementação de resultados efetivos) ao inserir no sistema novos princípios – dentre os quais o da boa-fé (objetiva) processual e da cooperação – e novas lógicas fundamentais.

Fazendo referência a Gustavo Tepedino²¹⁷ e a Diego Krainovic Malheiros de Souza²¹⁸, dissertou sobre a boa-fé objetiva e os seus reflexos no processo civil. Sem se esquecer do princípio da cooperação, exposto como desdobramento do princípio da boa-fé processual, ponderou que provocou ele significativa revolução no processo civil, até então fincado nas bases de um modelo adversarial. Recorreu ao magistério de Eduardo Cambi, Adriane Haas e Nicole Schmitz²¹⁹, bem como, mais uma vez, ao de Diego Krainovic Malheiros de Souza. Pinçou no CPC algumas hipóteses de aplicação expressa dos princípios da boa-fé processual e da cooperação na tutela executiva.

Entrando especificamente na análise do art. 139, IV, do CPC, asseverou a relatora que “Uma das consequências da adoção do modelo cooperativo de processo, também na tutela executiva, é que o magistrado passa a, da mesma forma que as partes, ter deveres em relação ao resultado da prestação jurisdicional, não mais podendo figurar como mero espectador do desenvolvimento procedimental”. Fez alusão a Teori Zavascki, obra já citada, que sustenta a possibilidade de o juiz tomar mesmo de ofício providências executivas visando a assegurar a tutela jurisdicional reclamada.

Outrossim, enfatizou que a atipicidade dos meios de execução agora é a regra no processo civil, pouco importando a natureza da prestação perseguida. Invocou Daniel

²¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução – Parte geral*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34-35 (como citado).

²¹⁷ TEPEDINO, Gustavo (et. al.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9 (como citado).

²¹⁸ Souza, Diego Krainovic Malheiros de. A cooperação dos sujeitos do processo como corolário lógico da boa-fé e a colaboração indireta entre as partes para obtenção da tutela jurisdicional. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 67, n. 489, p. 55-73, jul. 2018 (como citado).

²¹⁹ CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Princípio da cooperação processual e o novo CPC. *Revista dos Tribunais: RT*, São Paulo, v. 106, n. 984, p. 345-384, out. 2017 (como citado).

Amorim Assumpção Neves²²⁰ e Angélica Arruda Alvim²²¹. Nas palavras da relatora, “a coerção psicológica sobre o devedor agora é a regra geral da execução civil, pelo que se pode enunciar que, na ordem do CPC/15, vige o princípio da prevalência do cumprimento voluntário, ainda que não espontâneo, da obrigação”. Em outra passagem, afirmou:

Realmente, de maneira análoga ao que ocorre na dívida de alimentos, a aplicação de medidas coercitivas indiretas pode ser realizada anteriormente aos meios de excussão patrimonial, a exemplo do que determina o art. 530 do CPC/15, segundo qual, após as medidas coercitivas indiretas e o desconto em folha de pagamento é que se passa ao procedimento de execução forçada, com a penhora e hasta pública de bens, dos arts. 831 e ss. do CPC/15.

Rechaçou as objeções doutrinárias aos meios executivos atípicos fundadas na alegação de que infringem o princípio da patrimonialidade da execução, sustentando que medidas de coerção psicológica, enquanto forma de execução indireta, não se confundem com sanções civis de natureza material. Apenas as últimas recaem sobre o corpo ou a liberdade do devedor, substituindo-se à dívida patrimonial inadimplida. Os instrumentos de coerção não substituem a dívida desonrada, não satisfazem a obrigação. Claro que se a medida de coerção exorbitar a razoabilidade e a proporcionalidade poderá aproximar-se de uma medida punitiva. Mas se cuida de situação que não deve ser tratada como regra.

Segundo a relatora, o emprego de um meio executivo atípico reclama contraditório prévio e fundamentação adequada. E caso o executado, intimado, sustentar a aplicação do princípio da menor onerosidade da execução, caberá a ele sugerir meio executivo alternativo mais eficaz. Do contrário, não haverá razão para a substituição dos atos executivos já determinados.

Examinada a hipótese concreta, identificou-se que não houve respeito ao contraditório prévio, o que macularia, por si só, a validade do ato processual. No entanto, na impugnação apresentada pelo impetrante em favor do paciente não houve indicação de meio executivo alternativo menos oneroso e mais eficiente, com o que inobservado pelo obrigado os deveres de boa-fé processual e de colaboração. Sem a apresentação de outra opção pelo devedor, a medida executiva aplicada deve ser preservada. Portanto, a denegação do *habeas corpus* se fundou na inobservância pelo paciente dos deveres processuais de boa-fé e cooperação.

²²⁰ 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: RePro, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 107-150, mar. 2017 (como citado).

²²¹ ALVIM, Angélica Arruda (Coord.). Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 214 (como citado).

6.3.1 Análise crítica da decisão

Mais uma vez, a abordagem da temática meios atípicos de execução pelo Superior Tribunal de Justiça se deu nos estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*. Todavia, no RHC 99.606/SP, a relatora imergiu em questões alusivas ao tema que não foram afrontadas nos precedentes antes analisados. Por isso, tem ele outro valor laboratorial, diverso do encontrado nos dois primeiros casos.

A começar pelo fato de que a execução (cumprimento de sentença) se acha fundada em título executivo judicial (sentença cível). Do que se vem de sustentar, apenas neste ambiente é possível o emprego de medidas executivas atípicas, proscritas nas execuções de títulos executivos extrajudiciais.

Mais do que isso, conforme historiado acima, quando do deferimento das medidas executivas atípicas, tramitava o cumprimento de sentença há quase cinco anos, ao longo dos quais foram realizadas buscas de dinheiro em aplicações bancárias, veículos automotores (encontrado e adjudicado para pagamento de parte da dívida), imóveis (penhorado e depois perdido para credor preferencial) e promovida a penhora de faturamento de empresa pertencente ao devedor. Tais medidas não tiveram o condão de satisfazer o crédito e descortinaram um comportamento fugidivo do devedor, posteriormente confirmado por um episódio de alienação de imóvel em fraude à execução (obviamente não considerado na decisão em análise, porque superveniente a ela).

A partir desse panorama fático, a Ministra relatora do RHC, na parcela do recurso admitida (restrição à saída do país), fez considerações relevantíssimas que convergem com as ideias expostas na presente pesquisa.

Em primeiro lugar, chancelou a *função instrumental* do processo, a sua vocação para proporcionar no mundo real exatamente aquilo que se esperava quando nasceu a obrigação. Tomado esse referencial, ganha sentido a projeção argumentativa do voto-condutor enxergando a abertura do sistema executivo para atuação de ofício do juiz e para a atipicidade dos meios, inclusive no que diz respeito às prestações pecuniárias. Essa visão mais versátil da execução civil e do art. 139, IV, do CPC é muito própria dos adeptos da vertente instrumentalista do processo. Os *garantistas* tendem a estreitar os poderes do juiz aos limites da lei.

Mais adiante, fez a significativa afirmação acima transcrita segundo a qual atualmente “vige o princípio da prevalência do cumprimento voluntário, ainda que não espontâneo, da obrigação”. E complementou, também em passagem antes transcrita, que

“a aplicação de medidas coercitivas indiretas *pode ser realizada anteriormente aos meios de excussão patrimonial*” (sem itálico no original). Ou seja, registrou a relatora, no que acompanhada pelo colegiado – posição com a qual se concorda –, que os meios executivos atípicos *não se aplicam apenas subsidiariamente*, contrariando a orientação predominante na doutrina e na jurisprudência. A decisão prenuncia um possível entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido da dispensa do esgotamento da via típica antes do acesso à atípica.

Ao citar passagem da obra de Daniel Amorim Assumpção Neves²²², denunciou o entendimento do colegiado contrário ao tratamento marginal que o CPC/73 atribuía à execução por quantia certa em relação à execução de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. A legislação padecia de inconstitucionalidade material não apenas por violar a exigência de tratamento processual isonômico a credores titulares de prestações obrigacionais diversas, mas também por infringir o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, privando alguns exequentes, sem motivo que o justificasse, de técnicas processuais poderosas para o implemento do crédito.

A decisão também captou com precisão a inocorrência de violação ao princípio da responsabilidade patrimonial e agrupou acertadamente em categorias próprias os meios coercivos, que operam sobre a tranquilidade psicológica do sujeito, e as sanções civis materiais, esclarecendo que a execução indireta visa a premir o devedor ao pagamento da prestação, cuja realização vai ser promovida, ao fim e ao cabo, pela atitude do obrigado, e não apenas pela incidência da medida coercitiva.

Associou o contraditório prévio e a fundamentação adequada como garantias do devido processo legal. E não há como discordar dessas exigências. Ao captar a falta de contraditório no caso, deixou de reconhecer a invalidade do ato processual à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da cooperação, os quais cimentam as fundações do processo civil vigente. Embora não se tenha assegurado o contraditório ao devedor, na petição de interposição do recurso deixou o recorrente de indicar a forma alternativa pela qual a dívida seria honrada. É como se, com isso, o devedor tivesse atestado que o

²²² A passagem a que se faz referência é a seguinte (*ipsis litteris*): “De fato, como ressalta a doutrina, ‘o art. 139, IV, do Novo CPC, *supre a lacuna inconstitucional da legislação brasileira, colocando a tutela das prestações pecuniárias no mesmo nível que aquela oferecida às outras formas de interesses*” (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: RePro, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 107-150, mar. 2017, sem destaque no original)”.

contraditório, se respeitado, não seria útil, pois não nutria a intenção de indicar outro meio executivo igualmente eficiente e menos oneroso.

A solução alvitrada desfruta de densidade dogmática, na medida em que homenageado o princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo). O contraditório, malgrado direito fundamental, não pode ser invocado como um direito meramente performático. Em outras palavras, se deixou a parte alijada do contraditório de apresentar motivos potencialmente capazes de demonstrar o desacerto da decisão judicial, não há razão jurídica para nulificar o ato processual²²³. A violação do contraditório deve ser investigada segundo o caldo de princípios que temperam todo o sistema processual. Não há predominância *a priori* de princípios. Assegurar um contraditório vazio de conteúdo em prejuízo da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva é priorizar a forma à substância.

6.4 *Habeas corpus* nº 478.963/RS – Caso Ronaldinho Gaúcho

Em primeira instância²²⁴, tramita na 3ª Vara Cível do Foro Central, Comarca de Porto Alegre/RS, o cumprimento da sentença proferida nos autos da ação civil pública nº 0006488-89.2012.8.21.0001, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em face de Reno Construções e Incorporações Ltda., Roberto de Assis Moreira e Ronaldo de Assis Moreira. A sentença condenou os réus não apenas a obrigações de fazer e não fazer, mas também ao pagamento de indenização por danos ambientais não passíveis de restauração *in natura* provocados em Área de Preservação Ambiental – APP, no valor de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais).

²²³ Como precisamente afirmado por Marco Gradi, balizado no CPC italiano, mas com plena aplicação ao direito brasileiro, “La parte intenzionata a far valer il vizio di nullità per violazione del contraddittorio è dunque tenuta a specificare quali attività difensive (domande, allegazioni, eccezioni, prove, ecc.) non abbia in concreto potuto svolgere a causa del vizio in procedendo, 90 non essendo ritenuto sufficiente - secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che può dirsi senz'altro prevalente - l'indicazione di una generico vulnus al diritto di difesa, né tantomeno l'affermazione che il pregiudizio sarebbe in re ipsa” (em tradução livre: “A parte que pretende fazer valer o vício de nulidade por violação do contraditório é, portanto, obrigada a especificar quais atividades defensivas (questões, alegações, exceções, provas, etc.) não foram efetivamente desenvolvidas devido ao vício de procedimento, não sendo considerado suficiente – segundo a orientação doutrinária e jurisprudencial que pode ser dita certamente prevalecente – a indicação de uma violação genérica ao direito de defesa, nem a afirmação de que o prejuízo seria *in re ipsa*”) (GRADI, Marco. **Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio**. *Revista de Processo*. vol. 186. p. 109-160. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2010, edição eletrônica).

²²⁴ Informações retiradas da consulta processual disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>

Deu-se início à fase de cumprimento de sentença por decisão prolatada em 17/03/2015. Nessa decisão, ao mesmo tempo em que determinada a intimação dos executados para pagamento voluntário da dívida, foi instituída hipoteca judiciária sobre o imóvel descrito na petição inicial. Em decisão proferida no dia 05/12/2017, deferiu-se a ordem eletrônica de bloqueio de valores eventualmente existentes em contas bancárias ou aplicações financeiras dos devedores via Bacenjud. Infrutífera a diligência, foi requerido o deferimento da medida coercitiva atípica consistente na retenção do passaporte e/ou carteira nacional de habilitação dos executados pessoas físicas, requerimento indeferido por decisão prolatada em 16/01/2018. A decisão tem o seguinte conteúdo:

[...] 5. Por fim, indefiro o requerimento de depósito em juízo do passaporte e/ou carteira nacional de habilitação até o adimplemento da dívida por implicar o pleito em interdição temporária de direitos, espécie de medida restritiva (art. 43, V, do Código Penal), equiparável, portanto, a pena criminal, sem anterior e específica cominação legal, a ferir o disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Com efeito, a interpretação do novel art. 139, IV, do Novo Código de Processo Civil, encontra limites teleológico e sistêmico em nosso direito, não podendo um juiz cível, aproveitando-se de uma faculdade legal aberta, impor sanção de nítido caráter criminal. Encontra o pedido formulado, ainda, óbices de temporalidade e de risco de alteração da ordem de pagamento de credores, impondo ao réu inadimplente a obrigação judicial de satisfazer o crédito não em razão de sua natureza (qualificação legal), mas em face da coerção exercida. De mais a mais, o Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucional a prisão por dívida civil no caso de depositário infiel, assentando em nosso direito a exclusividade da prisão civil por alimentos, demonstrando, a Suprema Corte, a evolução de nosso sistema jurídico, a fim de que as dívidas civis não se satisfaçam mediante restrições à liberdade da pessoa.

O Ministério Público interpôs agravo de instrumento contra essa decisão e, no julgamento do recurso (autos nº 0061369-58.2018.8.21.7000), a Primeira Câmara do Tribunal de Justiça gaúcho deu-lhe provimento, por unanimidade, a fim de determinar aos executados Roberto de Assis Moreira e Ronaldo de Assis Moreira o depósito dos seus passaportes. A ementa do acórdão sintetiza com precisão os fundamentos do aresto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. MULTA DIÁRIA. DOUTRINA DO CONTEMPT OF COURT. OMISSÃO CONTUMAZ. AFRONTA À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. ALASTRAMENTO DOS PREJUÍZOS CARACTERIZADOS. ADOÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS, SUB-ROGATÓRIAS OU MANDAMENTAIS NECESSÁRIAS PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. ART. 139, III E IV, DO CPC/15. EVIDENCIADAS NO CASO CONCRETO, A SUBSIDIARIEDADE E A PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA COERCITIVA

CONSUBSTANCIADA NA APREENSÃO E NA RESTRIÇÃO DE EMISSÃO DE PASSAPORTE.

A função dos instrumentos coercitivos disponibilizados no sistema vigente do Código de Processo Civil (CPC/15), em nome da efetiva prestação jurisdicional, não são desarrazoadas, nem sem paralelo em outras jurisdições. No Brasil, as recentes modificações do CPC/15 resguardam, respaldam e clamam pela adoção de medidas extraordinárias para o cumprimento de ordens judiciais. O intuito do instituto conhecido como “contempt of court” foi o que motivou a modificação legislativa oriunda da Lei nº 10.358/2001 – coordenada pelos juristas Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro e Ada Pellegrini Grinover – a qual, em sua exposição de motivos, enfatizou a importância da ética no processo, os deveres de lealdade e da probidade que devem presidir o desenvolvimento do contraditório, não apenas em relação às partes e seus procuradores, mas também a quaisquer outros participantes do processo. A mais abalizada doutrina destaca que estas medidas se diferenciam da litigância de má-fé, pois enquanto esta se origina com o *improbis litigator* e constitui ato prejudicial à parte adversa, aquele instituto tem a ver com o embaraço da atividade jurisdicional. Atualmente, a doutrina do “contempt of court” vê-se acolhida no Capítulo II, Seção I, de nosso CPC/15, o qual estabelece, no seu art. 77, os deveres das partes, dos procuradores e de todos aqueles que, de qualquer forma, participem do processo, de “cumprir com exatidão as decisões judiciais, de natureza provisória ou final, e de não criar embaraços à sua efetivação (art. 77, IV, do CPC/15).”

Por sua vez, o art. 139 do CPC/15, o qual inaugura o Título IV do Capítulo I, impõe o poder-dever do Juiz de dirigir o processo conforme as disposições do Código, incumbindo-lhe 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 (inciso IV), bem como reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça (inciso III).

Diante dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e das aspirações e poderes conferidos ao Juiz pelo ordenamento processual civil pátrio, a medida de determinação de apreensão de passaporte é, ainda assim, evidentemente, excepcionalíssima.

No caso, porém, a diligência postulada é estritamente necessária ante a desídia reiterada no cumprimento das obrigações judiciais impostas aos agravados, o grave dano ambiental ocasionado pelas suas respectivas condutas e o desrespeito manifesto para com o Poder Judiciário, instituição símbolo do Estado Democrático de Direito. Inteligência dos arts. 4º, 5º, 6º, 8º, 77, IV, 139, III e IV, do CPC e 539 do CPC, dos Enunciados 48 do ENFAM, 12 FPPC e 396 do FPPC.

A adoção de medidas coercitivas atípicas eficazes para o cumprimento de obrigação judicialmente determinada não foi repelida, mas sim corroborada por recente decisão do STJ que, apenas no caso concreto, considerou desproporcional a prestação ora buscada. Para, desde já, diferenciar o caso então versado no bojo dos autos do RHC 97.876 –SP (2018/0104023-6), com acórdão lavrado pelo Min. Luis Felipe Salomão junto à Quarta Turma do STJ, ressalta-se que, na hipótese recente levada ao STJ, tratava-se de devedor de instituição de ensino e de dívida no valor de R\$ 16.800,00 (dezesesseis mil e oitocentos reais). Em termos de pressuposto de incidência, se distancia da presente espécie, que decorre de ilícito ambiental, em que os sujeitos responsáveis pela dilapidação do meio ambiente estão a se esquivar, há longa data, do cumprimento de suas obrigações legais, muito embora detivessem meios para evitá-la e sejam pessoas públicas, de alto poder aquisitivo, com condições para compensar os prejuízos ambientais observados – os quais abarcam dívida que ultrapassa o valor de oito milhões de reais e que ainda resta, integralmente, inadimplida. Subsidiariedade, proporcionalidade, legalidade e razoabilidade da medida requerida evidenciadas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

Daí que houve a impetração de *habeas corpus* em favor dos pacientes Roberto e Ronaldo, distribuído em 09/11/2018 ao Ministro Francisco Falcão, integrante da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, com competência para o processo e julgamento de matérias afetas ao Direito Público e Previdenciário. Após parecer do Ministério Público Federal, foi prolatada decisão monocrática pelo relator, indeferindo o requerimento liminar.

Em tal decisão, após historiar o caso, registrou o relator, citando precedentes, que é possível, excepcionalmente, atribuir ao *habeas corpus* feição substitutiva de outros recursos.

Ingressando no mérito, afirmou que, para a concessão da liminar, é necessária a comprovação cumulativa dos requisitos *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. E não se pode identificar a probabilidade do direito alegado pelo impetrante, pois a decisão impugnada (i) está de acordo com o art. 134 (*rectius*, 139), III e IV, do CPC e (ii) a restrição imposta se afigura proporcional e razoável, já que o fato ensejador da determinação judicial tem relação com a inobservância de direito fundamental à proteção ambiental.

Realizou a distinção do caso com o veiculado no RHC 97.876, Rel. Min. Felipe Salomão, porquanto no paradigma se tinha um litígio entre particulares e o valor da dívida era substancialmente inferior. Em reforço de argumentação, adicionou que o impetrante não demonstrou que as penhoras realizadas nos autos da ação civil pública seriam suficientes para a integral reparação dos danos ambientais causados.

Voltando aos requisitos necessários para o deferimento das liminares, considerou não demonstrado o *periculum in mora*, seja porque o impetrante não comprovou a agenda de compromissos internacionais dos pacientes, seja porque não indicou as consequências que adviriam do descumprimento dos supostos compromissos. Nessa passagem, qualificou a conduta dos pacientes como violadoras dos arts. 6º e 77, IV, do CPC, os quais impõem a obrigação de comportamento cooperativo por aqueles que participam do processo.

Contra essa decisão, interpôs o impetrante recurso de agravo interno, com o que provocou a análise pelo colegiado competente (Segunda Turma) da decisão monocraticamente proferida. O acórdão prolatado recebeu a seguinte ementa:

AMBIENTAL. PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INDENIZAÇÃO POR DANO AMBIENTAL. MEDIDA COERCITIVA ATÍPICA EM EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. RESTRIÇÃO AO

USO DE PASSAPORTE. INJUSTA VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE IR E VIR. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO. PONDERAÇÃO DOS VALORES EM COLISÃO. PREPONDERÂNCIA, *IN CONCRETO*, DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA DO MEIO AMBIENTE. DENEGAÇÃO DO *HABEAS CORPUS*.

I - Na origem, trata-se de cumprimento de sentença que persegue o pagamento de indenização por danos ambientais fixada por sentença. Indeferida a medida coercitiva atípica de restrição ao passaporte em primeira instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao agravo interposto pelo Ministério Público, determinando a apreensão do passaporte dos pacientes.

II - Cabível a impetração de *habeas corpus* tendo em vista a restrição ao direito fundamental de ir e vir causado pela retenção do passaporte dos pacientes. Precedentes: RHC n. 97.876/SP, HC n. 443.348/SP e RHC n. 99.606/SP.

III - A despeito do cabimento do *habeas corpus*, é preciso aferir, *in concreto*, se a restrição ao uso do passaporte pelos pacientes foi ilegal ou abusiva.

IV - Os elementos do caso descortinam que os pacientes, pessoas públicas, adotaram, ao longo da fase de conhecimento do processo e também na fase executiva, comportamento desleal e evasivo, embaraçando a tramitação processual e deixando de cumprir provimentos jurisdicionais, em conduta sintomática da ineficiência dos meios ordinários de penhora e expropriação de bens.

V - A decisão que aplicou a restrição aos pacientes contou com fundamentação adequada e analítica. Ademais, observou o contraditório. Ao final do processo ponderativo, demonstrou a necessidade de restrição ao direito de ir e vir dos pacientes em favor da tutela do meio ambiente.

VI - Ordem de *habeas corpus* denegada.

No voto condutor da decisão colegiada, o ministro relator, apoiando-se nos precedentes da Corte a respeito do tema – RHC 97.876/SP, HC 443.348/SP e RHC 99.606/SP –, admitiu o *habeas corpus* contra o acórdão do Tribunal de Justiça gaúcho que aplicou aos pacientes a medida coercitiva de apreensão dos respectivos passaportes, nele enxergando a ocorrência, em tese, de violação ao direito fundamental de ir e vir. Submeteu ao mérito do *writ* a investigação acerca da legalidade da providência adotada.

Ingressando no mérito, iniciou discorrendo sobre as medidas executivas atípicas na execução por quantia certa, historiando a evolução dessas medidas desde o CPC/73 e alertando que inexistia na legislação processual revogada disposição permissiva do seu uso nas execuções de créditos em dinheiro.

Alertando da preocupação do CPC/15 com a efetividade da tutela jurisdicional e com a razoável duração do processo, apresentou a técnica da atipicidade dos meios executivos como mais uma ferramenta à disposição do credor na execução por quantia certa. Textualmente, afirmou que “as medidas executivas atípicas agregaram-se aos meios típicos de execução em ordem a permitir que o juiz, à luz das circunstâncias do caso concreto, encontre a técnica mais adequada para proporcionar a efetiva tutela do direito material violado”.

Recordou que alguns limites vêm sendo construídos para orientar a aplicação dos meios atípicos na execução por quantia e fez especial menção ao debate doutrinário a respeito da exigência de prévio esgotamento das medidas típicas. Como defensores dessa exigência, citou Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, coautores do v. 5 do Curso de Direito Processual Civil da JusPodivm²²⁵, e Eduardo Talamini²²⁶, além do enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC. Como opositor, citou Sérgio Cruz Arenhart²²⁷.

Destacou, então, que “a imposição de prévio exaurimento da via típica é exigência que, se palatável no ordinário das coisas, precisa ser relativizada em alguns casos. É o que deve ocorrer quando o comportamento processual da parte, em qualquer das fases do processo, descortina a sua propensão à deslealdade ou à desordem”. Nesse cenário, além das sanções processuais contra a conduta atentatória à dignidade da justiça, o relator demonstrou preocupação com a concepção de “meios capazes de imediatamente fazer cessar ou [ao menos] remediar a nocividade da conduta”.

Avançou propondo que a postura do devedor pode funcionar como gatilho para o emprego de meios indutivos ou sub-rogoratórios atípicos de forma imediata, se possível antever que “o emprego de meios sub-rogoratórios ou indutivos típicos importará inócuo dispêndio de tempo e de recursos públicos (para a movimentação da máquina judiciária)”.

E antes de analisar as particularidades de fato do caso, rememorou que o contraditório prévio e a de fundamentação adequada também constituem diretrizes e limites amiúde apresentados para o manejo dos meios executivos atípicos.

Passo seguinte, relatou os elementos de fato já acima descritos para concluir que os pacientes “adotaram ao longo do processo, iniciado há mais de oito anos, conduta evasiva e não cooperativa”, ofensiva ao princípio da boa-fé objetiva, a autorizar a relativização da “exigência sistemática de esgotamento da via típica”. Identificou a observância do contraditório prévio e a consistência da fundamentação do acórdão dito coator.

²²⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 107 (como citado).

²²⁶ TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 27-57. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 28 (como citado).

²²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim mas eu gosto”?** In: *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR* V. 3, n.1 (maio. 2018), p. 15-57. Curitiba: OABPR, 2018. p. 40-42 (como citado).

Assim, ponderando os direitos fundamentais em colisão – direito à tutela ambiental efetiva, de um lado, e direito de ir e vir, do outro –, reconheceu a predominância dos direitos ao meio ambiente sadio e ao processo efetivo e probo, chancelando a decisão que determinou a apreensão dos passaportes dos pacientes e denegando a ordem de *habeas corpus*.

6.4.1 Análise crítica da decisão

Na mesma esteira dos casos antes analisados, o Superior Tribunal de Justiça, também aqui, foi chamado a enfrentar o tema dos meios executivos atípicos em sede de *habeas corpus*. Logo, havia limites à atividade cognitiva que naturalmente comprimiam a liberdade argumentativa do relator. Conforme já afirmado, a seleção do HC 478.963/RS para análise na presente pesquisa se deu porque o caso envolve figura pública cujos passos são monitorados pela curiosidade mundial, e também porque a dívida tem origem em prática de ilícito administrativo (infração às normas de direito ambiental), ao contrário dos demais precedentes, emanados de relações de direito privado.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que deu azo à impetração do *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, captou nos autos da ação civil pública comportamentos advindos dos impetrantes capazes de demonstrar o descompromisso com que vinham se portando diante das normas ambientais e das determinações judiciais²²⁸. O tribunal reputou o comportamento evasivo e pouco

²²⁸ O excerto do voto, bastante ilustrativo, merece ser transcrito: “A singularidade do caso em questão é latente. Em primeiro lugar, porque se está diante de conduta reiteradamente omissiva dos agravados, em função do silêncio contumaz que, inclusive, o fazem com que sejam representados pela Defensoria Pública (cuja pertinência é inclusive questionada, já que os réus foram revéis na fase de conhecimento, tendo sido ambos citados pessoalmente) e que tornam a prestação jurisdicional até aqui determinada completamente inócua. Em segundo lugar, porque se tratam de pessoas públicas de alto poder aquisitivo, conforme se pode aferir do extenso material juntado pelo Ministério Público – seja na condição de autor da demanda e exequente, seja na condição de fiscal da ordem jurídica –, sendo também fato notório. E, ainda assim, não estão a arcar com as obrigações sequer pecuniárias que lhes são imputadas. Em terceiro lugar, pelos atos atentatórios à dignidade da Justiça consubstanciados nos fatos de que os réus (1) se “recusam a receber citações” e/ou intimações, os quais somente puderam ser citados, pessoalmente, na fase de conhecimento, porque, em relação a um dos réus, o oficial de Justiça compareceu à Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul quando este (ROBERTO) deporá na “CPI do Instituto do Ronaldinho Gaúcho”, e o outro (RONALDO), porque foi expedida carta precatória para ser cumprida no seu então local de trabalho (no centro de treinamento do Clube Atlético Mineiro); (2) não respondem a quaisquer das determinações judiciais a eles direcionadas; (3) se eximem de indicar qualquer bem à penhora para a satisfação da dívida exequenda ou de praticar qualquer ato para reduzir os danos ambientais observados até o presente, em total menosprezo ao aparato jurisdicional existente. Em quarto lugar, pelo fato de que, apesar de fotografados, rotineiramente, em diferentes lugares do mundo, corroborado o trânsito internacional intenso mediante a juntada de Certidões de Movimentos Migratórios (CMV), os recorrentes, curiosamente, em seu país de origem, possuem paradeiro incerto e/ou não sabido. Em quinto lugar, pela gravidade dos atos que lhe são

cooperativo dos devedores sintomático da maior adequação do emprego de meios coercitivos. Por isso, deferiu a apreensão dos respectivos passaportes.

O caso é bastante interessante porque o próprio comportamento dos executados ao longo da fase processual cognitiva foi ponderado para fins de autorizar a restrição ao seu direito de ir e vir. Não houve, nem de longe, o exaurimento das medidas subrogatórias para a localização dos seus bens ou direitos. Mas a conduta que adotaram ao longo do processo de conhecimento contribuiu de modo determinante para que se anteviessem os percalços que a perseguição patrimonial enfrentaria na fase satisfativa.

Aliás, bastou uma investida na busca de depósitos em dinheiro ou aplicações financeiras nas contas dos executados para confirmar o acerto dessa conclusão. Os milionários devedores contavam apenas com quantia ínfima em contas bancárias. E o imóvel sobre o qual o juízo instituiu a hipoteca judiciária já se achava vinculada ao pagamento de outras tantas dívidas.

Assim, na análise do *writ*, o ministro relator, acompanhado pela Turma, incursionou em questões fundamentais e que vão ao encontro das ideias sustentadas na presente pesquisa.

Em primeiro lugar, flexibilizou a condicionante do prévio exaurimento da via típica, estabelecendo a possibilidade de relativização dessa exigência à luz do comportamento processual do devedor. Julgou corretamente que a parte pode, ao longo do processo, mesmo na fase de conhecimento, conduzir-se de modo sintomático de que os meios tipificados de execução não terão o condão de satisfazer o direito reconhecido. *Mutatis mutandis*, registrou que a escolha deve se orientar pelo critério da adequação, e não trilhar cega e necessariamente uma rota fadada ao malogro.

Com essa opção, atribuiu à boa-fé objetiva uma particular força normativa no ambiente das execuções, investindo-a de caráter auxiliar na definição do meio executivo adequado. E não pode ser de outro modo. É risível que o comportamento infringente à boa-fé nas execuções implique apenas a aplicação de sanções processuais de cunho

imputados que afrontam vasta legislação ambiental, como o Código Florestal Federal (Lei nº 4.771/65); o Código de Águas, o Decreto Federal nº 24.643, de 10 de julho de 1934; a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente nº 6.938, de 31 de agosto de 1981; a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e legislações estadual e municipal específicas, as quais ocasionam o expressivo passivo existente hoje contabilizado. Em sexto lugar, porque ainda que o ente ministerial tenha ajuizado ações preventivas, tentando evitar o potencial dano e ainda que tenham sido deferidas medidas judiciais aptas para tanto, a omissão contumaz dos recorridos fez com que não apenas os danos se concretizassem, mas como também se potencializassem. Mesmo após todas as medidas tomadas, com, inclusive, a cominação de multa diária (que hoje soma quantia superior a oito milhões de reais), não houve sequer o cumprimento mínimo das medidas judiciais até o presente determinadas”.

punitivo. Os efeitos da falta de boa-fé precisam ser contornados, contra-atacados. Não se deve meramente precificar a má-fé e dar ao devedor a escolha de custear a multa processual e seguir eternizando a execução.

Para além disso, o colegiado captou do acórdão de segunda instância os elementos de fato que justificaram, no processo ponderativo, a prevalência dos direitos ao meio ambiente sadio e à probidade processual. Não ponderou abstratamente os direitos em colisão, mas recorreu aos elementos de fato que subsidiaram o emprego dos meios atípicos.

Por fim, cuidou de observar se respeitada a garantia do contraditório prévio e da fundamentação adequada, avaliando a presença de tais requisitos. Ateve-se, pois, a exigências fundamentais para o uso dos meios executivos atípicos na execução por quantia certa.

7 CONCLUSÃO

Buscou-se com a presente pesquisa demonstrar que os meios atípicos de execução têm amplo espaço de incidência na execução por quantia certa (melhor ainda, nas execuções de títulos judiciais que veiculem prestação em dinheiro), inexistindo razão de ordem lógica ou dogmática para que as prestações pecuniárias mereçam tratamento processual menos eficaz que o conferido a prestações de fazer, não fazer e dar. Os credores de dinheiro são também titulares do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, devendo os meios executivos, *enquanto técnicas processuais*, prestar serviço à realização do direito material, e não a embaraçar.

Os maiores desafios com o quais se depara aquele que almeja estender às obrigações pecuniárias a dinâmica já assimilada no ambiente das obrigações de fazer, não fazer e dar ficam por conta (i) da consagração dogmática de certas classificações e conceitos processuais, (ii) da alegada assimetria do sistema para recepcionar e operar com os meios executivos atípicos em conjunturas obrigacionais diversas e (iii) da necessidade de estabelecer diretrizes capazes de garantir alguma segurança no manejo da norma fluida do art. 139, IV, do CPC.

Com a ambição de superar esses desafios, centralizaram-se os esforços argumentativos que precedem esta conclusão para estabelecer as seguintes premissas e diretrizes:

1. Malgrado a classificação quinária das sentenças, havida da perspicácia de Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva, tenha prestado grande contribuição para o entendimento das formas de execução no sistema brasileiro, é chegada a hora de superar a categorização dos provimentos de repercussão física em departamentos distintos e compreender que as sentenças não autossuficientes – ou *tutelas de repercussão física* – devem incidir, todas elas, mediante o império estatal. Dessa forma, também as sentenças classicamente nominadas de condenatórias endereçam ao obrigado ordens que podem vir acopladas de meios indutivos.
2. Ao fim e ao cabo, é preciso não perder de vista que as sentenças e os meios de execução são técnicas processuais a serviço da tutela dos direitos. Se é assim, os instrumentos processuais devem atuar para promover a realização do direito material, e jamais operar como um fim em si mesmo.

3. Mais ainda porque gozam todos os jurisdicionados do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), de modo que o legislador tem o dever de implementar mecanismos processuais com real aptidão para dar concretude à tutela satisfativa. Se não o fizer, cabe ao Poder Judiciário densificar os direitos constitucionais fundamentais, os quais fruem de aplicação imediata e independem de intermediação legislativa.
4. De todo modo, uma vez que é marca da execução a restrição ou a supressão a direitos fundamentais do devedor, o processo executivo lida constantemente com colisões entre direitos fundamentais, cuja solução, salvo raríssimas exceções – casos em que o legislador já ponderou os direitos ou em que existe óbice *a priori* ao sacrifício de um dos direitos (como, por exemplo, na hipótese da prisão civil por dívida não alimentar) – reclama o recurso *in concreto* à técnica da ponderação, aqui adotado o modelo concebido por Robert Alexy.
5. A densificação do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva tem um capítulo temático intrigante na execução por quantia certa. Ali, existe uma forte resistência doutrinária e jurisprudencial ao uso dos meios executivos atípicos com a mesma desenvoltura com que vêm sendo empregados na tutela satisfativa de prestações mais comportamentais, que exigem a concorrência da vontade do obrigado. Concluiu-se, todavia, que o receio comumente manifestado ancora-se em argumentos perfeitamente vencíveis se abraçada a ideia de que não existe motivo plausível para a marginalização do crédito em dinheiro.
6. Ao contrário do que muito se sustenta, os meios executivos atípicos concorrem em oportunidade e tempo com os típicos. Não há uma relação de obrigatoria precedência ou, como se tem preferido dizer, não há necessidade de prévio esgotamento dos meios típicos. Existe, isso sim, uma relação de adequação circunstancial, orientada pelas particularidades de cada caso, que pode resultar na opção por meios indutivos, por exemplo, antes mesmo da falência dos meios sub-rogatórios típicos.
7. Algumas vezes, o comportamento processualmente desleal e eticamente descomprometido do devedor será a válvula para que se dispare um meio de coerção no limiar da execução, sem o prévio desgaste do rumo executivo

desenhado pelo legislador. Bem ilustrativo disso é o Caso Ronaldinho Gaúcho, *HC* nº 478.963/RS, em que o deferimento de medidas coercitivas atípicas ocorreu no começo da fase de cumprimento de sentença, após tentadas pouquíssimas medidas típicas, tudo por conta do comportamento indiferente que ele e o codevedor, seu irmão, adotaram ao longo da fase de conhecimento do processo.

8. Naturalmente, tem-se a consciência de que os meios sub-rogatórios e indutivos típicos darão conta, no mais das vezes, de promover a tutela satisfativa. A eleição da via atípica será excepcional, na contramão do que acontece nas obrigações de fazer infungíveis e de não fazer, as quais lidam, em regra, com soluções executivas pensadas para o caso. Mas isso não quer dizer que os meios executivos atípicos tenham repulsa pelo ambiente da execução de crédito pecuniário. A prioridade, sempre, é a tutela do direito material. Se o meio executivo atípico tiver esse potencial será bem-vindo também na execução por quantia.
9. Não se pode negar, todavia, que a restrição a liberdades individuais sói atingir de forma bastante severa direitos caros aos devedores. Por isso, essa ferramenta deve ser tirada das mãos de titulares de créditos formados sem a sabatina de uma figura imparcial. Tendo em consideração que os títulos executivos extrajudiciais são, *majoritariamente*, constituídos em plataformas negociais de sobrepujança de uma das partes, considerou-se inviável – também por força da disposição topográfica e textual do art. 139, IV, do CPC – o emprego de meios executivos atípicos nessa seara. Adotou-se, contudo, a interessantíssima ressalva de José Miguel Garcia Medina quanto aos casos em que já opostos e rejeitados, total ou parcialmente, embargos do devedor, ou se negado efeito suspensivo aos embargos com fundamento na falta de probabilidade do direito afirmado.
10. Outrossim, houve a necessidade de superação de um argumento muito frequentemente invocado para limitar a aplicação do instrumento em enfoque. Parece absolutamente despropositado cobrar a existência de uma relação de causalidade entre a aplicação da medida atípica e a imediata satisfação patrimonial. Essa relação jamais foi exigida, nem sequer na atmosfera dos meios coercitivos típicos, como a prisão civil do devedor de

alimentos. Não há razão para instituí-la como um entrave à efetividade da técnica nos demais créditos pecuniários.

11. Mais ainda, assentou-se que a liberdade das partes para celebrarem negócios jurídicos processuais tem como limite, no âmbito da execução, a impossibilidade de alijar o juiz de algum meio executivo atípico. Permite-se que convençionem a ampliação dos poderes do juiz quanto aos meios de execução, mas não a supressão de poderes. A premissa que deve orientar o negócio jurídico processual, portanto, é a impossibilidade de redução dos poderes do juiz. A jurisdição tem um compromisso muito maior que o interesse das partes que vindicam tutela judicial.
12. Por fim, na medida que a aplicação de meios executivos atípicos implica uma atividade do juiz criativa de soluções para o caso, recai sobre ele um ônus argumentativo extremamente rigoroso, a fim de permitir ao destinatário do provimento o controle das razões mediante acesso à via recursal. Não se apregoa uma proposta irresponsável de tutela jurisdicional executiva arbitrária. A *discricionarietà judicial* exige do juiz um grande compromisso demonstrativo.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **O devido processo legal e a execução civil**. In: SANTOS, Ernani Fidélis dos; WALBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*, p. 112-115. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ABELHA, Marcelo. **O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1)**. *Revista de Processo*. vol. 244. ano 40. p. 87-151. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./2015.

_____. **O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 2 - continuação)**. *Revista de Processo*. vol. 245. p. 151-222. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2015, edição eletrônica.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. In: ALVIM, Tereza Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Processo e constituição – parte I**. *Revista de Processo*. vol. 281/2018. p. 19-43. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2018, edição eletrônica.

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de processo civil: tomo I – parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 360

ARAÚJO, Luciano Vianna. **A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa**. *Revista de Processo*. vol. 270. p. 123-138. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2017, edição eletrônica.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- _____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003
- _____. **Sentença condenatória para quê?** In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Nogueira (org.). Teoria quinária da ação – estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento, p. 613-631. Salvador: JusPodivm, 2010.
- _____. **Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim mas eu gosto”?** In: Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR V. 3, n.1 (maio. 2018), p. 15-57. Curitiba: OABPR, 2018.
- ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 20ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- _____. **Cabimento e adequação dos meios executórios ‘atípicos’**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). Medidas executivas atípicas, p. 111-133. Salvador: JusPodivm, 2018.
- _____. **O contempt os court no direito brasileiro**. *Revista de Processo*. vol. 111. p. 18-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **O neoprivatismo no processo civil**. *Revista de Processo*. vol. 122. p. 9-21. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2005, edição eletrônica.
- BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; ALE, Camila D’Oliveira. **O arresto on-line e o princípio da execução menos gravosa para o credor**. *Revista de Processo*. vol. 234. ano 39. p. 119-141. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção no novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Eficácia e efetividade do direito à liberdade**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Curitiba: Juruá, n. 5, 2000. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v0i5>.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias**. *Revista de Processo*. vol. 113. p. 22-76. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-fev./2004, edição eletrônica.

CABRAL, Antonio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. *Revista de processo*. vol. 30, n. 126. p. 59-81. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2005.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 855-872. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

CAMPUZANO, Afonso de Julios. **Estado de derecho, democracia y justicia constitucional: uma mirada (de soslayo) al neoconstitucionalismo**. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 1, n. 2 (2009), p. 8-20.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do ‘cumprimento de sentença’, conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?** In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*, p. 51-91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **O princípio *sententia habet paratam executionem* e a multa do art. 475-J do CPC**. *Revista de Processo*. vol. 164. p. 135-151. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./2008, edição eletrônica.

CARPENA, Márcio Louzada. **Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada**. *Revista de Processo*. vol. 140. p. 115-134. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./2006, edição eletrônica.

CARREIRA, Guilherme Sarri; GAMA e ABREU, Vinicius Caldas. **Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 241-273. Salvador: JusPodivm, 2018.

CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei dititti**. Milano: Giuffrè, 1980, *apud* COLESANTI, Vittorio. Misure coercitive e tutela dei dititti. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Anno XXXV (Seconda Serie) – n. 4, p. 601-626, ottobre-dicembre 1980.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **As garantias arquifundamentais contrajurisdicionais: não-criatividade e imparcialidade**. Disponível em: [<http://emporiiododireito.com.br/leitura/as-garantias-arquifundamentais-contrajurisdicionais-nao-criatividade-e-imparcialidade>]. Acesso em: 21.12.2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

_____. **Cláusulas gerais processuais**. *Revista de Processo*. vol. 187. p. 69-83. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2010, edição eletrônica.

_____. **Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades**. *Revista de Processo*. vol. 174. p. 30-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2009, edição eletrônica.

_____; CABRAL, Antonio do Passo. *Revista de Processo*, vol. 275/2018. p. 193–228. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2018, edição eletrônica.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Execução civil**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. v. I.

DOTTI, Rogéria. **Sanções processuais, efetividade e contraditório**. In: DOTTI, René Ariel; DOTTI, Rogéria (coord. geral); ZARDO, Francisco (coord.). Temas de direito sancionador, p. 307-329. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. **O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o**

estado contemporâneo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. v. 3, n. 1. p. 84-94. São Leopoldo, 2011.

EXPÓSITO, Gabriela; LEVITA, Sara Imbassahy. **A (im)possibilidade de suspensão de CNH como medida executiva atípica.** In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 349-370. Salvador: JusPodivm, 2018.

FUX, Luiz. **O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual).** São Paulo, 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP.

_____; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. **Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015.** São Paulo: Método, 2017.

GRADI, Marco. **Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio.** *Revista de Processo*. vol. 186. p. 109-160. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2010, edição eletrônica.

GRECO, Leonardo. **A execução e a efetividade do processo.** *Revista de Processo*. vol. 94. p. 34-66. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./1999, edição eletrônica.

_____. **Coações indiretas na execução pecuniária.** In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 395-420. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court.** *Revista de Processo*. vol. 102. p. 219-227. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Execução forçada: controle de admissibilidade.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **A proporcionalidade em sentido estrito e a 'fórmula do peso' de Robert Alexy: significância e algumas implicações.** *Revista de Processo*. vol. 141. p. 53-71. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2006, edição eletrônica.

HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais.** *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*. v. 14. n. 14.1. p. 618-688. Curitiba, ago./dez. 2013.

_____. **O Estado moderno, a construção científicista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista.** *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte.* ano 11. n. 46. p. 199-219. out./dez. 2011.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

JUSCELINO, Cristhiane Bessas. **Débito e responsabilidade.** *Revista de Processo.* vol. 287. p. 231-250. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2019.

LEAL, Fernando. **Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo.** *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional.* ano 14. n. 58. p. 177-209. Belo Horizonte, out./dez. 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy.** *Revista de Investigações Constitucionais.* vol. 1. n. 2. p. 131-166, Curitiba, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40513>.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Embargos do executado (oposição de mérito no processo de execução).** Trad. da 2ª ed. italiana: J. Guimarães Menegale. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. **A preservação da tutela jurisdicional a partir da interação das eficácias mandamental e condenatória.** *Revista de Processo.* vol. 195. p. 423-437. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai./2011, edição eletrônica.

MANDRIOLI, Crisanto. **L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro.** *Rivista di Diritto Processuale,* Padova, Anno XXX (Seconda Serie), p. 9-36, Anno 1975.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Tutela inibitória: individual e coletiva.** 5ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema.** 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Tutela de urgência e tutela de evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de processo civil: teoria do processo civil**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.3.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil: artigos 1º ao 69**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção comentários ao código de processo civil*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria dos princípios e função jurisdicional**. *Revista de Investigações Constitucionais*. vol. 5. n. 2. p. 135-164. Curitiba, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.56183.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 285.

MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. *Revista de Processo*. vol. 247. ano 40. p. 231-246. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Limitações dos direitos fundamentais**. In: _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao *non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: JusPodivm, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./2018, edição eletrônica.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação.** *Revista de Processo*. vol. 169. p. 38-61. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./2015, edição eletrônica.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual.** *Revista de Processo*, vol. 146/2007. p. 321-331. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2007, edição eletrônica

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica.** *Revista de Processo*. vol. 155. p. 11-26. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2008, edição eletrônica.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional.** Lisboa: Lex, 1993

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Rafael Caselli. **A multa judicial (astreinte) e o CPC/2015.** 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil: tomo I, arts. 1º-45.** Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. **Tratado das ações: ação, classificação e eficácia.** 1ª ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. t. 1.

_____. **Comentários à constituição de 1967.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. v. 5.

PISANI, Andrea Proto. **Appunti sulla giustizia civile.** Bari: Cacucci Editore, 1982.

_____. **L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna.** *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Anno XXX (Seconda Serie), p. 620-634, Anno 1975.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria.** Padova: Cedam, 1987.

RODOVALHO, Thiago. **O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC, art. 139, IV (atipicidade dos meios executivos)**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 717-732. Salvador: JusPodivm, 2018.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SHIMURA, Sérgio. **A execução da sentença na reforma de 2005**. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*, p. 546-586. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição do juiz na execução civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Bruno Campos; SOUZA, Diego Crevelin de; ROCHA, Jorge Bheron. **Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator shylockiano do art. 139, IV, do CPC**. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*, p. 703-715. Salvador: JusPodivm, 2018.

SILVA, João Paulo Hecker da. **Manus injectio: o processo de execução no período arcaico do direito romano**. *Revista de Processo*. vol. 237. ano 39. p. 139-156. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

_____. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 54.

_____. **Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Da função à estrutura**. *Revista de Processo*. vol. 158. p. 9-19. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2008, edição eletrônica.

SILVA, Ricardo Alexandre. **Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no novo CPC**. In: MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 5: Execução, p. 427-452. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017

_____. **O proporcional e o razoável**. v. 91. n. 798. p. 23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2002.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?** Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>]. Acesso em: 29.08.2018.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução**. In: _____; MINAMI, Marcos Youji. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. **Prisão civil e penas e “execução indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal)**. *Revista de Processo*. vol. 92. ano 23. p. 37-51. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./1998.

TARUFFO, Michele. **A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos**. *Revista de Processo*. vol. 59. p. 72-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set./1990, edição eletrônica.

_____. **Note sul diritto alla condanna e all’esecuzione**. vol. 144. p. 57-83. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2007, edição eletrônica.

_____; MITIDIERO, Daniel. **A justiça civil – da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo justo e contraditório dinâmico**. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. v. 2. n.1. p. 64-71. São Leopoldo, 2010.

_____. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 24ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Leud, 2007.

_____. **Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015**. *Revista de Processo*, vol. 285/2018. p. 65-88. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./2018, edição eletrônica.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Contra o processo autoritário**. *Revista de Processo*. vol. 242. p. 49-67. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2015, edição eletrônica.

ZANETI JR, Hermes. **Comentários ao código de processo civil: artigos 824 ao 925**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel

(coord.). Coleção comentários ao código de processo civil. v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **A eficácia constitutiva das sentenças, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial.**

Disponível em: [<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo10.htm>]. Acesso em: 28.05.2019

ZARONI, Bruno Marzullo. **Contempto of court, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano.** *Revista de Processo*. vol. 235. ano 39. p. 121-147, set./2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução: parte geral.** 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Executividade das sentenças de improcedências em ações declaratórias negativas.** *Revista de Processo*. vol. 208. p. 13-20. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2012.