

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCOS FABRÍCIO CAMPOS

O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO EM ANÁLISE: Uma leitura crítica e à luz da Constituição das medidas coercitivas atípicas do artigo 139, IV, do NCPC.

CURITIBA

2019

MARCOS FABRÍCIO CAMPOS

O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO EM ANÁLISE: Uma leitura crítica e à luz da Constituição das medidas coercitivas atípicas do artigo 139, IV, do NCP.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2019

*Aos meus pais, que fizeram “**tudo**” por mim,
À pequena Heleninha, meu amor.*

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, elevo minha máxima gratidão aos meus pais, que me propiciaram uma segunda chance, ora concretizada, com o término desta graduação. Sem dúvidas, relativizaram suas necessidades para o atendimento das minhas.

Sou copiosamente grato pelas marcas de caráter, em mim impressas, por meu pai, modelo de homem, incansável trabalhador e honestidade. Reconhecimento à minha mãe, “melhor amiga”, cujo incentivo diário – pelas mensagens eletrônicas – foi essencial para o fechamento deste ciclo.

Agradecimento, igualmente, extensivo aos meus familiares.

À Universidade Federal do Paraná, por me propiciar, em todos os âmbitos, ensino público, de qualidade e gratuito.

Ao professor Sérgio Arenhart, orientador desta pesquisa, que, logo no início do segundo ano da faculdade, despertou-me interesse pelo Processo Civil. Exemplo de docente e profissional, que une conhecimento e humildade.

Por derradeiro e em especial, à pequenina Helena que, mesmo à distância, enchia meus dias de alegria e entusiasmo, sempre que lhe direcionava meu pensamento ou dela me recordava por fotos.

RESUMO

Nesta pesquisa, pretende-se uma exposição acerca do instituto processual que o legislador conferiu aos magistrados através do inciso IV do artigo 139 do NCPC. Deste modo, intenta-se discorrer acerca de parâmetros e demarques que devem nortear a aplicação das medidas atípicas, de maneira a harmoniza-las com a ordem constitucional e legal vigentes. Assim, em resumo, quer-se discutir a adequação e subsistência do referido dispositivo dentro da ordem constitucional e, posteriormente, balizas e limites para a determinação de medidas deste jaez, sem que restem por afigurar como arbitrárias, autoritárias e violadoras de direitos.

Palavras-chave: Medidas atípicas. Efetividade. Execução. Parâmetros de aplicação.

ABSTRACT

In this research, it is intended an exposition about the procedural institute that the legislator conferred to the magistrates through item IV of article 139 of the NCP. Thus, we intend to discuss about parameters and boundaries that should guide the application of atypical measures, in order to harmonize them with the current constitutional and legal order. Thus, in short, we want to discuss the adequacy and subsistence of this provision within the constitutional order and, subsequently, beacons and limits for the determination of measures of this nature, without remaining to appear as arbitrary, authoritarian and violators of rights.

Keywords: Atypical measures. Effectiveness. Execution. Application Parameters.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS MEIOS EXECUTIVOS E A RECEPÇÃO DA ATIPICIDADE PELO SISTEMA. | 10 |
| 2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS | 10 |
| 2.2 O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO COMO FRUTO DA COMUNICABILIDADE DOS SISTEMAS DA COMMON LAW E DA CIVIL LAW..... | 10 |
| 2.3 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS MECANISMOS EXECUTÓRIOS..... | 13 |
| 3. O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO - A PARTIR DO ARTIGO 139, IV, DO CPC/15 - E SUA APLICABILIDADE..... | 19 |
| 3.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS..... | 19 |
| 3.2 DA LÓGICA DO CPC/73 AO CPC/15..... | 19 |
| 3.3 A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS E SUA SUBSIDIARIEDADE..... | 23 |
| 3.4 A APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV, DO CPC FUNDAMENTANDO MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS..... | 29 |
| 3.5 VEDAÇÕES À APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS..... | 37 |
| 3.6 A CONSTRUÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS BALIZADAS PELA VISÃO PANPROCESSUAL..... | 39 |
| 4. PARÂMETROS DOUTRINÁRIOS PARA UMA LEITURA ESTRIBADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA..... | 42 |
| 4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS | 42 |
| 4.2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 139, IV, DO CPC..... | 42 |
| 4.3 UMA HIPÓTESE DE BALIZAMENTO A PARTIR DAS TEORIZAÇÕES DE HUMBERTO ÁVILA..... | 48 |
| 4.4 A CLASSIFICAÇÃO DOS POSTULADOS..... | 52 |
| 4.4.1 O postulado da igualdade..... | 53 |
| 4.4.2 O postulado da razoabilidade..... | 54 |
| 4.4.3 O postulado da proporcionalidade..... | 58 |

| | |
|---|-----------|
| 5. AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS (ART. 139, IV, CPC) E PRÁXIS: UMA ANÁLISE DE CASO..... | 64 |
| 5.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS..... | 64 |
| 5.2 ESTUDO DE CASO: HABEAS CORPUS 478.963 – RS/STJ..... | 65 |
| 5.3 UMA LEITURA DO CASO A PARTIR DOS POSTULADOS DE HUMBERTO ÁVILA..... | 73 |
| 5.4 OS PILARES ORIENTADORES, FIXADOS POR SÉRGIO ARENHART, APLICADOS AO CASO..... | 76 |
| 5.5 QUESTÕES PERTINENTES..... | 79 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 82 |
| REFERÊNCIAS | 87 |

1 INTRODUÇÃO

Certa feita, um professor – que muito me marcou – ainda no segundo ano da graduação, dissertava, em uma das aulas, que as partes acorrem ao Poder Judiciário em razão de alguma patologia experimentada na relação jurídica, pois, se perfeita fosse, cada qual estaria a usufruir de seu direito, sem que o recorrimento ao Estado-juiz para equalizar e pacificar a situação por meio do processo. Logo, ao ingressar em juízo, o fim último perseguido pelo indivíduo é obter o bem da vida, objeto da lide.

Dessa maneira, o estágio processual da execução invoca extremada importância, pois, por seu intermédio, ocorre a concretização do direito; isto é, na fase executiva há a entrega do objeto em litígio àquele que detém direito. Destarte, faz-se imperiosa a construção de uma sistemática que robusteça os métodos executivos, ofertando-lhes efetividade. Haja vista que, para o jurisdicionado, pouco importa um título, em papel, reconhecendo-lhe o direito, sua pretensão é o resultado prático. Reclamando, assim, que o processo judicial busque estabelecer, o máximo possível, uma realidade próxima àquela que as partes teriam caso não fosse necessária a demanda, ou seja, se relação jurídica tivesse se perfectibilizado.

Em que pese tal necessidade, amiúde, na experiência brasileira, os instrumentais executórios apartaram-se do imperativo da efetividade, impondo, ao jurisdicionado, dúplice suplício: ver-se tolhido do direito no campo fático e, após todo curso do processo, ainda que reconhecida sua razão, não alcançar o resultado útil colimado.

Nesse estado de coisas, o novel Código de Processo Civil intentou um entrelaçamento das regras processuais com os mandamentos do texto constitucional, com o desiderato que se construir um processo democrático e concretizador de Direitos, exigindo, por óbvio, uma tutela jurisdicional efetiva.

Como corolário desta nova racionalidade do Processo Civil, dentre outras inovações, está o artigo 139, inciso IV, que imbuíu os juízes de poder para tomar *“todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”*, inclusive nas obrigações pecuniárias. Consagrando, assim, o princípio da atipicidade dos meios executivos.

Sem embargo de ser um antigo reclamo de parte da doutrina – apologista de instrumentos de execução mais efetivos – o dispositivo legal que se pretende analisar, desde o início da vigência do novo diploma processual civil, despertou contentas e alterações a seu respeito, sendo, inclusive, alcunhado de inconstitucional por suplantar direitos fundamentais do devedor.

A proposta que se tem, a princípio, neste trabalho, é espancar a argumentação de que o dito artigo fere o texto constitucional, não devendo, portanto, ser eliminado do ordenamento jurídico pelo legislador negativo. De outra banda, a nosso ver, sem limítrofes, é possível que o dispositivo dê azo a desmandos, autoritarismo e excessos. Requer-se, então, o estabelecimento de algumas balizas e demarques para que sua aplicação concreta não incorra em inconstitucionalidades. Resumidamente, procurar-se-á defender que, em seu poder geral de efetivação, o magistrado deve se estribar nos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, aventados por Humberto Ávila. Demais disso, Sérgio Arenhart consigna alguns pilares a serem atendidos na aplicação das medidas. Deste modo, na observância destas premissas teóricas, é possível harmonizar atipicidade com a ordem constitucional.

De introito, no capítulo inaugural, com intento de contextualização histórica, busca-se visualizar uma comunicação das matrizes jurídicas da *common law* e *civil law*, seguida do exame de alguns elementos do direito romano clássico que refletem na atualidade e análise da gênese dos meios executivos atípicos em nosso ordenamento processual.

Posteriormente, no segundo capítulo, pretende-se uma exposição mais alargada acerca do instituto processual em exame, qual seja, o poder geral de efetivação das decisões judiciais que o legislador conferiu aos magistrados, através do artigo 139, IV, do novel Código de Processo Civil. Para tanto, parte-se do prisma de sua diferenciação do regime da tipicidade e sua aplicação prática, com os apartes doutrinários já existentes sobre a questão, com realce para as pontuações de Sérgio Arenhart sobre a temática.

Em seguida, dando cabo ao desiderato de oferecer padrões para a construção das medidas executivas, na terceira secção, quer-se, num primeiro momento, discutir a adequação e subsistência do referido dispositivo dentro da ordem constitucional, secundado, pelo oferecimento de balizas e limites para a

determinação de medidas, com fundamento nas teorizações de Humberto Ávila, sobretudo, valendo-se dos postulados hermenêuticos e normativos.

No capítulo derradeiro, procura-se alinhar doutrina e aplicabilidade, mediante a análise de caso concreto, já apreciado pelos tribunais, em que houve a imposição de coercibilidade processual a partir do artigo 139, IV, do CPC. O referencial de análise será estabelecer acertos e desacertos do referido julgado segundo as lentes teóricas percorridas na pesquisa, inolvidando da intenção precípua de jungir, a um só tempo, respeito à ordem constitucional e efetividade das medidas. Na decisão judicial a ser examinada, buscar-se-á perscrutar se a medida eleita atendeu aos postulados da Igualdade, Razoabilidade e Proporcionalidade, propugnados por Humberto Ávila. E se, de outra banda, foi consoante aos critérios estabelecidos por Sérgio Arenhart, quais sejam, dever de máxima efetividade; respeito a outras garantias fundamentais, em especial atribuídas àquele que deve sujeitar-se a essa efetivação; critério de proporcionalidade pan-processual e suas vertentes e, em havendo mais de um meio identicamente idôneo, o respeito à menor onerosidade possível ao executado.

Evidencia-se, assim, a pertinência desta pesquisa, cujo núcleo é o estabelecimento de critérios, advindos da doutrina, que se prestem a blindar a aplicação das medidas jurídicas atípicas de feições inconstitucionais, ocasionadas por desmandos e arbitrariedades, motivados pela inexistência de parâmetros na legislação. Pois, em suma, o preenchimento, por parte dos magistrados, dessa abertura dada pelo legislador, não pode importar em indevidas restrições aos direitos fundamentais.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS MEIOS EXECUTIVOS E A RECEPÇÃO DA ATIPICIDADE PELO SISTEMA.

2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS.

Neste capítulo, afastando-se dos intentos, fatídicos e inadequados, de se realizar percursos históricos buscando raízes de institutos jurídicos em tempos remotíssimos, quer-se, apenas, estabelecer breves apontamentos das transformações havidas no campo da execução, especificamente, sobre a adoção dos meios atípicos de execução.

Nesse sentido, descabe percorrer – na linha do tempo – as feições e nuances que as técnicas executivas assumiram na sucessão dos diplomas legais, estabelecendo, assim, uma espécie de processo evolutivo cujo cume é o modelo atual, como máxime do desenvolvimento ou como mais aprimorado do que os pregressos.

Ao contrário, primeiramente, buscar-se-á dar espaço à algumas construções doutrinárias que visualizam uma comunicação das matrizes jurídicas da *common law* e *civil law*, mormente, no que atine à efetividade, melhor ressaltada pela raiz anglo-saxã.

Num segundo momento, procura-se, sem saltos históricos, examinar elementos no direito romano clássico que, ainda hoje, parecem lançar reflexos sobre a dinâmica da execução, o que merece ser rechaçado.

Feito isso, cabe rápida rememoração da experiência brasileira e o ingresso dos meios executivos atípicos em nosso ordenamento processual, como elemento a implementar maior efetividade do processo, tornando-o melhor alinhado aos preceitos constitucionais e realizador de direitos fundamentais.

2.2 O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO COMO FRUTO DA COMUNICABILIDADE DOS SISTEMAS DA COMMON LAW E DA CIVIL LAW.

Giuseppe Chiovenda postulava que, tirante as decisões judiciais de eficácia constitutiva – que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas -

todos os demais julgamentos exigem atitudes coercitivas para seu cumprimento¹. Assim, diante da resistência ao cumprimento espontâneo, o ordenamento jurídico carece de mecanismos aptos para dirimir a relutância em acatar a decisão judicial. Neste sentido, o processualista italiano cunhou a expressão, aqui aportuguesada, “a vontade concreta da lei”². Disso se deduz, tomando por base a teoria kelseniana³, que o direito, necessariamente, caminha entrelaçado com uma força coercitiva que lhe é genuína.

Carlo Vittorio Gabardo⁴ – a despeito de criticar essa espécie de importação do sistema do *common law* quanto às medidas atípicas – em recente artigo, oferece perspectivas de leitura no tocante a essa comunicação das famílias jurídicas. Para ele, cada um dos sistemas, optou por meios distintos quanto aos métodos coercitivos para enfrentar a contumácia do jurisdicionado no cumprimento dos comandos judiciais. A tradição Continental, de quem somos tributários, fulcrou-se na monetarização das ordens judiciais como medida coercitiva. Lembrando que tal circunstância, como doravante apresentada, ocasionou a ditadura das astreintes – hodiernamente já ineficazes na realidade brasileira. Por outro lado, a matriz anglo-saxã fiou-se em medidas alternativas à multa para impor as suas decisões.

Os países da *common law* perpetram uma aproximação entre efetividade de suas decisões com a noção de “política pública”, de modo a exigir adoção de rigorosos instrumentos coercitivos. Justificado pelo entendimento de que, ao se deixar impune um descumprimento judicial, além de um ato atentatório a sua dignidade, a própria administração da justiça estaria comprometida, logo, com impacto na política pública. Ou, chegando às raias do radicalismo, tolerar o descumprimento dos comandos seria trilhar para a anarquia, pois a indiferença às decisões judiciais é dar azo à derrocada do sistema de justiça e, por corolário, a destruição da sociedade⁵.

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 170

² CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit.*, p. 170.

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 506.

⁴ GABARDO, Carlo Vittorio. “**Disobeying Courts’ Orders—A Comparative Analysis of the Civil Contempt of Court Doctrine and of the Image of the Common Law Judge**”, 10 J. Civ. L. Stud.” (2018). Disponível em: <<https://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol10/iss1/5>>. Acesso em: 23.07.2019.

⁵ Reino Unido. **Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.** [1973] 3 All ER 54, 71. For similar considerations, *Mid Bedfordshire District Council v. Brown (Thomas)*, [2004] EWCA Civ. 1709

O modelo jurídico brasileiro – e todo direito continental – é marcado por uma rígida demarcação entre o Direito Civil e o Direito Criminal. Aspecto, diga-se, mais relativizado no ramo anglo-saxão. Assim, por exemplo, em diversos precedentes vindos da *common law*, estabelece-se, claramente, o enlace entre o interesse do credor e as aspirações do Estado-Juiz. Pois, ao ver efetivado o direito da parte, naquela tradição, não se está, tão somente, a atender uma demanda individual, mas sim reafirmando a própria autoridade da Justiça. Logo, separar o interesse individual e estatal seria desnecessário e prejudicial ao sistema. Inclusive, há uma corrente doutrinária norte-americana defensora de que as medidas coercitivas, com o escopo de coibir o descumprimento de determinações judiciais, possuem caráter, simultaneamente, cível e criminal⁶.

É imperioso realçar que os países de matriz anglo-saxã, notadamente, prestam tônica de rigor às medidas coercivas, justamente, em homenagem ao princípio da eficiência e efetividade. Ademais, salienta-se novamente, tal postura não se resume a oferecer maior proteção à obrigação creditícia. Mas, ao efetivá-la reafirmam a autoridade da prestação jurisdicional e o Estado de Direito, ideia que se aproxima ao defendido por Arenhart, mais adiante discorrida. Inclusive, Owen Fiss, ilustrativamente, afirma que a medida coercitiva, na verdade, faz com “*que as palavras dos juízes se tornem fatos*”, porquanto o descumprimento atenta ao Estado de Direito, reclamando, por certo, ações que visem garantir o primado e supremacia do Direito⁷.

Tendo, portanto, no limiar, essa perspectiva de que as medidas coercitivas não tutelam, apenas, o interesse do exequente, mas preservam o sistema de justiça como um todo. Carlo Vittorio Gabbardo⁸, no texto já referenciado, adverte para a incoerência de uma metodologia, até então predominante no sistema românico-germânico, em que o meio coercitivo mais proeminente era a aplicação de multa pecuniária. Isso, indiretamente, pode levar ao raciocínio de que é possível “*pagar*” pela transgressão e desobediência ao comando judicial. Logo, a autoridade e dignidade da justiça podem ser ofuscadas

[2005] 1 W.L.R. 1460. Canadá. O’Leary J., **Canada Metal Co. Ltd vs. Canadian Broadcasting Corporation**, [1975] 48 D.L.R. 3d 649, 669. Nesse mesmo sentido: Sherry v. Gunning, supra note 30: “The orders of the court must be complied with. The alternative is anarchy in which the strong will triumph over the weak.”

⁶ FISS, Owen; RENDLEMAN, Doug. **INJUNCTIONS 832**. 2a ed, Foundation Press, 1984, p. 17.

⁷ OWEN FISS. **op. cit.**, p. 67.

⁸ GABBARDO, Carlo Vittorio. **op. cit.**, p. 26.

pelo poderio econômico. Em suma, a opção única pela multa precisa ser superada. Inclusive o ator demonstra que esta realidade era experienciada no contexto italiano antes do advento do Código de Processo Civil de 2009. Importado em oblíqua conversão de obrigações infungíveis em fungíveis, pois, indiscriminadamente, substituía-se o bem da vida em litígio por dinheiro⁹.

2.3 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS MECANISMOS EXECUTÓRIOS.

Lançando o olhar ao longínquo pretérito, os historiadores do Direito asseveram que o primeiro intento de positivação do direito processual deu-se no âmbito do direito romano, por volta dos anos 450 a.C, mediante a afamada Lei das XII Tábuas¹⁰, constituindo-se, desta feita, o primeiro instituto jurídico a prescrever mecanismos executórios. Sobre tal questão, o civilista Paulo Lobo efetiva uma distinção entre o termo obrigação na acepção do direito romano e a moderna, da qual nos valem. Pois, naquela, dentre as prerrogativas, estava a possibilidade do credor exigir coercitivamente do devedor aquilo que fora convencionado. Logo, naquele sistema, o obrigado, em caso de inadimplemento, poderia responder com o próprio corpo¹¹.

Inclusive, dentre as previsões da Lei das XII Tábuas, o credor podia satisfazer seu direito impingindo sofrimento ao inadimplente, como chicoteá-lo, aprisioná-lo ou vendê-lo e, até mesmo, tirar-lhe a vida. Frise-se, ademais, a existência, entre os romanos, de uma espécie de garantia, denominada “*nexum*”, pela qual, em caso de não pagamento, o devedor estaria sujeito à escravidão perante o credor até a extinção da dívida. Essa sistemática perdurou, ao menos, a até a instituição da lei *Lex Poetelia Papiria*, em 313 a.C, que transmutou a responsabilidade pessoal em patrimonial, renunciando, posteriormente, o advento da lei *Lex Vallia*, fixando-se, por fim, que o devedor apenas respondia com seus bens, modelo assumido por nosso sistema atual.¹²

⁹ GABARDO, Carlo Vittorio. *op. cit.*, *passim*.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. São Paulo: ed. Forense, 6.ed., 1987, p. 45.

¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: obrigações**. 3ª. Ed. S. Paulo: Saraiva, 2013, p. 256.

¹² GUIMARÃES, Affonso Paulo. **Noções de Direito Romano**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 148.

No tocante ao Direito Romano, Arenhart realça a figura da *condemnatio*, corolário do descumprimento da *obligatio*, sendo que a condenação, na esfera romana, dava-se por intermédio do *iudex*, em sua visão, espécie análoga ao árbitro privado de nossos dias. E, em razão de ser um particular, não gozava de autoridade, logo, sua decisão não implicava atos coercitivos do “poder público” romano. Arenhart assenta, então, que tal provimento limitava-se a uma “declaração de razão”, a qual, uma vez violada, ensejava a possibilidade do credor ingressar com a *actio iudicati*, via em que medidas coercitivas poderiam ser implementadas¹³. Demais disso, alude à dicotomia existente, naquele sistema, acerca da abordagem destinada aos direitos absolutos, como os reais, e aos obrigacionais. Aos primeiros, reservava-se um instrumental mais célere, cuja presidência se dava pelo pretor, impondo ordens efetivas ao réu, de sorte que este não resistisse à satisfação do direito. Em outro flanco, às obrigações restava um procedimento menos efetivo, restrito à declaração do direito¹⁴.

Arenhart, não sem razão, efetua esse resgate histórico para assinalar que, muito embora antiquíssimo, esse estado de coisas guarda similitude com o presente, sobretudo, na distinção, havida no CPC/73, entre o regime executório destinado às obrigações de fazer e pecuniárias, como doravante será examinado. Aliás, de longa data são as críticas de Ovídio Baptista da Silva que via, no presente, resquícios desta impropriedade vinda do direito romano. Pois, na perspectiva deste processualista, hodiernamente, ou ao menos antes do CPC/15, parecia que o modelo de execução impedia o juiz de agir frente à violações de direitos, tolhendo-lhe a autoridade e limitando-o, tão somente, a um árbitro entre as partes, tal e qual a figura do *iudex* romano¹⁵.

A doutrina postula que a defesa de uma postura de inação por parte do juiz, conforme crítica supra, remonta ao final da Idade Média e o advento da monarquia absolutista que predominou no continente europeu. Como se sabe, as Reformas Burguesas impuseram a derrocada de tais regimes, inaugurando o Estado Liberal, sob os augúrios da Revolução Francesa, quais sejam, Liberdade,

¹³ SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Buenos Aires: EJEA, 1954, p. 285 e ss.; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 2a ed., São Paulo: Saraiva, 1963, p. 8-11

¹⁴ 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 OABPR V. 3, n.1 (maio. 2018), p. 15-57. Curitiba: OABPR, 2018, p. 28.

¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **op. cit**, p. 29.

Igualdade e Fraternidade. Logo, o Código Buzaid, de 1973, sofreu influxo desta feição liberal e avessa à intervenção estatal. Haja vista que o veio mais precípuo e marcante do Estado Liberal é blindar a propriedade e liberdade dos cidadãos, aspectos que exigem uma postura absenteísta do Estado. Assim, com o escopo de obstacularizar o retorno ao absolutismo e consequentes ingressos indevidos na propriedade e liberdade, o Estado Liberal homenageia e cristaliza um proceder não intervencionista. Aspecto assumido pela codificação processual de 1973¹⁶.

Aproximando tal leitura ao que se esta a analisar, no campo da execução, a atitude do magistrado com vistas à efetivação do bem em litígio, poderia ser interpretada como invasão estatal no patrimônio dos particulares, remontando, assim, ao Estado absolutista e seu *modus operandi*, o que, por óbvio, não se queria. Por consequência, tais ações executivas foram repelidas e adotou-se o modelo de tipicidade dos meios executórios¹⁷.

Sergio Arenhart vislumbra reflexo dessa teorização no art. 513, parágrafo 1º e 523 do CPC, no tocante que o cumprimento de sentença, de obrigações pecuniárias, far-se-á apenas “a requerimento do exequente”. Assim sendo, fica, o juiz, amarrado, quando inexistente o peticionamento da parte. Logo – aos moldes do que acontecia na ambiência do direito romano – parece que o código não confere, a essa decisão, nenhuma exercício de autoridade estatal, frisa o processualista. Isto posto, sob sua ótica, desobedecer a uma sentença condenatória, como o caso do exemplo, não acarreta qualquer ônus ao devedor, não necessitando se sujeitar a ela, salvo quando manifesta vontade do credor. Sendo, para ele, uma impropriedade que evidencia a existência, ainda, de uma liame entre o direito brasileiro e o romano arcaico. Pois, como se depreende, a sentença condenatória, no Brasil, apequena-se à simples declaração, sem qualquer imperatividade ou comando de Estado, de sorte que, seu inadimplemento não se cifra como ilícito, mas apenas inadimplência. Resta, portanto, efetivar um rompimento com essa lógica, haja vista que compromete a

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 11.08.2019.

¹⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n.6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>, acesso em 11.08.2019.

efetividade da justiça¹⁸. Logo, o instrumento que o legislador consignou no art. 139, IV, presta-se a esse desiderato.

Paulatinamente, ainda na vigência do antigo Código, alguns elementos foram inseridos no sistema de modo a oferecer maior efetivação ao procedimento executório, justamente, ao encontro dos direcionamentos apontados pela crítica supra. Isso se vislumbra, precipuamente, nos artigos 461 e 461-A da antiga lei processual, que implementaram um modelo distinto para as prestações de fazer, não fazer e entregar coisa. Cujo cumprimento, inclusive, poderia se dar *ex officio* e permeado pela atipicidade¹⁹. Logo, valendo-se da terminologia de Arenhart, tal modificação legislativa conferiu o *imperium* às decisões deste jaez.

Com efeito, é inegável o influxo que a Constituição Federal de 1988 representou para a legislação processual civil pátria que, a despeito de ser-lhe pretérita, passou a ser lida e aplicada mediante a ótica da vindoura ordem constitucional. Indubitavelmente, isso importou a adoção de valores e preceitos processuais de estatura constitucional, como a efetividade do acesso à justiça, duração razoável do processo, contraditório, entre outros²⁰.

Historicamente, quanto à atipicidade, nota-se que sua introdução, no sistema jurídico pátrio, deu-se, na seara das obrigações de fazer, na década de 1990, com a Lei 8.069/1990 – ECA, no atinente à matérias envolvendo crianças e adolentes – e, ainda, pela Lei 8.078/1990, denominado Código de Defesa do Consumidor. Ambos diplomas legais impuseram certa flexibilização na rigidez do CPC de 1973, que imperou por quase duas décadas, até o início dos anos 90, portanto. Quando as acusações de ineficácia, dirigidas ao modelo executivo, tornam-se mais candentes²¹.

A incorporação da atipicidade dos meios executivos no seio do Código de Processo Civil, a seu turno, ocorreu, tão somente, no ano de 1994, mediante a Lei nº 8.972/1994, todavia, restrita, como já dito, às obrigações de fazer e não

¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 31.

¹⁹ THAMAY, Rennan Faria Kruger. Uma primeira análise constitucional sobre os princípios no novo CPC. In: **Coleção novo CPC doutrina selecionada**. Parte Geral. Vol. 01. 2ed. (Coord). Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm. 2016. P. 359

²⁰ CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n.6, fev. 2007, p. 1-44.

²¹ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção ao credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 66.

fazer. Sendo que, em 2002, o modelo da atipicidade foi alargado de sorte a abranger as obrigações de entregar coisa. Restando, portanto, inaplicável somente às obrigações pecuniárias, ensejando, por evidente, críticas da doutrina, como doravante analisado²².

A racionalidade do Estado Liberal, mormente, a constante suspeita de intervenção estatal adentrando na esfera particular, lançou tentáculos – como já visto – na elaboração do Código de Buzaid, de maneira a ocasionar uma regulação engessada da metodologia de execução civil, posteriormente, representando sua derrocada. Assim, a veneração ao liberalismo e a tentativa de aprisionamento do absolutismo estatal corroboraram para a ineficiência dos meios executórios²³.

Lógica superada pela dinâmica do Novo Código de Processo Civil, em que o processo deve ser instrumento a efetivar os princípios e valores constitucionais. Assim, a inovação havida pelo artigo 139, IV, incorporando os meios atípicos às obrigações pecuniárias, parece efetuar a adaptação do sistema de execução aos princípios constitucionais, bem como à mentalidade que hoje se requer de um processo civil realizador de direitos.

Dessa maneira, salientam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o direito fundamental à tutela jurisdicional impõe a observância das particularidades do direito substancial sobre o qual se está a decidir, e, para tanto, faz-se mister que o julgador esteja imbuído de meios aptos a fornecer a técnica processual mais idônea à proteção do direito material. Tais autores, além disso, estabelecem, uma distinção entre eficácia horizontal mediatizada pela decisão jurisdicional e eficácia vertical com repercussão lateral, sendo que esta última exige o oferecimento de uma tutela efetiva a qualquer tipo de direito, mesmo que a lei processual não ofereça as técnicas adequadas.

Em suma, considerar a tutela jurisdicional como direito fundamental implica não somente a observância das garantias, lançando reflexos, igualmente, sobre as técnicas processuais empregadas no caso concreto. Diante disso, sob tal perspectiva, as linhas-mestras do direito processual advêm do texto constitucional, garantidor do acesso à justiça, cuja completude realiza-se

²² MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, vol. 247/2015, p. 06.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 35.

em um processo que efetivamente garanta direitos e ofereça tutela adequada à particularidade da lide em concreto²⁴.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil Volume 1 – Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 129-132.

3. O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO - A PARTIR DO ARTIGO 139, IV, DO CPC/15 - E SUA APLICABILIDADE.

3.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Nesta subseção, pretende-se uma exposição acerca do instituto processual que se está a considerar, qual seja, o poder geral de efetivação das decisões judiciais que o legislador conferiu aos magistrados através do inciso IV do artigo 139 da Lei Federal 13.105/15.

É notório que a codificação de 2015 foi prenhe de ineditimos, porquanto, solicita aos apelos doutrinários por mudanças que a práxis reclamava. Sabe-se que, a despeito de alçadas ao status legal, tais inovações passam a ter contornos, melhor definidos, quando de sua aplicabilidade no universo fático, que se dá por intermédio do entendimento jurisprudencial. Por palavras outras, as muitas novidades do NCCP, ainda, estão a depender de como seus aplicadores - mormente, os Colegiados de uniformização - estabelecerão a norma abstraída do texto legal, como reza a elemental lição de Teoria do Direito.

A doutrina, como se depreende, oferece substrato à jurisprudência, ofertando-lhe luzeiros e perspectivas. Esta, por sua vez, enseja, aos doutrinadores, a análise crítica, cabendo-lhes o apontamento de lacunas e impropriedades daquilo fixado jurisprudencialmente, com vistas, por óbvio, à correção de equívocos. Há, portanto, esta retroalimentação.

Dito isso, neste segmento, procurar-se examinar a implementação das medidas executivas atípicas, que, muito embora, já existente no CPC/73, teve sua sistemática reformada, possibilitando, ao juiz - em qualquer ramo e grau de jurisdição - a determinação de quaisquer medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias com o desiderato de efetivar ordens judiciais, inclusive nas demandas que pleiteiem prestação pecuniária.

3.2 DA LÓGICA DO CPC/73 AO CPC/15

A literalidade do artigo 139, inciso IV - inserido, frise-se, na parte geral -

consigna: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste 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”. Cumpre, preliminarmente, ressaltar que a atipicidade de medidas executivas já se encontrava albergada pelo direito processual civil pátrio desde, ao menos, o advento do Código do Consumidor (Lei 8.078/1990), precisamente na redação de seu artigo 84. Regra universalizada, em momento posterior, quando da inserção do artigo 461 no Código Buzaid (por intermédio da lei 8.952/1994). Porém, cingia-se, tão somente, às obrigações de fazer, não fazer e entregar²⁵. A novidade, portanto, dá-se na extensão, feita pelo legislador, da atipicidade às ações que tenham por objeto “prestações pecuniárias”, isto é, obrigações de pagar quantia. Em suma, em um flanco, temos – nos artigos 513 a 538, somados ao Livro II da Parte Especial, acerca do processo de execução – circunstâncias já tipificadas²⁶ para a efetivação das decisões judiciais. Ademais disso, o Código inova e permite, ao magistrado, quando insuficientes as regras previstas nos dispositivos legais, adotar modelos atípicos de atos executivos, considerando as peculiaridades do caso concreto.²⁷

De acordo com Sérgio Arenhart, existia um modelo invejável para as prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, e, por outro lado, um vetusto método de execução voltado para as prestações pecuniárias, que evidenciava, claramente, uma violação à isonomia. Parecia existir uma hierarquia entre as obrigações, privilegiando umas e relativizando outras, independente do bem jurídico protegido. Segundo ele, havia, nessa dicotomia, uma flagrante inconstitucionalidade, ora corrigida pelo 139, IV, do CPC; pois, aduz ele, havia chancela legislativa para um tratamento distinto entre certas prestações, respaldando algumas com técnicas mais efetivas do que outras. Neste aspecto, apresenta crítica a um modelo de tutela jurisdicional que se restrinja a reconhecer a violação ou ameaça de direitos, sendo,

²⁵ **Art. 461 do CPC/73:** “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

²⁶ Exemplos: a) a multa de 10% prevista no art. 523, § 1º (cumprimento de sentença); b) o benefício da redução pela metade do valor dos honorários advocatícios, do art. 827, §1º; c) a possibilidade de protesto da decisão transitada em julgado, do art. 517 (cumprimento de sentença); e d) a possibilidade de inserir o nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, do art. 782, §3º (execução autônoma).

²⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 165.

contudo, impotente para correção de tais injustiças. Por isso, é de suma importância a inovação advinda pelo artigo 139, IV, pois se afiguram como técnicas de implementação das decisões judiciais e dos direitos. Pois, quando implementa direitos, através da autoridade jurisdicional, o Estado concretiza efetivamente sua razão de ser, de modo que, sem o real poder de efetivar direitos e decisões, a atividade jurisdicional converte-se em vagueza. Decorrendo disso a importância de um sistema executivo eficiente.²⁸

Ainda discorrendo sobre esta questão, o processualista paranaense traça um paralelo com o modelo norte-americano, no qual sequer existe previsão legal outorgando ao judiciário poderes de efetivação. Contudo, em que pese a inexistência, desde sempre os juízes estadunidenses valeram dos *inherent powers*, isto é, poderes inerentes, que lhes conferem amplo poder para adotar medidas que imponham e efetivem suas decisões. Sendo que, tais faculdades consistem em todas as prerrogativas razoavelmente exigíveis para que o tribunal cumpra suas funções, afim de proteger sua dignidade, independência, integralidade e autoridade de suas decisões²⁹. Com lastro nesta doutrina, mesmo sem base legal, os tribunais estariam empoderados para editar e executar regras aptas para lidar com o demanda em voga e, ainda mais, aplicando punição a eventuais desrespeitos às determinações exaradas³⁰.

Com efeito, é possível encontrar, em posicionamentos doutrinários³¹, que distam uma década de nossos dias, apelos por formas mais agudas de restrições na esfera de direitos do devedor. Argumentos, por exemplo de que, a impossibilidade do cumprimento daquilo exigível autorizaria a suspensão de licença para a condução de veículos automotores. O raciocínio é, pois, que, se não possui bens e meios para cumprir a obrigação executada, igualmente, o devedor é desprovido de recursos

²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 17.

²⁹ CARRIGAN, Jim R. “**Inherent Powers and Finance**”. Trial magazine 7. N. 6, 1971, p. 22.

³⁰ V. Thomas v. Arn, 474 U.S. 140, 146 (1985).

³¹ “*como a suspensão de licença para conduzir veículos automotores. (...) Ora, quem não tem dinheiro para pagar o valor que lhe é exigido na execução, nem tem bens para garantir tal atividade, também não tem dinheiro para ser proprietário de veículo automotor, e, por isso, não tem a necessidade de possuir habilitação. Com isso, suspender tal direito só viria a atingir aqueles que, de modo sub-reptício, camuflam a existência de patrimônio com o deliberado fim de fugir à responsabilidade pelo pagamento do débito. (...) nada impede que aquele que necessita exercer tal direito para sua sobrevivência, como é o caso do motorista profissional, solicite ao juiz o afastamento da limitação de direitos. Nesta hipótese, porém, inverte-se o ônus da prova no processo (...).*” NETO, Olavo de Oliveira. Novas perspectivas da execução civil – Cumprimento da sentença. In. SHIMURA, Sérgio; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção – coords. – **Execução no processo civil: novidades & tendências**. São Paulo: Método, 2005, p. 197.

para aquisição e manutenção de veículo automotor, desnecessitando, assim, possuir CNH. Nota-se, neste ponto, que, a mesma doutrina, oferece, como se pretende neste trabalho, situações que mitigam e impedem a aplicação desse exemplo de medida atípica, a saber, quando, no mesmo exemplo, o devedor seja um motorista profissional, de modo que, limitar tal direito implica em sua sobrevivência. Hipótese impeditiva da fixação desta medida, porquanto autoritária e abusiva. Cite-se, ainda, outros exemplos da casuística³², como uma pessoa jurídica que, descumprindo ordem judicial de cumprir obrigação pecuniária, seja impedida de participar de licitações até que cumpra o determinado. Ou, ainda, que o condenado por danos causados em acidente de trânsito seja tolhido do direito de conduzir veículos automotores até o pagamento da dívida.

Neste estado de coisas, em virtude das medidas atípicas, na estrutura legal de outrora, terem sua aplicabilidade restrita aos deveres de fazer, não fazer e entregar, a execução por quantia assumiu feição de ineficácia apequenada comparativamente às demais, porquanto marcada por uma técnica engessada e previsível, dando azo para que o executado, facilmente, tornasse impotente os atos de penhora e expropriação. Circunstância que, para Guilherme Rizzo Amaral³³, desembocou em crise para o processo executivo. A sistemática do CPC/15, por intermédio do poder geral de efetivação, vem ao socorro desta deficiência, conferindo ao magistrado estratégias, construídos sob a dinâmica da atipicidade, capazes de compelir – de modo mais enérgico – ao cumprimento da obrigação.

Arenhart chama atenção – no sentido das distorções envolvidas aos métodos processuais executivos – para o fato das multas terem se tornado, praticamente uma “*indenização premiativa*”, pois, não raro, os credores preferem o valor estabelecido a título de multa em detrimento a obrigação original, protegida, num primeiro momento, pela imposição de *astreintes*. Assim, há uma desfiguração do cunho coercitivo das medidas, tornadas oportunidade para indenizações vultosas e desconectadas do dano suportado³⁴.

³² NETO, Olavo de Oliveira. *op. cit.*, 197.

³³ “É o engessamento das técnicas” de tutela que contribui para a injustiça e a debilidade do processo, seja para o autor, seja para o réu, pois predefinir todas as etapas de um “programa processual” como único meio de realizar o direito material significa algemar o juiz e torná-lo mero espectador ou fiscalizador do funcionamento débil do aparato processual”. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e Execução da Sentença** – sob a ótica do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 233.

³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 19.

3.3 A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS E SUA SUBSIDIARIEDADE.

Na dicção do artigo em escrutínio, encontramos a dispositividade para o juiz “*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias*”. Desta premissa, é possível estabelecer que a atipicidade funda-se no escopo de se obter o resultado mais aproximado – dentro da facticidade do caso concreto – dos desdobramentos que o fato teria caso não fosse judicializado. Marcelo Abelha Rodrigues explicita tal aspecto de maneira irreparável, dispondo que as medidas atípicas, muito embora não revelem uma norma jurídica concreta, permitem satisfação mais adequada no mundo dos fatos, isto é, perfectibilizando condições mais próximas possíveis daquela que se teria caso não tivesse ocorrido contenda entre as partes, ocasionando o ingresso da ação e seu acatamento pelo Judiciário³⁵.

Assim, a atipicidade caracteriza-se por acentuado grau de liberdade que faculta a elaboração de meio coercitivo que melhor se enquadre ao caso concreto, sem embargo de não estarem, detalhadamente, no ordenamento jurídico, ou, até mesmo, sequer positivadas. Resumem-se, amiúde, à cláusulas gerais, dotadas de abertura para o preenchimento, pelo juiz, segundo as especificidades do real. É, exatamente, o pontuado por Beviláqua, atrelando a atipicidade à norma que elastece os poderes do magistrado, afigurando-se como uma regra latente, que visa completar preceitos expressamente formulados³⁶. Ora, é solarmente o apresentado no inciso IV, do artigo 139 do CPC, pois existe a previsão de criação de medidas, sem contudo, especifica-las.

Nota-se que o STJ, ainda na vigência do revogado CPC de 1973, realizava a leitura do antigo artigo 461, parágrafo 5º, sob a óptica do princípio da atipicidade, fundamentando, em tal dispositivo, a hipótese de bloqueio e sequestro de recursos públicos como meio assecuratório para o fornecido de medicamentos pelo ente público, quando iminente o risco à saúde e a vida, ocasionado pela demora³⁷.

³⁵ “É aquela que não se limita a revelar uma norma jurídica concreta, mas também permite efetivamente que haja sua satisfação no mundo dos fatos, preferencialmente nas condições mais próximas possíveis daquela se teria caso não tivesse ocorrido à crise jurídica que teve de ser debelada no Poder Judiciário”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil**. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 4.

³⁶ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 92.

³⁷ Informativo 532/STJ, 1.ª Seção, REsp 1.069.810-RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.

Seguindo na análise do dispositivo legal (art. 139, IV), o legislador faculta ao juiz o implemento de “*medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias*” que assegurem o cumprimento das decisões judiciais. Breves lembranças dos aspectos que diferenciam umas das outras são pertinentes, em que pese colimarem a mesma finalidade, qual seja, a efetivação, o procedimento envolvido é diverso. Quanto às indutivas, caracterizam-se por conferir ao demandado uma vantagem, estímulo ou premiação em havendo a realização do determinado³⁸. Nas mandamentais, há, sempre, a concepção de que seu descumprimento leva ao crime de desobediência. As coercitivas, por lógico, empregam meios psicológicos e materiais a intimidar o indivíduo, sendo que aquela o faz vislumbrar as implicações de se violar normas jurídicas, enquanto esta é a força material da qual o Estado é detentor, que entra em cena quando inexiste a espontaneidade do executado em executar seu dever³⁹. Por fim, as medidas sub-rogatórias são aquelas que o Estado, através de sua atividade, supre a atuação do particular, tornando-a despicienda, pois pela própria ação estatal, se é possível chegar ao resultado prático havido caso houvesse o adimplemento da prestação⁴⁰.

Em resumo, portanto, atipicidade guarda estreita relação com flexibilização da norma, o que, ocasionalmente, confere, ao juiz, margem de discricionariedade, pois, sem esta, a efetividade tornar-se-ia inatingível no caso concreto. Haja vista que, tacitamente o queira, o legislador não consegue cristalizar a complexidade do real na estaticidade da lei. Logo, com vistas à construção da melhor ação concreta no caso em análise, esse grau de abertura faz-se imperioso⁴¹. Evidentemente, com balizas a serem seguidas e percorridas no capítulo subsequente. Logo, a atipicidade delinea-se na atividade criativa da magistratura na criação de meios executivos que se figurem idôneos e capazes de satisfazer o inação contumaz do devedor, de modo

23.10.2013.

³⁸ MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. Novo CPC doutrina selecionada, v. 5: Execução. Coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 202.

³⁹ WALDRAFF, Célio Horst. **Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94739/2016_waldruff_celio_poderes_mandamentais.p df?sequence=1>. Acesso em: 09.07.2019.

⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 318.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle do poder executivo do juiz. Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

que, o credor logre, na prática, o bem a que tem direito⁴².

Adentrando ao tema da subsidiariedade, nota-se que no enunciado número 48 da Escola Nacional da Magistratura – ENFAM, que assevera "*o artigo 139, inciso 4º, traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos*". Em sentido análogo, o enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis repete os dizeres suso, acrescentando: "*Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas*".

Fixam-se, destarte, dois pressupostos. Primeiro, há o empoderamento do juiz para criar e impor medidas coercitivas não descritas no texto legal, com fins de se fazer cumprir decisões judiciais, em quaisquer fases processuais. Segundo, o legislador, outrossim, constituiu medidas típicas, especificando regras específicas para alguns tipos de procedimento, à guisa de exemplo, a multa de dez por cento prevista no artigo 523, § 1º, quando do cumprimento de sentença. Emerge, neste estado de coisas, a seguinte controvérsia: pode o juiz, por força do artigo em comento, deixar de aplicar uma medida típica e, consoante ao caso concreto, desde logo elaborar e determinar ação atípica?

Sem embargo dos ares de gracejo, o professor Marcelo Abelha Rodrigues, apologiza a existência de uma dualidade de tipos de executados. Há, utilizando-se rigorosamente os conceitos dele, o executado decente, cuja mora com seus compromissos é vindoura de peripécias financeiras. Em outra banda, o cafajeste executado, que se vale de expedientes ilegais com o desiderato de ocultar patrimônio e, por corolário, frustrar a execução. Isto posto, a este segundo modelo de devedor devem ser aplicadas as medidas atípicas. Ao primeiro, de modo diverso, estas seriam impostas de maneira mais restritiva e cautelosa⁴³. Sua sustentação,

⁴² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução: parte geral**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman; 42), p. 103.

⁴³ [...] executado decente, ou seja, [...] se constrange por ser devedor inadimplente, que não dorme direito porque sabe que deve a alguém, que se arrepende do que fez, que se oferece para pagar a dívida de mil jeitos e maneiras de acordo com suas possibilidades, que não tem vergonha de mostrar seu patrimônio e demonstrar por A mais B que aquela situação não poderia ser evitada, enfim que demonstra uma postura de alguém que realmente reconhece que não conseguiu gerir adequadamente seu patrimônio e que o débito sobre sua cabeça é um martírio penoso de suportar. Enfim, que mesmo sendo inadimplente gostaria de pagar o que deve. [...] não podemos aceitar executados cafajestes que se comportam como um ladrão que esconde seu patrimônio propositadamente para desta forma impedir que o processo atue coativamente para expropriar seu

como se depreende, afina-se com a posição do enunciado dos processualistas.

Eduardo Talamini desposa entendimento similar ao discorrido acima, pois, de acordo com ele, há todo um “*detalhamento normativo nos art. 513 a 535 e 824 a 913*”, desse modo, soaria desarrazoado que, por força do artigo 139, IV, todo esse regramento fosse aniquilado para ceder lugar à medidas atípicas, pois, se assim fosse, resultaria numa inutilidade essa lauta especificação feita pelo legislador. Em sua visão, tipificadas as medidas, o juiz estaria desautorizado a fixar outras atípicas⁴⁴. Talamini, no mesmo texto, efetua importante apontamento no que tange a problemática. Segundo ele, há duas hipóteses que desnecessitam da aplicação das medidas coercitivas, portando inadequadas às circunstâncias, a saber, no caso do devedor insolvente (quando se deve proceder a falência ou a insolvência civil) ou, ainda, quando este dispõe de aporte numerário suficiente para a quitação do débito, quando a apreensão é o procedimento mais ajustado. Mas o problema, continua o processualista, reside no caso de ocultação patrimonial, ou, mesmo ainda, na transferência fraudulenta a terceiros. Verificado isso, **in caso**, as medidas coercitivas atípicas afiguram-se como fundamentais para a concretização da execução.⁴⁵

Os tribunais, inclusive, já têm se posicionado neste sentido, que as medidas atípicas só podem ser, legitimamente, implementadas quando houver o esgotamento de as vias do procedimento típico. De tal modo que sua adoção é excepcional, entrando em cena quando superadas as previstas no ordenamento jurídico e os meios tradicionais de execução⁴⁶. Em conclusão, as medidas atípicas são a *ultima*

patrimônio e assim saldar os seus débitos para com o exequente. [...] imaginem o quão se sentem aviltados o Estado-juiz do processo ou o exequente que assistem de camarote os absurdos atos do executado que, embora inadimplente no processo e quase favorecido pela contagem do prazo prescricional decorrente da suspensão do processo, ostentar uma vida real, fora do processo, de viagens para o exterior, de festas, colunas sociais e jantares em bons restaurantes, guiando carros de luxo e demonstrando nas redes sociais que o seu cotidiano é oposto à sua realidade processual. No processo é um pobre coitado, e na vida real apresenta uma condição oposta. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: LTr, 2017, p. 80.

⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas executivas atípicas e a execução por quantia certa**. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 121, março de 2017, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 25/10/2018, p. 01.

⁴⁵ TALAMINI, Eduardo. **op. cit.**, p. 03.

⁴⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. ADOÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS FUNDADAS NO ART. 139, IV DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS. CARATER SUBSIDIÁRIO DAQUELAS EM RELAÇÃO A ESTAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. As medidas executivas fundadas no art. 139, IV, do CPC/2015, em razão de sua atipicidade, devem ser adotadas excepcionalmente, de forma subsidiária àquelas típicas já previstas no ordenamento jurídico. É dizer, só devem ser utilizadas após esgotados todos os meios tradicionais de execução, de forma subsidiária.”(TJ /SP, Agravo de instrumento n. 2017511-84.2017.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado. Rel. Adilson de Araújo, j. 11.04.2017).

ratio. No que atine à modificação ou alteração de uma medida que se mostrou indevida ou inefetiva para se alcançar o fim almejado, a doutrina assenta ser de todo possível sua substituição por outra ou adaptação para que se chegue a contento⁴⁷.

Ligado a isso, Didier cita alguns exemplos, com previsão legal, dos quais o Magistrado não deve se valer, como medida executiva atípica, de ofício, sem o requerimento da parte, haja vista que é uma exigência legal que o litigante reivindique tais circunstâncias coercitivas. Cite-se: a prisão civil do devedor de alimentos (artigo 538, *caput* do CPC); penhora *on line* (artigo 854, *caput* do CPC); inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes (artigo 782, §3º do CPC); e constituição de capital na execução de alimentos indenizáveis (artigo 533, *caput* do CPC)⁴⁸.

Não se desconsidera, porém, o pensamento desposado por Arenhart, que rechaça a concepção de subsidiariedade das medidas atípicas, pouco importando a espécie de prestação a que se deva proteger. Para o douto processualista, o norte a ser seguido para a escolha da medida é sua efetividade no caso concreto, descabendo o filtro de subsidiariedade ou esgotamento das vias construídas pelo legislador.⁴⁹

Sérgio Arenhart perfaz longa dissertação acerca da problemática que circunda o tema da tipicidade ou atipicidade das medidas do tema. Procura enfrentar o argumento – claudicante ao seu ver – de que, quanto às obrigações pecuniárias, haveria uma subsidiariedade das medidas atípicas quanto aos artigos arts. 921, III e 924, V, do CPC que, nestas espécies obrigacionais, justamente pela tipicidade, deveriam ter aplicação precípua. Desta feita, a argumentação combatida sustenta que aplicar a atipicidade, nestes casos, violaria a sistemática codificada⁵⁰. Arenhart rebate essa tese valendo-se da construção de Luhmann⁵¹ acerca de

⁴⁷ “Como consequência da liberdade de escolha que o juiz terá ao determinar as medidas para assegurar o cumprimento das suas ordens judiciais, é lícito alterá-las quando verificar que não se prestam mais a alcançar o fim almejado ou que outra medida se mostre mais eficaz, ainda que não tenha sido provocado pelas partes.” ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. DOS PODERES, DOS DEVERES E DA RESPONSABILIDADE DO JUIZ. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alli*. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 455.

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 117- 119.

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 33.

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie *et alli*. **Curso...**, *ob. cit.*, p. 112-107.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Universidad Iberoamericana, 1996, p. 61.

sistema, frisando que, numa leitura em conjunto, o princípio orientador da execução é, com fundo no artigo 797 do CPC⁵², “o interesse do exequente”. Logo, aplicar a atipicidade desde logo, na visão arenhartiana, em nada macula tal princípio, ao contrário, propicia uma resposta mais efetiva aos interesses do exequente. Demais disso, equaliza a sistemática de execução, deixando de privilegiar algumas em face de outras⁵³.

Por corolário, não se mantém que a passagem do modelo de tipicidade para o da atipicidade importe em quebra da integralidade do sistema.

Voltando aos artigos 921, III e 924, V, do CPC/15, que regulam o cumprimento das obrigações pecuniárias, postula-se que as regras deles advindas configuram um regime padrão nestas espécies obrigacionais. Lembra-se que, pela disciplina neles disposta, a execução deve ficar suspensa, caso não encontrados bens para penhora e sua eventual extinção quando fulminada pela prescrição intercorrente. Para Arenhart, fiar-se em uma leitura literal dos dispositivos – como quer a doutrina ora criticada – importaria na inaplicação plena de outros caminhos, inclusive subsidiariamente. De modo que, nas obrigações pecuniárias, só haveria o caminho da penhora, sem aplicação, secundária do artigo 139, IV⁵⁴.

A solução apresentada por ele, então, é que os artigos 921, III e 924, V – logo, o modelo tipificado – possui incidência, somente, quando eleita a via da expropriação de bens. Assim, escolhido outro caminho executivo que não este, a disciplina, também, seria distinta. Sempre tendo como norte que o juiz deve escolher, dentre as técnicas disponíveis, a que melhor atenda ao interesse do processo. Sendo que, em alguns casos, a expropriação pode se revelar a mais adequada, contudo, não é sinônimo de que – por ser tipificada – é dotada de predileção. Arenhart aponta, além disso, que apenas no caso da expropriação, é que há a incidência da regra do artigo 513, § 1º, do CPC, exigindo-se a iniciativa do exequente para o cumprimento da sentença. Porquanto, o exequente deve ter o domínio exato da situação patrimonial do exequente, e, deste modo, escolher o momento mais adequado para iniciar a constrição. Evitando-se, assim, suspensão e extinção pela inexistência de bens. Sinteticamente, continua ele, caso o juiz entenda

⁵² **Art. 797/CPC:** “Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados. Parágrafo único. Recaindo mais de uma penhora sobre o mesmo bem, cada exequente conservará o seu título de preferência”

⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 27.

⁵⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 28.

por empregar outra maneira de indução ou sub-rogação, o disciplinado nos artigos 824 em diante e 921, III e 924, IV, é inaplicável, pois o centro, repita-se, é chegar ao resultado almejado. De sorte que os artigos em questão se aplicam, exclusivamente, para regras uma das técnicas empregáveis (expropriação patrimonial), de modo que se a opção for por outra técnica, os preceitos, também, serão outros. Por palavras outras, o disciplinado não é sinônimo de que deve ser, prévia e preferencialmente, aplicável. Isto posto, a existência dos comandos legais não deve levar a conclusão pela subsidiariedade das medidas executivas atípicas⁵⁵.

Em resumo, no campo da tipicidade, Arenhart confronta a afirmação de que atipicidade é predicada pelo caráter subsidiário.

3.4 A APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV, DO CPC FUNDAMENTANDO MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS.

Consoante ao discorrido no tópico antecedente, o disciplinado no dispositivo em exame confere ao juiz a possibilidade de emitir determinações voltadas ao cumprimento do provimento judicial, figurando-se como norma aberta, empoderando o julgador a fiar tais medidas emoldurando-as ao caso concreto, sempre sob o prisma da maior efetividade, podendo toma-las, inclusive, *ex officio*⁵⁶. Ressalte-se que a construção da medida imposta, inexoravelmente, deve guardar proporção com o dever que deixou de ser cumprido, de sorte que se afigure com verdadeiro papel de coercibilidade, sendo, portanto, suficiente e compatível a compelir do inadimplente⁵⁷. Haja vista que as referidas medidas, em última análise, entrelaçam-se com o poder coercitivo do poder judiciário, entendido como a prerrogativa de sujeitar particulares ao respeito de sua autoridade – mediante o cumprimento de ordens e decisões exaradas – cuja concretização estabelece-se através de sanções e restrições à liberdade individual, pessoal e patrimonial⁵⁸.

⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 27.

⁵⁶ PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. **A evolução da tutela executiva da obrigação de pagar quantia certa**: do CPC 1973 ao 2015. In: PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Execução*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. 766 p. (Coleção novo CPC doutrina selecionada; v. 5), p. 53.

⁵⁷ CARVALHO, Fabiano Aita. **Execução da multa (astreintes) prevista no art. 461 do CPC**. *Revista de Processo*, vol. 114/2004, p. 03, Mar - Abr/2004.

⁵⁸ (...) o poder de coerção é o poder do juiz de sujeitar as partes, os serventuários e quaisquer terceiros ao respeito da sua autoridade, ao cumprimento de suas ordens e decisões, que se exercita através de sanções e restrições à liberdade individual, pessoal e patrimonial. GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 181

Quanto à relação de equivalência entre a técnica coercitiva a ser implementada e a prestação tutelada, conforme entendimento de Fabiano de Carvalho – no parágrafo antecedente, Arenhart considera-a injustificável. Para tanto, vale-se de exemplos – postos pelo legislador – nos quais não se vislumbra essa exigência, como a multa coercitiva ou a prisão civil. Isto é, a dívida de alimentos e a prisão, bem como a devolução de um veículo e o montante representado pela multa não possuem qualquer equidade. Sendo que a exigência de correlação cifra-se como obstáculo à efetiva tutela de direitos e, também, a preservação dos direitos fundamentais do exequente⁵⁹.

A sistemática da execução presente no CPC prevê, dentre os métodos típicos de coerção das obrigações de pagar quantia certa, algumas possibilidades que importam em restrição de direitos do executado, tais como o protesto da sentença⁶⁰ e a inserção em cadastro de inadimplentes⁶¹, as quais afetam a personalidade do devedor. Logo, há exemplos restritivos de direitos postos pelo próprio legislador e espalhados largamente pela legislação infraconstitucional, de maneira a espancar argumentações de incompatibilidade da relativização direitos em função do pagamento de dívidas.

Neste sentido, a doutrina é controvertida, Meireles postula que, a despeito da discricionariedade conferida pelo legislador, esta não pode ser entendida como “*cheque em branco*” ao juiz, conferindo poderes, verdadeiramente, legislativos, devendo este se lastrear em elemento legal específico⁶². Em polo diametralmente infenso, Carmona, ainda antes do CPC de 2015, já preconizava, na seara da execução, um alargamento do poderio jurisdicional, por meio da mitigação dos rigores procedimentais, isto é e usando suas palavras, “*a desestruturação da execução*”, pois só assim, em sua visão, chegar-se-ia ao processo de resultados⁶³.

⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 29.

⁶⁰ **Art. 517/CPC:** *A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.*

⁶¹ **Art. 782/CPC:** § 3º *A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes. § 4º A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo. § 5º O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.*

⁶² MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015.** Revista de Processo, vol. 247/2015, p. 10.

⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. “**Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232/2005**”. In: RENAULT, Sergio e BOTTINI, Pierpaollo Cruz. (coord.). *A Nova Execução de Títulos Judiciais – Comentários à Lei 11.232/05.* São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 78.

As críticas mais agudas e severas ao instituto são advindas, inclusive, do professor Araken de Assis, revelando-se transversalmente contrário à discricionariedade facultada aos juízes, cuja consequência, para ele, serão arbitrariedades, pois no âmbito da execução há um limite que não pode ser desbordado, qual seja, a responsabilidade patrimonial do devedor. Tal mecanismo, em sua perspectiva, revela-se ilegítimo, pois consome o benefício de uma parte em detrimento a outra, de modo que a efetividade de direitos – neste caso – deveria ocorrer sempre na órbita da tipicidade⁶⁴. Na esteira desta visão, mais contida porém, Teresa Alvin postula que a aplicação do inciso IV, do artigo 139 do CPC, exige cautela quando da aplicação, extirpando a interpretação de que, para qualquer tipo de obrigação, o juiz pudesse dispensar o sistema executório típico, pautando-se, desde logo, em medidas atípicas, sem antes esgotar a engenharia executiva engendrada pelo legislador. Pois, agindo assim, desviar-se-ia do devido processo legal e do pensamento jurisprudencial já consolidado⁶⁵. Marcela Abelha e José Miguel Garcia Medina⁶⁶, em polo oposto, pontam – como já discorrido – que a inovação legislativa surgiu em auxílio da antiga problemática de defasagem das técnicas processuais, valorizadoras do formalismo e, por isso, ultrapassadas e anacrônicas ao modelo sociopolítico, econômico e cultural da sociedade hodierna, gerando uma séria crise de confiança⁶⁷.

⁶⁴ “Seria ilegítimo engendrar um mecanismo próprio específico para o caso concreto, em benefício de uma das partes e em detrimento da outra” [...] “Nada disso impede a incidência da adequação do meio ao fim como método de concretizar direitos; porém, no âmbito da tipicidade”. ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁶⁵ “ (...) com grande cuidado, sob pena de, se entender que em todos os tipos de obrigações, inclusive na de pagar quantia em dinheiro, pode o juiz lançar mão de medidas típicas das ações executivas lato sensu, ocorrendo completa desconfiguração do sistema engendrado pelo próprio legislador para as ações de natureza condenatória.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 132.

⁶⁶ “O modelo baseado na tipicidade das pedidas [sic] executivas tende a alcançar resultados satisfatórios na medida em que as situações de direito material e os problemas que emergem da sociedade sejam parecidos. Nesses casos, é até mesmo conveniente a previsão de medidas similares para os casos em que problemas parecidos se reproduzem, a fim de que se observe em relação àqueles que estejam em uma mesma situação de direito material um procedimento também similar. Quando, porém, o modelo típico de medidas executivas mostra-se insuficiente, diante de por menores do caso, o sistema típico acaba tornando-se ineficiente, fazendo-se necessário realizar-se um ajuste tendente a especificar o procedimento, ajustando-o ao problema a ser resolvido. Para tanto, é de todo conveniente que o sistema preveja um modelo atípico ou flexível de medidas executivas. Assim, diante de modelos típicos de medidas executivas, havendo déficit procedimental, deverá ser necessário que o juiz estabeleça medida executiva adequada ao caso.” MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 996.

⁶⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *op. cit.*, p. 57.

Em duas recentes colunas publicadas no site *Consultor Jurídico*, o douto processualista Luiz Wambier discorreu acerca de uma diversidade de pontos que circundam a temática em análise, dentre os quais despontam alguns que merecem ser trazidos à baila. Primeiramente, trabalha a confusão havida quando da aplicação do “*dever de cooperação*” no uso de medidas executivas. Para ele, essa impropriedade pode ter por corolário uma incompatibilidade com o processo que se diga democrático, haja vista que, na lógica adversarial, não se pode extrair a elucubração de que exista a imposição à parte para colaborar com a pretensão de seu adversário, porque, evidentemente, há em litígio interesses e posições antagônicas⁶⁸. De sorte que, neste estado de coisas, a cooperação atrela-se a um comportamento negativo da parte, qual seja, não criar óbices ao Estado-juiz para que cumpra seu papel, isso, em sua visão, levaria à instrumentalização das partes e uma postura ditatorial do juiz⁶⁹. Outra questão levantada toca o artigo 190⁷⁰, do CPC, que versa sobre os negócios jurídicos processuais, que, na visão do processualista, antes de aplicar uma medida atípica unilateralmente, deve o juiz atentar-se para a existência de uma avença processual havida entre as partes que, amiúde, possa restar dotada de maior eficácia. Bem como podem ter, desde logo, afastado dada medida coercitiva⁷¹.

Nesta seara, é inescapável o enfrentamento de que, pela responsabilidade patrimonial – adotada, em regra, por nosso direito – o dever recai, sempre, sobre o patrimônio do devedor e não sobre sua pessoa – caso de responsabilidade corporal – Daniel Amorim Assumpção Neves aduz: “(...) a execução será sempre real, e nunca pessoal, em razão de serem bens do executado

⁶⁸ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73.

⁶⁹ WAMBIER, Luiz. **Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas>. Acesso em 11/07/2019.

⁷⁰ **Artigo 190, CPC**: “*Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.*”

⁷¹ STRECK, Lênio; NUNES, Dierle; RAMOS NETO, Newton Pereira; FREIRE, Alexandre. Comentários ao art. 139. In: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha; Alexandre Freire. (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 224.

os responsáveis materiais pela satisfação do direito do exequente".⁷² Em contrapartida, Bruno Freire assevera que a redação do Novo Código, na verdade, realça a importância da efetivação das ordens judiciais, ao outorgar o julgador com poderes de adotar medidas necessárias ao cumprimento da decisão judicial.⁷³

Neste sentido, sem grandes surpresas, vem à baila debates acerca do princípio do resultado e da menor gravosidade. Que, *grosso modo*, é evidente que, em um processo de execução, busca-se atingir, por óbvio, a satisfação creditícia presente no título executivo. Não obstante isso, tal meta não pode ser buscada sem critérios, mas visando a menor onerosidade para o devedor. Dizendo de outro modo, a execução dá maior tônica ao interesse do credor, inclusive por força do artigo 797 do CPC⁷⁴, mas é abrandado, justamente, pelo princípio da menor onerosidade/gravidade ao executado, que visa assegurar os direitos do devedor. Para Marinoni e Mitidiero, escrevendo ainda na lógica do CPC revogado, nestas demandas, inclusive, cabe ao juiz agir de ofício para evitar excessos. Mas a aplicação do princípio em voga invoca a possibilidade de existir, sempre, mais de um meio idôneo para se dar cabo à execução. Ressalte-se, segundo os autores, que o aplicador do Direito, em hipótese alguma, pode, estribado em tal princípio, acabar por esvaziar a eficácia da medida, isto é, a pequená-la de tal sorte que deixe de significar ato forçoso ao executado.⁷⁵ É, precisamente, para isso, que Marcelo Abelha chama atenção, pois se está em circunstância de aparente contraste entre eficiência e ampla defesa, todavia, a solução está na construção de um equilíbrio entre a satisfação do crédito e o respeito às garantias do devedor. Deste modo, sempre ao aplicar esta cláusula geral de efetivação, importará, ao juiz, um ônus argumentativo diferenciado, para aplicar e fundamentar a medida imposta, em razão da atipicidade e da larga liberdade dada a ele nesse particular aspecto.⁷⁶

⁷² SHIMURA, Sérgio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novas perspectivas da execução civil – cumprimento da sentença**. São Paulo: Método, 2005, p. 197.

⁷³ "Em comparação à disciplina do CPC revogado, vislumbra-se que o novo CPC detalhou mais os poderes-deveres do juiz, preocupando-se em fazer deles um reflexo dos princípios fundamentais do processo. Uma das novidades relevantes consiste no poder de adotar as medidas necessárias ao cumprimento de decisão judicial (IV), o que demonstra a importância da efetivação das ordens judiciais". SILVA, Bruno Freire. **O novo CPC e o processo do trabalho I: parte geral**. São Paulo: LTr, 2015, p. 246.

⁷⁴ **Art. 797/CPC:** "Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados."

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 624.

⁷⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *op. cit.*, p. 89.

Ressalte-se que, no que atine o respeito à menor onerosidade ao devedor, Arenhart apologiza que isso, apenas, se mantém caso se verifique que os meios em questão gozam de igual efetividade, pois se um meio for menos oneroso e menos efetivo, deve ser – em sua visão – preterido em face de um meio dotado de maior efetividade – embora também mais gravoso ao executado. Sendo que, nesta ambiência, a tônica a prevalecer é da efetividade⁷⁷. Diga-se que, na perspectiva de Arenhart, este é um dos critérios orientadores para as medidas atípicas, qual seja, em havendo mais de um meio identicamente idôneo, o respeito à menor onerosidade possível ao executado.

Desta feita, com lastro nos artigos 93, IX da Constituição Federal e 11 e 489 do CPC, impõe-se, ao magistrado, o dever de fundamentação de suas decisões, por intermédio da qual se perfaz o controle das partes, da sociedade e, também, pelas instâncias superiores do próprio poder Judiciário. Se assim não for, o sistema de controle restará prejudicado, porquanto a raiz da decisão será desconhecida, prejudicando eventuais impugnações⁷⁸. Jungido a isso, na aplicação das medidas executivas atípicas, o juiz deve, inexoravelmente, deixar-se iluminar pelo princípio do contraditório, firmado constitucionalmente e na legislação processual. Pois, na construção de atitudes para o poder geral de efetivação, deve-se respeitar, igualmente, o artigo 805⁷⁹ do CPC que impõe a da regra da menor onerosidade ao devedor, obstando coerções e induções judiciais exacerbadas. Sérgio Arenhart contesta tal perspectiva, pois o princípio da menor onerosidade comporta um dúplice aspecto, incumbindo ao executado demonstrar o meio “*mais eficaz*” e “*menos oneroso*”. Assim, se os meios disponíveis revelarem menos eficazes, deve-se afastar a aplicação do princípio da menor onerosidade⁸⁰. De modo que não se deve optar pelo meio menos idôneo, simplesmente por implicar em menor onerosidade, secundarizando-se a efetividade. Sendo este, o primeiro critério orientador – estabelecido por Arenhart – para a fixação das medidas atípicas, qual seja, a máxima efetividade.

Ao trabalhar o critério da máxima efetividade, postulando no sentido de que

⁷⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 28.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme *et alli*. *Novo...*, op. cit., 2017, p. 465.

⁷⁹ **Art. 805/ CPC:** *Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.*

⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 32.

o meio executivo escolhido deve ser o que melhor efetive o provimento jurisdicional – estribada no direito fundamental da inafastabilidade jurisdicional - Arenhart sustém que, a efetividade pode conflitar com outras garantias, próprias do executado. Verificada essa circunstância e como trabalhado no terceiro capítulo, a clássica doutrina constitucional assenta que não há superioridade de princípios constitucionais *a priori*. Logo, segue Arenhart, não se pode supor que a efetivação das decisões judiciais se sobreponha sempre aos direitos do devedor. Neste ponto, o doutrinador fixa sua segunda pilastra ou critério orientador das medidas atípicas, afirmando que se deve respeitar as garantias do polo passivo da execução, ou seja, daquele que sofrerá o ônus da decisão. Todavia, respeitar não é sinônimo de prevalência contínua, de sorte que, para dirimir a colisão de garantias, deve-se recorrer à ponderação, mormente, ao critério da proporcionalidade, que prestará auxílio na tarefa de determinar o alargamento ou achatamento de dado interesse no caso concreto⁸¹. Este posicionamento é, sem dúvida, sinal de abertura, dentro do pensamento de Arenhart, às discussões que terão lugar no terceiro capítulo. Em virtude do reconhecimento, por parte do autor que, na colisão de princípios igualmente aplicáveis ao mesmo caso, é necessária a invocação das técnicas de ponderação. Exatamente o que se procurou fazer mais adiante neste trabalho. De forma que é possível esse diálogo e complementariedade de visões doutrinárias.

Destarte, não desconsiderando a literalidade do dispositivo (art. 139, IV, CPC) e sua evidente amplitude, estas, não podem depender, somente, da criatividade das partes ou do magistrado, devendo, como propugna Leo Rosenberg, existir um permanente diálogo entre as fontes normativas, haja vista que, na visão moderna de ordenamento, coerência e integridade lhe são características elementares. Por isso, tal artigo não pode ser lido em dissonância dos princípios e demais regras, mas sim, ganha seus contornos a partir dos mesmos.⁸² Guarda similitude com o exarado, o posicionamento de Teresa Armenta Deu, assentando que é, neste diálogo, que se forja um modelo executivo com limites que não podem ser ultrapassados, pois, primariamente, no processo executivo, deve-se colimar os meios de sub-rogação, pelos quais se prescinde da conduta da pessoa que tem o

⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz. “**Ainda a (im)penhorabilidade de altos salários e imóveis de elevado valor – ponderações sobre a crítica de José Maria Tesheiner**”. In http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/150876/Ainda_a_im_penhorabilidade_de_altos_salarios_e_imoveis_de_elevado_valor_-_ponderacoes_sobre_a_critica_de_Jose_Maria_Tesheiner, acessado em 09/03/18.

⁸² ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tomo III. Buenos Aires: EJE, 1955. P.4.

dever de cumprir a obrigação, de modo que, nestes casos, o Estado supra-lhe a vontade⁸³. Isto, uma vez mais, remete-nos a clássica teorização – já referenciada acima – ora concretizada nos dizeres de Carnelutti *“no campo civil, [...]a execução, não refere ao corpo humano, e menos ainda à pessoa, mas exclusivamente ao patrimônio, quer dizer, aos bens que pertencem ao obrigado inadimplente.”*⁸⁴

Resumindo, as técnicas de coerção configuram-se modos de aniquilar resistências ao cumprimento das decisões, possuindo um caráter de pressão sobre o obrigado, estimulando-o a cumprir a determinação. Não sendo, definitivamente, um instrumento de castigo⁸⁵.

Neste sentido, Daniel Assumpção assenta que as medidas executivas coercitivas não significam que o corpo do indivíduo passa a responder por suas dívidas, ao revés, tão somente, representam uma ameaça psicológica para que o devedor se convença de que o melhor é o cumprimento voluntário da obrigação, isto é, visam uma modificação da vontade do indivíduo, ainda que com algum pressionamento, para que passe da inadimplência ao cumprimento⁸⁶.

Parece que tais questões são ilustradas por decisões judiciais já tomadas no âmbito da jurisprudência brasileira, cujas distinções foram bem demarcadas. Por exemplo, já se definiu como ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito, por violar o art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, e, igualmente, o art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos⁸⁷. Por outra parte, também, acerca de aplicação de medidas coercitivas que importem limitadoras de direitos para cumprimento de obrigação pecuniária, tanto o STJ, quando o Pretório Supremo, possuem antiquíssima jurisprudência no sentido de ser legítima a obstacularização da renovação da licença de veículo se pendentes

⁸³ ARMENTA DEU, Teresa. **Ejecución y medidas conminativas personales: un estudio comparado**. RDUCN, Coquimbo, v. 22, n. 2, p. 23-54, 2015. pp. 24-25.

⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Edijur, 2015. p. 113.

⁸⁵ ARMENTA DEU, Teresa. **op. cit.**, p. 24-25.

⁸⁶ *“Nesse sentido, é importante registrar que a adoção de medidas executivas coercitivas que recaiam sobre a pessoa do executado não significa que seu corpo passa a responder por suas dívidas, o que, obviamente, seria um atentado civilizatório. São apenas medidas executivas que pressionam psicologicamente o devedor para que esse se convença de que o melhor a fazer é cumprir voluntariamente a obrigação. Mostra-se óbvio que, como em qualquer forma de execução indireta, não são as medidas executivas que geram a satisfação do direito, mas sim a vontade, ainda que não espontânea, do executado em cumprir a sua obrigação.”* 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. Mar/2017. DTR\2017\417, p. 128.

⁸⁷ Inteiro teor da decisão disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-suspendeu-carteira-habilitacao.jpg>

multas⁸⁸.

3.5 VEDAÇÕES À APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS.

Dos tópicos anteriores, já se dessumem algumas contenções à fixação das medidas atípicas, as quais podem ser listadas em ineficácia dos meios típicos, observância do contraditório, indevida ingerência em negócios processuais, fundamentação da decisão que a determinou e respeito ao princípio da menor onerosidade. Cite-se, ademais, que Arenhart, a seu turno, fixa, quatro critérios orientadores básicos: a) o dever de máxima efetividade; b) o respeito a outras garantias fundamentais, em especial atribuídas àquele que deve sujeitar-se a essa efetivação; c) o critério de proporcionalidade pan-processual e suas vertentes; d) em havendo mais de um meio identicamente idôneo, o respeito à menor onerosidade possível ao executado⁸⁹.

Ademais disso, no capítulo subsequente, abordar-se-á noções balizadoras para sua construção, fundadas nos postulados da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade. Todavia, vislumbram-se, desde logo, delimitações vindouras de textos legais e, também, dos princípios do direito que devem ser obedecidas e margeiam a aplicabilidade do artigo 139, IV. Cabe, pois, acerca destas, sucinta menção.

O próprio Supremo Tribunal Federal sumulou temas que se configuram vedações à algumas medidas coercitivas impostas a determinados casos, mormente, ligadas ao descumprimento de obrigações tributárias. Talamini, em texto sobre meios coercitivos, listou-as: “*É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo*” (Súmula 70); “*É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos*” (Súmula 323); “*Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais*” (Súmula 547)⁹⁰. Portanto, neste particular, há restrições jurisprudenciais que tornam a aplicabilidade de medidas deste jaez ilegítimas, se

⁸⁸ Inteiro teor da decisão disponível em <http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=5&SEQAND=256&CDNUPROC=20140510096830>. Acesso em 11.07.2019.

⁸⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 27.

⁹⁰ TALAMINI, Eduardo. **Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso whatsapp**. Revista Brasileira da Advocacia, vol. 0/2016, Jan - Mar / 2016, p. 05.

apresentados os mesmos suportes fáticos.

Resta, por fim, clarificar a distinção entre medida processual atípica coercitiva e medida processual punitiva, as quais não se confundem e seguem regimes jurídicos próprios e díspares. A primeira presta-se, instrumentalmente, a compelir o cumprimento de um ato, a segunda, a seu turno, é sanção em si. Tal aspecto deve, fatalmente, estar ao lume do magistrado, pois a adoção de medidas atípicas, com estribo no artigo 139, IV, não pode decorrer da irresignação do julgador com o comportado do executado, por ter desrespeitado, por exemplo, deveres colaterais, como boa-fé e colaboração, pois o fulcro dos métodos atípicos é forçar ao cumprimento e não punição ao indivíduo, o qual pode ser punido e sancionado, contudo, não com base no dispositivo em comento⁹¹.

O julgador, ao agir assim, passa ao largo da lei, porquanto as medidas punitivas advêm do direito material, exemplificadas, por perdas e danos, juros, correção monetária e honorários, postos no artigo 398 da Codificação Civil de 2002. Logo é impróprio construir uma medida processual atípica com o fito punitivo-sancionatório, pois não há previsão legal para isso⁹². Cândido Dinamarco explica do seguinte modo: a aplicação de correção monetária, por exemplo, que é uma medida punitiva, não modifica a relação credor-devedor, apenas exponencia a dimensão da obrigação, mas não age para que o direito seja satisfeito, é inefetiva nesse sentido. Por outro lado, a medida executiva visa alcançar resultados na relação anômala entre os sujeitos⁹³. Por corolário, a medida executiva atípica marca-se pela temporalidade, vigendo, assim, até a satisfação do direito ou perda de eficácia.

Conectado a isso e consoante ao já discorrido suso, Marcelo Abelha infere que o instrumento processual sob escrutínio se dirige ao chamado “*devedor cafajeste*”, isto é, aquele que, podendo, oculta patrimônio e se vale de outros expedientes, para não liquidar suas dívidas. Desta forma, as medidas atípicas não podem, de forma alguma, serem instrumento para o exercício de vingança privado,

⁹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,510450+que+fazer+quando+o+executado+e+u+m+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>. Acesso em: 12.07.2019.

⁹² DIDIER JR., Fredie *et alli*. **Curso...**, *op. cit.*, p 131.

⁹³ “(...) esse agravamento pouco mais é do que um efeito escritural: não impede que o credor continue credor, que o devedor continue devedor e, conseqüentemente, que o direito daquele permaneça insatisfeito. Diferente é a sanção executiva, a qual se resolve em atos práticos de invasão patrimonial ou de pressão sobre a vontade da pessoa, destinados a impor resultados efetivos referentes às relações entre dois ou mais sujeitos.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil – Vol. IX**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 605.

pois, se o devedor se mostra insolvente e sem capacidades para o cumprimento obrigacional, impor-lhe outras medidas seria – desnecessária e sem razão – sinônimo de piora em suas condições existenciais, sem qualquer eficácia para a satisfação do dever⁹⁴. Arenhart, neste aspecto, vale-se de uma expressão muito propícia, tomada da doutrina americana, qual seja, “o ordenado possui as chaves da prisão em seu próprio bolso”⁹⁵. Ou seja, as medidas executivas atípicas fundam-se na concepção de que o ordenado tem condições de cumprir a ordem, sendo sua resistência desarrazoada. Isto posto, verificado isso em concreto, os meios em nada são excessivos ou incivilizados, mas justificados na contumácia do descumprimento⁹⁶.

Arremate-se, por fim, que há limites objetivos a imposição destas medidas, isto é, não podem violar direitos fundamentais, nem constituir ato ilícito ou desbordar de seu papel coercitivo⁹⁷.

3.6 A CONSTRUÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS BALIZADAS PELA VISÃO PANPROCESSUAL.

Como supra dito, fugindo ao que, basilamente, tem se construído na doutrina e jurisprudência, Sergio Arenhart realiza uma construção acerca de quatro critérios a orientar as medidas atípicas, dentre os quais – diga-se – vê-se uma possibilidade dialogal com a doutrina de Humberto Ávila, esmiuçada no terceiro capítulo. Dos prismas aventados por Arenhart, três deles foram analisados acima, porquanto, atrelavam-se a pontos fixados por outros doutrinadores, quais sejam: o dever de máxima efetividade; o respeito a outras garantias fundamentais, em especial atribuídas àquele que deve sujeitar-se a essa efetivação e a menor onerosidade, apenas, frente a identidade de meios idôneos. É preciso ressaltar, como se viu, que a doutrina arenhartiana, nestes pontos, contraria frontalmente o que tem sido voz comum na doutrina. Contudo, a despeito do ineditismo de suas teorizações no tocante a esses aspectos, haja vista que efetiva um contraponto à

⁹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,510450+que+fazer+quando+o+executado+e+u+m+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>. Acesso em: 12.07.2019.

⁹⁵ DOBBYN, John. **Injunctions in a nutshell**. Minnesota: West, 1974, p. 225

⁹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **op. cit.**, p. 33.

⁹⁷ DIDIER JR., Fredie *et alli*. **Curso...**, **op. cit.**, p 131.

corrente doutrinária majoritária, há uma temática elucidada que lhe é própria, isto é, não trabalhada, até o momento, por nenhum outro autor. Trata-se do cotejo que Arenhart realiza entre os poderes executivos e a proporcionalidade pan-processual.

Principia estabelecendo uma diferenciação quanto à proporcionalidade endoprocessual da panprocessual. A primeira diz respeito àquela que já goza de familiaridade com o contexto brasileiro, visualizada nas técnicas de ponderação quando da colisão de princípios igualmente aplicáveis ao caso. A segunda, que ora nos importa, mais afeita ao direito administrativo, orbita no sentido de análise de uma gestão adequada e eficiente da imensa gama de processos judiciais existentes⁹⁸. Neste viés doutrinário, o processo é tomado como “serviço público”, que envolve a escassez de recursos, de sorte que há um imperativo à uma aplicação eficiente dos mesmos, importando considerar o conjunto de demandas judiciais existentes e, não, tão somente, aquele processo individualizado. Ou seja, impõe-se que se veja não apenas as necessidades daquele processo isolado, mas, outrossim, a universalidade. Por outras palavras, a aplicação excessiva de recursos para a resolução de uma única demanda tem implicação na falta de aporte financeiro para os demais⁹⁹. Já que, sob esta ótica, a justiça é sinônimo de serviço público, entra em cena a igualdade substancial, de modo que a prestação jurisdicional oferecida a um caso não pode olvidar da massa de processos existentes, tendo sempre ao lume o critério da escassez¹⁰⁰.

Para Arenhart, a análise pan-processual oferece mais adequada visão da realidade jurisdicional brasileira, porquanto, ao inter-relacionar processos, perpetra uma igualdade no atendimento de interesses dos jurisdicionados, haja vista que permite corrigir circunstâncias de oferta excessiva de garantias a dado processo em prejuízo aos demais feitos. Isso leva a um dimensionamento do esforço estatal de maneira igualitária, pois no limiar deve estar o questionamento se a presteza oferecida a determinado caso poderá ser disponibilizada a todos os demais jurisdicionados. No artigo referenciado, o processualista cita experiências do direito estrangeiro em que existe a positivação deste exame, exprimido na máxima “*tratar a justiça com justiça*”. Assevera ele que, a despeito de não existir, em nosso

⁹⁸ CAPONI, Remo. “O princípio da proporcionalidade na justiça civil”. **Revista de Processo**. n. 192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: RT, 2011; ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. 2a ed., São Paulo: RT, 2014, p. 37 e ss.

⁹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁰ BONE, Robert G. **Civil procedure – the economics of civil procedure**. New York: Foundation Press, 2003, p. 2

ordenamento, dado preceito, a própria Constituição Federal, no artigo 37, assenta a eficiência na administração do Estado, cuja abrangência, indubitavelmente, abarca a atividade jurisdicional, aplicando-lhe o dever de considerar toda a gama de processos em curso para dimensionar o serviço público que presta, qual seja, a Justiça. Arenhart, ademais, acredita que é possível dessumir leitura análoga ao artigo 8º do CPC, aduzindo que a terminologia eficiência, ali posta, comporta o aspecto interno e externo de análise.¹⁰¹

À guisa de conclusão deste aparte, o autor salienta que a efetivação de direitos deve desbordar do exame de garantias de maneira isolada, fulcrada, unicamente, no processo que se tem diante dos olhos e sobre a mesa. É indispensável, pois, atentar-se para o impacto disto e optar, sempre, pela melhor satisfação das garantias em todas as demais lides. Este raciocínio, trazido ao mundo concreto, continua Arenhart, ilumina situações em que, *prima facie*, um instrumento revela-se deveras eficiente e ajustado ao caso concreto, analisado exclusivamente, todavia, por outro lado, pode se afigurar como desarrazoado quando as lentes de análise considerarem o universo de processos. Cite-se o exemplo da penhora por meio eletrônico, pois muitos juízes têm se absterido de empregá-lo, sob o argumento de que toma muito tempo. O processualista, por outro lado, postula que, pensando-se no conjunto de processos, essa espécie de execução leva, na verdade, à imensa economia de tempo do judiciário. Pois o tempo global resguardado – visto como um todo – é muito superior à dita complexidade pontual que envolve o procedimento de penhora eletrônica. Nota-se, assim, que a análise sob o viés da proporcionalidade pan-processual pode levar a desconstrução de lugares comuns tão sedimentados em nossa prática¹⁰².

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme *et alli*. **Novo...**, op. cit., 2017, p. 170.

¹⁰² ARENHART, Sérgio Cruz. **op. cit.**, p. 45.

4. PARÂMETROS DOUTRINÁRIOS PARA UMA LEITURA ESTRIBADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Na presente secção, intenta-se – na perspectiva de efetivar a hipótese solucionadora aventada – discorrer acerca de parâmetros e demarques que devem nortear a aplicação das medidas apresentadas no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, de modo a harmoniza-las com a ordem constitucional e legal vigentes. Por palavras distintas, sem adentrar nas implicações do dito “ativismo judicial”, a discricionariedade não deve dar margem à desmandos desconectados da legalidade.

Pois o legislador, mediante, cláusula de atipicidade, deixou, em aberto, possibilidades de eventuais medidas coercitivas implementáveis, em evidente sinal de que tal espaço deve ser preenchido pela criatividade do magistrado, segundo as especificidades do caso concreto. Contudo, é provável que, alguma medida, venham a se chocar com direitos fundamentais. Assim sendo, o que se pretende é discutir, por primeiro, a adequação e subsistência do referido dispositivo dentro da ordem constitucional e, posteriormente, balizas e limites para a determinação de medidas deste jaez, sem que restem por afigurar como arbitrárias, autoritárias e violadoras de direitos.

Para dar cabo à conciliação – à aparente dubiedade – entre discricionariedade e tolhimento de excessos, busca-se estribo nas teorizações de Humberto Ávila, mormente, na inédita classificação categórica que realiza mediante sua doutrina acerca dos postulados hermenêuticos e normativos.

4.2 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 139, IV, DO CPC.

Para solucionar a questão posta anteriormente, supõe-se que a inexistência de um rol taxativo de medidas coercitivas das quais se possa valer, a despeito do amplíssimo grau de liberdade outorgada ao judiciário dando, por corolário, azo à abusividade, o artigo 139, IV, não é infenso à ordem constitucional, devendo ser mantido na esfera legal, pois, com parâmetros, harmoniza-se com o respeito aos direitos individuais.

Ademais disso, com lastro em decisões judiciais, tomadas com fulcro neste dispositivo, intenta-se demonstrar, como elemento impeditivo à arbitrariedades e abusos, a existência de pressupostos que se prestam a orientar a elaboração e aplicação destas medidas coercitivas, de modo a conciliar dois aspectos que, aqui, parecem sombrear-se, a saber: a efetividade do processo e o respeito às garantias individuais.

Parcela da doutrina, inclusive, arvorou-se, adiantando-se em predicar o mecanismo processual em comento como inconstitucional. Dando voz a tais críticas, temos Dierle Nunes e Lênio Streck, que resumem tais ressalvas, apontando que as medidas atípicas *“não podem dar ensejo à restrição unilateral de direitos individuais para que seja obtida a satisfação de pretensões pecuniárias”*¹⁰³. Entendimento, igualmente, sufragado por, Rocha, Silva e Sousa, pois, *“tais medidas podem causar gravame de impossível mensuração prévia, potencializando o risco de empregar-se meio mais gravoso sem permitir que o executado possa demonstrar tal fato ou mesmo de indicar meios menos onerosos”*¹⁰⁴.

Nesta esteira, recentemente, o Partido dos Trabalhadores ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.941) perante o Supremo Tribunal Federal, em face do dispositivo em exame, arguido sua incompatibilidade com a o Texto Magno. A petição inicial da demanda, subscrita pelos advogados *Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch, Guilherme Pupe da Nóbrega e Victor Hugo Gebhard de Aguiar*, aduz que a aplicação do inciso IV do artigo 139 do CPC incide em iminentes violações a direitos, como locomoção e dignidade da pessoa humana, lastreados nas decisões, já existentes, de apreensão de passaporte e CNH. Na exordial, aponta-se que a efetiva liberdade de locomoção, consagrado na primeira onda do constitucionalismo, importa postura absenteísta do Estado, descabendo, portanto, qualquer interferência estatal que represente óbice ao seu exercício ou espécies de restrição e

¹⁰³ NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/sensoincomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 11.07.2019.

¹⁰⁴ ROCHA, Jorge Bheron; SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de. **Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>>. Acesso em: 30.10.2018.

limitação à referida garantia constitucional.¹⁰⁵

Ademais, o apontam que, para o vetusto adágio que, em Direito, os fins não podem justificar os meios, de sorte que o resultado não pode ser obtido em detrimento a direitos de estatura constitucional. Ressaltam o legislados, ao optar pela atipicidade das técnicas executivas, mirou, com maior realce, o resultado, fazendo com que, em uma interpretação extensiva deste dispositivo leve, de alguma maneira, à minoração ou afastamento de direitos estatuídos constitucionalmente¹⁰⁶.

Em parecer de manifestação, a Procuradoria Geral da República, posicionou-se pelo acolhimento da argumentação trazida na ADI e sua procedência, porquanto eivada de inconstitucionalidade. Apontou-se que determinações como apreensão de Carteira Nacional de Habilitação, passaporte, suspensão do direito de dirigir e, ainda, proibição de participação em concursos públicos ou licitações, como metodologias implementadas de forma a forçar o devedor ao cumprimento de deveres são inconstitucionais. Além do que, no conjunto de argumentações, salienta-se que o conjunto de liberdades fundamentais não podem ser tolhidas com a finalidade de constrangimento à execução de prestação pecuniária. Em suma, o posicionamento da PGR fiou-se na tese de que a ampla discricionariedade judicial configura ameaça o princípio democrático.¹⁰⁷

Sem embargo dos respeitáveis e robustos apresentados nas peças – exordial e parecer – considera-se, a nosso juízo, que o dispositivo legal em análise é imune ao crivo da inconstitucionalidade. Sem dúvidas, é gravemente sensível a alegação de suposta violação a princípios constitucionais, à guisa da liberdade de ir e vir ou, até mesmo, a base democrática. Haja vista, como se sabe, que a antiquíssima lição de Direito Constitucional assevera a inexistência

¹⁰⁵ “Nesse norte, a liberdade de locomoção, como direito fundamental de primeira dimensão que inegavelmente é, demanda uma atuação negativa do Estado para sua eficácia; é direito que, na distinção das funções clássicas dos direitos fundamentais na relação entre o Estado e o particular de Georg Jellinek, se enquadra no conceito de *status negativus*. É dizer: a garantia do direito de liberdade de locomoção se dá pela não intromissão do Estado em seu exercício, de forma a se impedirem ingerências, restrições e limitações indevidas.” ADIn n. 5.942, **Petição Inicial**, p. 18.

¹⁰⁶ “Se a atipicidade das técnicas executivas mira o resultado, há limitação, decerto, pela impossibilidade de que interpretação extensiva de dispositivo infraconstitucional possa fazer ceder, em alguma medida, direitos de estatura constitucional.” ADIn n. 5.942, **Petição Inicial**, p. 29.

¹⁰⁷ PGR, **Parecer nº 449/2018 exarado na ADIN 5.941**, p. 09-17.

de hierarquia entre os princípios constitucionais¹⁰⁸. Por corolário, banir do referido texto legislativo sob esta argumentação é, claramente, estabelecer uma sobreposição de princípios abstratamente, circunstância que, apenas, legitima-se em construção decisional frente ao caso concreto¹⁰⁹.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal, ainda, não tenha imprimido posição, especificamente, acerca desta novidade do CPC/15, avulta-se, neste particular, que sua jurisprudência assenta-se no que se deduz dos marcos doutrinários suso referenciados, exatamente no sentido da impossibilidade de, aprioristicamente, estabelecer-se graduações entre os preceitos constitucionais¹¹⁰. Pois, quando se debruçou sobre o RMS 23.452/RJ, a Suprema Corte chancelou a possibilidade de, em circunstâncias específicas, existir restrição às garantias fundamentais. Vê-se isso, solarmente, no voto do Ministro Celso de Mello, relator do caso: *“Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”*.

É, pois, deveras raso e falacioso supor que, na esfera da execução, preza-se, tão somente, pela satisfação direito creditício. Há, uma pleide de princípios que orbitam nesta seara e, por corolário, o art. 139, IV do CPC presta-se a efetiva-los, justamente, na perspectiva aludida no capítulo inicial do processo civil estribado no texto constitucional, com vistas a efetivar direitos¹¹¹. Desta feita, há direitos individuais em disputa de ambas as partes – exequente

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 58.

¹⁰⁹ *“Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas”*. SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição**. Revista da Ajuris 66, 1996, p. 121.

¹¹⁰ **“OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição**. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” Jurisprudência: STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20 (*Grifei*)

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil Volume 1 – Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 104-105.

e executado – de modo que, acolher as arguições de inconstitucionalidade, seria, desde logo, blindar os direitos do devedor e relativizar os do credor. Por palavras outras, é valer-se de um direito fundamental para legitimar, sob o pálio constitucional, o descumprimento de um dever¹¹².

Outrossim, aos princípios invocados e apologizados na petição inicial da Adin e manifestação da PGR, não são menos essenciais e estão, igualmente, em estatura constitucional aos albergados pelo dispositivo em questão. Ora, advoga-se, inferindo a inconstitucionalidade, pelos direitos fundamentais do executado. Todavia, por força do art. 797 do CPC, neste estágio processual, privilegia-se o interesse do exequente¹¹³.

Em meio a outros reflexos que, acertadamente, poderiam ser estabelecidos, parece-nos, de maneira bastante evidente, que as medidas executivas atípicas prestam diaconia ao princípio da inafastabilidade da jurisdição estampado Constituição Federal¹¹⁴. Entrementes, o mandamento constitucional em tela não deve ter seus limítrofes à, apenas, possibilidade de propositura da demanda judicial. É claudicante tal interpretação e acarreta a incoerente interpretação de uma suficiente vitória judicial, sem, contudo, a satisfação do direito em disputa. É a afamada máxima “*ganhou, mas não levou*”. É imperiosa, portanto, uma atuação do Estado-juiz que supere este estado de coisas, fazendo do processo fator de efetivação dos direitos constitucionais. Para Kazuo Watanabe, a inafastabilidade da jurisdição importa em dúplice aspecto, quais sejam, o direito de ingressar em juízo e o direito de torna-la efetiva. Destarte, é insuficiente, tão só, assegurar o acesso formal aos órgãos judiciários,

¹¹² “Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais. Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material. Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada ‘princípio da convivência das liberdades’, quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais.” TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva; 2002.p. 528.

¹¹³ **Art. 797**. “Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.”

¹¹⁴ **Art. 5º XXXV-** a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.”

fazendo-se mister uma a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa¹¹⁵.

Neste sentido, o Código principia aludindo, em seu artigo 4º, que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Avulta-se, do disposto, que, sob a ótica constitucional¹¹⁶, a tutela satisfativa, isto é, o resultado material da lide, inclui-se na lógica de um processo baseado na efetividade. A doutrina acentua que é recorrente, em nosso ordenamento jurídico, a dificuldade e pouca eficácia da satisfação de créditos, de modo que, a aplicação de astreintes – como única via de coerção – restava insuficiente, sendo imprescindível, assim, a elaboração de outras sanções executivas, de maior teor coativo, que, de fato, impelisse o devedor à satisfação do débito¹¹⁷. O cotidiano dos Tribunais revela que muitos devedores optavam, voluntaria e premeditadamente, pelo inadimplemento, frente à possibilidade do achatamento, em grau recursal, do montante imposto a título de multa diária¹¹⁸.

Igualmente, a questão liga-se a princípio da razoabilidade do processo¹¹⁹ e, ademais, ao artigo 8º do CPC¹²⁰, haja vista que, ao empregar meios necessários para a efetivação de suas decisões, o magistrado prestará dignidade da pessoa humana, bem como efetividade, economia e celeridade processual. Expressos e garantidos pela Constituição Federal. Evidencia-se, assim, que o artigo 139, IV do novel CPC não, apenas, harmoniza-se com a ordem constitucional como, de maneira aguda, assegura a concretização de mandamentos constitucionais.

¹¹⁵ WATANABE, Kazuo. **Tutela Antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer** – arts 273 e 461 do CPC. P. 20. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. 1996, p. 113.

¹¹⁶ NCPC, art. 1º: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

¹¹⁷ SILVA, Bruno Freire. **O novo CPC e o processo do trabalho I: parte geral**. São Paulo: LTr, 2015, p. 158.

¹¹⁸ ISAIA, Cristiano Becker; LAMBLÉM, Gláucia Aparecida da Silva Faria; CARVALHO, Márcia Haydée Porto. **Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV**. Curitiba: CONPEDI/UNICURITIBA, 2016, p. 266-281.

¹¹⁹ **Art. 5º LXXVIII** – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

¹²⁰ **Art. 8º**. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e as exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

4.3 UMA HIPÓTESE DE BALIZAMENTO A PARTIR DAS TEORIZAÇÕES DE HUMBERTO ÁVILA.

Se, de uma banda, rechaça-se a arguição de inconstitucionalidade, por outra, sob nossa óptica, acredita-se que a construção, casuisticamente, das medidas executivas atípicas reclama parâmetros e chaves-interpretativas a fim de que não ocasionem desmandos, autoritarismos e comportamentos ao arrepio da constitucionalidade e legalidade.

Para atingir o pretense escopo, parecem-nos adequadas as lições de Humberto Ávila, arregimentadas na obra *“Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”*¹²¹, especialmente no que tange sua construção doutrinária a respeito dos postulados.

Como aludido supra, a possibilidade de aplicação de medidas executivas atípicas, *prima facie*, parece desembocar em uma colisão de princípios. Nesse particular aspecto, a doutrina, sobretudo constitucional¹²², muito produziu, com divergências entre si, acerca de mecanismos a mitigarem tal conflito principiológico. Inolvida-se, ademais, que no artigo 8º do Código de Processo Civil, encontramos o imperativo de que, em sua aplicação, sejam atendidos os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e resguardo da dignidade da pessoa humana. Dito isso, através desta pesquisa, quer-se balizar, com fulcro nestes princípios, de modo que, as medidas coercitivas atípicas, em que pese a falta de tipicidade e amplitude, cumpram o fim a que se destinam – a saber, a efetividade do processo – sem que maculem os mandamentos constitucionais.

A doutrina propugna que, em todas e quaisquer oportunidades nas quais o magistrado estiver, por força de lei, em uma ambiência discricionária, impõe-se, a ele, a observância da proporcionalidade e da razoabilidade,

¹²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹²² GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

colimando afinar a norma geral ao caso concreto¹²³. Pois, a ausência de expressa determinação legal, leva à necessidade de se averiguar se as ditas medidas não resvalam nos princípios constitucionais ou direitos fundamentais, sendo este o critério de controle e avaliação da ação judicante, na aplicação do instituto. Em suma, a construção e aplicação de instrumentos atípicos deve, inexoravelmente, atender à proporcionalidade e razoabilidade, com fins de conciliar a menor onerosidade da execução e o princípio da eficiência¹²⁴.

Pelo aperto espacial e por desbordar do objetivo da pesquisa, descabem maiores considerações sobre a vasta doutrina produzida acerca da colisão de princípios e seu sopesamento no caso concreto, fundada pelos expoentes e teóricos estrangeiros, Robert Alexy¹²⁵ e Ronald Dworkin¹²⁶, sabe-se, no bojo disto, a clássica distinção entre regras e princípios¹²⁷. Sem desconsiderar que se trata de doutrina de seguimento obrigatório, tomar-se-á, fundamentalmente, as concepções de Humberto Ávila – que, num flanco, opõe reparos à sedimentada teoria referenciada no que toca a diferenciação entre regras e princípios¹²⁸. E, noutro vértice, oferece importante contribuição no que

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil** Volume 1 – Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 139

¹²⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 110- 113.

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹²⁷ As regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção, são comandos de definição, sua aplicação não é baseada no ‘all or nothing’ de Dworkin mas na declaração de invalidade de uma regra quando colide com uma válida, incluindo para isso uma cláusula de exceção, e na instituição de obrigações que são absolutas. A diferença encontra-se no modo de aplicação dos princípios, estes seriam normas prima facie, e o modo de resolver a tensão, quando da aplicação de dois princípios distintos a um caso, se situa no interior dos princípios analisados. Assim os princípios seriam deveres, ou mandados ou deveres de otimização aplicáveis em vários graus conforme as várias possibilidades normativas (devem levar em conta os outros princípios que com ele colidam) e fáticas (seu conteúdo como norma é determinado diante do caso concreto). ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 93.

¹²⁸ “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte nos princípios que lhe são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 130.

tange suas proposições quanto aos postulados, clarificando sua dessemelhança com princípios e regras. Tendo em vista que, para ele, os estudos sobre ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com o postulado da proporcionalidade¹²⁹.

Ávila parte da conceituação gnosiológica de Kant, aplicando-a ao Direito, para assentar que os postulados são, na verdade, condições de possibilidade do fenômeno jurídico, porquanto, não oferecem argumentações fundantes para a decisão, mas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito. Logo, diferentemente dos princípios, estes não prescrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação do dever de promover um fim¹³⁰.

Os postulados cifram-se como normas que instituem critérios de aplicação de outras normas, de onde advém, portanto, sua classificação como metanormas ou, ainda, normas de segundo grau. Por corolário, sua disparidade com as regras e princípios, porquanto situam-se em níveis distintos. Pois, por primeiro, os postulados orientam a aplicação de outras normas e são destinados aos aplicadores e intérpretes do Direito enquanto aqueles dirigem-se ao Poder Público e aos contribuintes. Por fim, em sua visão, os princípios e regras aplicam-se concomitantemente, ocasionado possíveis conflitos; já os postulados, a seu turno, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade, em razão de estarem em nível dissemelhante¹³¹.

¹²⁹ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 106.

¹³⁰ “Postulado no sentido Kantiano significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essas condições sejam preenchidas no próprio processo de conhecimento”. Já os postulados normativos para o autor “são entendidos como condições de possibilidade do fenômeno jurídico, por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito.” ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 147-149.

¹³¹ “Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem critérios de aplicação de outras normas situadas no plano objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. [...] Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico ou axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo). Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma

Como supracitado, os postulados não descrevem comportamento – por não serem regras – e, igualmente, não estabelecem um dever-ser ideal – nuance própria dos princípios. São, sim, estabelecadores de diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante¹³². Logo, se regras e princípios prestam-se a determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, os postulados, deferentemente, são parâmetro para a aplicação de normas. Justificando, assim, o motivo pelo qual se está, nesta pesquisa, a assumir esta referência teórica como adequada a orientar a aplicabilidade das medidas executivas atípicas, consoante ao disposto no artigo 139, IV, do diploma processual civil vigente. Quer-se, desta maneira, inferir que os postulados interpretativos, discorridos pelo autor, são apropriados para o emprego tal instituto processual. É, em suma, um balizamento da plena discricionariedade, lautamente apontada pela crítica doutrinária.

Isso se impõe em razão de que, ao menos desde o romantismo filosófico, houve a quebra, no campo da hermenêutica, da objetiva relação entre intérprete e objeto. Ávila examina a questão inferindo que a ciência jurídica, de forma alguma, pode ser considerada como descrição de significado, pois é preciso se ter em conta que – no ato decisório – constitui-se a significação e os sentidos do texto normativo, não sendo, portanto, apenas um ato descritivo. Logo, o intérprete-hermeneuta não apenas descreve os significativos previamente existente dos dispositivos, sua atividade desborda isso, fundando-se em uma constante construção de sentidos¹³³.

Isto posto, nossa proposta é militar no sentido de que, ao atender aos postulados interpretativos, afastar-se-ia as medidas coercitivas atípicas do

*com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer do modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas. ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 150.*

¹³² [...] os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. [...] os postulados não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis. ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 151.

¹³³ ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 152.

congraçamento com possíveis inconstitucionalidades. Por isso, como dito, ao aplicá-las, há um ônus argumentativo diferenciado ao juiz aplicador, visualizada, em concreto, por força do artigo 93, IX da Constituição Federal e artigos 11 e 489, II do CPC. Sobre isso, Didier, Cunha, Braga e Oliveira preconizam que, nesta fundamentação, deve o magistrado demonstrar, argumentativamente, se seu posicionamento é conforme aos postulados em tela¹³⁴.

4.4 A CLASSIFICAÇÃO DOS POSTULADOS.

Primeiramente, a obra que embasa esta pesquisa, *“Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos”*, estrutura-se em três capítulos, quais sejam, *“Considerações Introdutórias”*, *“Normas de Primeiro Grau: Princípios e Regras”* e – por derradeiro – *“Normas de Segundo Grau: Postulados Normativos”*. É, mormente, neste terceiro capítulo que estão consignadas as pilastras teóricas de nossa hipótese de pacificação da problemática. Haja vista que, nesta perícope, Ávila disserta acerca dos postulados.

Nota-se, no princípio do capítulo terceiro - ora considerado – uma classificação efetivada, pelo próprio doutrinador, subdividindo os postulados em *postulados hermenêuticos* e *postulados normativos aplicativos*. Os primeiros estão em função da coerência ao sistema jurídico, entre os quais inserem-se os *postulados da unidade, da coerência interna do sistema e da hierarquia*. Estes permitem que a fundamentação seja dotada de consistência, equalizando normas mais específicas com as mais gerais. Visando, desta maneira, maior segurança jurídica¹³⁵. Estes, para o objeto em análise, são periféricos, não vindo a propósito um análise verticalizada.

O desiderato é, pois, investigar postulados que auxiliem na resolução de problemas concretos, quando se vislumbram possíveis a aplicação de duas normas jurídicas, quer advinda de princípios, quer de regras. É, propriamente, a situação faticamente experimentada quando da aplicação das medidas executivas atípicas, que exigem um sopesamento dos interesses envolvidos, do

¹³⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 116- 117.

¹³⁵ ÁVILA, Humberto. **Op. Cit**, p. 144-162.

credor e devedor. É em socorro destas situações que o autor delinea os “*postulados normativos aplicativos*”¹³⁶, que são metacritérios direcionadores do intérprete na aplicação concreta de normas, isto é, predicam-se como métodos que orientam o hermeneuta-julgador na aplicabilidade do Direito¹³⁷. Repisando: “*os postulados servem como parâmetros para a realização das normas*”.

Além desta categorização, ao tratar das espécies de postulados, uma vez mais, Ávila opera outra partição entre postulados inespecíficos e específicos, pois, para ele, os postulados não funcionam todos da mesma maneira. O primeiros – inespecíficos – abordam elementos e critérios que não são específicos, de modo que visam a harmonização dos elementos sem, contudo, determina-los. Agrupam-se, nesta secção, os postulados da ponderação, concordância prática e proibição do excesso. De outra banda, continua o autor, os postulados específicos, para sua aplicação, dependem de elementos e critérios determinados e peculiares, sendo que, neste grupo, estão abarcados igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, em virtude de, cada qual, como se esmiúça doravante, exigir especificidades próprias. O doutrinador nomina-os, também, de postulados normativos formais ou condicionais.¹³⁸ Nos dizeres do autor, os postulados inespecíficos são, tão somente, ideias gerais, despidas de critérios orientadores de aplicação. Logo, em razão disto, descabe aprecia-los, focalizando-se, deste modo, nos específicos, cujo objetivo é fornecer juízos direcionadores de aplicabilidade, perspectiva central deste estudo.

4.4.1 O POSTULADO DA IGUALDADE.

A despeito de iniciar a secção dos postulados normativos específicos abordando a igualdade, Ávila destaca que esta pode funcionar como postulado, princípio ou regra. Terá predicação de regra quando prever proibição de tratamento discriminatório. Por outro lado, quando se prestar a promoção de um

¹³⁶ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 176.

¹³⁷ “Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem critérios de aplicação de outras normas situadas no plano objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas.[...] As normas de segundo grau, redefinidas como postulados normativos aplicativos, diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função. Enquanto os princípios e as regras são objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras.” ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 176.

¹³⁸ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 184- 185.

estado igualitário, figurar-se-á como princípio, e, por fim, será postulado quando estruturar a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e a relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)¹³⁹.

Sinteticamente, Ávila aduz que a aplicabilidade do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto da diferenciação. Alude que as pessoas são iguais ou desiguais segundo estes critérios diferenciadores, como, a título de mostra, a condição econômica, idade ou sexo. Adverte, outrossim, que os critérios – fazedores das pessoas iguais ou desiguais - atendem, sempre, à uma finalidade. Exemplificado, a idade distingue pessoas para o direito ao voto, da mesma forma que o sexo confere acesso ao auxílio-maternidade, de sorte que cada qual colima um fim específico. De tal modo, homem e mulher, de mesma idade, podem acessar às urnas de um pleito, entretantes, há prestações do Estado, como supra dito, que apenas pessoas do sexo feminino podem acessar. Em suma, a aplicação da igualdade envolve um critério e uma finalidade ou, por palavras outras, sua aplicabilidade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado¹⁴⁰.

Por fim, o jurista ressalta uma conclusão que – em seus dizeres – é indevidamente menosprezada, asseverando que *“fins diversos levam à utilização de critérios distintos”*, uma vez que alguns critérios efetivam com destreza determinados fins, outros, ao contrário, não; porquanto finalidades distintas impõe medidas diferentes de controle. Arremata argumentando que, como postulado, a violação à igualdade tem, como corolário, o afastamento de alguma norma jurídica. Assim sendo, os indivíduos devem ser considerados – igualmente – em sua liberdade, dignidade e propriedade – pois, violar a igualdade afigura-se como sinônimo da violação a algum princípio fundamental.¹⁴¹

4.4.2 O POSTULADO DA RAZOABILIDADE.

Ao abordar a temática da razoabilidade, diferentemente da igualdade – que o faz de modo brevíssimo – Ávila estende-se, largamente, em sua

¹³⁹ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit*, p. 192.

¹⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit*, p. 193.

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit*, p. 194.

argumentação. Sinteticamente, na obra, é possível destacar três acepções da razoabilidade, a serem especificadas na sequência. Em primeiro, toma-a como diretriz a estabelecer o relacionamento das normas gerais com as individualidades do caso concreto, evidenciando-se em qual perspectiva a norma deve ser aplicada, ou, ainda, indicando em quais hipóteses o caso individual, a partir das especificidades próprias, foge ao enquadramento da norma geral. Na segunda abordagem, emprega-se a razoabilidade como exigência de uma vinculação das normas jurídicas com o mundo referenciado, demandando, destarte, um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, demonstrando-se coerência entre a medida adotada e o fim proposto. Por derradeiro, a razoabilidade deve estabelecer a equivalência entre duas grandezas¹⁴².

Passaremos, pois, ao exame verticalizado de cada assertiva.

Primeiramente, considerando a razoabilidade sob o prisma da equidade, propõe-se a plena harmonia da norma geral ao caso individual. De modo geral, na aplicação das normas jurídicas, presume-se a normalidade, sendo o extraordinário a exceção. Na visão do autor, a razoabilidade é o instrumento pelo qual se faz o aferimento de que as circunstâncias envolvidas enquadram-se na normalidade, atuando na interpretação dos fatos descritos nas regras jurídicas. A aplicação do postulado, dito isso, age na interpretação dos fatos descritos na regra, pois significações diversas à descrição implicariam em restrições à princípios constitucionais¹⁴³.

Além disso, tomada como equidade, associação – diga-se – efetuada desde os gregos clássicos¹⁴⁴, a razoabilidade leva ao destaque dos aspectos individuais do caso em face da generalização legal, pois, nalguns casos, as peculiaridades provocariam o afastamento da norma geral em virtude de se estar frente a um caso anormal. Neste ponto, ao nosso entender, está a centralidade,

¹⁴² ÁVILA, Humberto. **Op. Cit**, p. 194-202.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. **Op. Cit**, p. 195.

¹⁴⁴ “a equidade, embora justa, não é justiça legal, mas sim uma retificação da justiça legal. A razão disso é que a lei é sempre uma declaração geral; no entanto, existem casos que não podem ser abrangidos numa declaração geral. (...) Assim sendo, quando a lei formula uma regra geral e depois disso surge um caso que é exceção a essa regra, é correto, ali onde o pronunciamento do legislador é imperfeito e errôneo por causa do seu poder absoluto, retificar o defeito, decidindo como o próprio legislador decidiria se estivesse presente na ocasião, e como ele teria decretado se tivesse sido notificado do caso em questão”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** – Livro V. In: Morris, Clarence (org). Os grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 16.

tendo em conta a distinção que o autor perpetra quanto à aplicabilidade de uma regra e a satisfação das condições previstas em sua hipótese. O raciocínio jurídico clássico, através da subsunção, fia-se no dogma de que, preenchidas as hipóteses da norma, ela é, inexoravelmente, aplicada¹⁴⁵. Ávila supera tal racionalidade, pugnando que a regra é aplicável, em dada situação, apenas, mediante a satisfação das condições e, também, se sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Logo, ao aplicar a norma, há um duplice fator a ser examinado, o preenchimento da hipótese e a inexistência de uma razão contrária que impeça sua aplicabilidade. Deste modo, a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Pois, para que se aplicada, a facticidade deve alinhar-se à generalização da norma geral, sem particularidades que afastem a incidência¹⁴⁶.

Vista como congruência, a razoabilidade impõe simetria das normas com as condições externas de aplicação. Para elucidá-la, o doutrinador vale-se de exemplificações, pensando na concretude de alguns diplomas legais, em que o legislador elegeu causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal, violando a exigência de vinculação à realidade. Entrementes, continua o autor, *“os princípios constitucionais do Estado de Direito e o devido processo legal impedem a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados”*¹⁴⁷. Em resumo, a aplicação da razoabilidade demanda o entrelaçamento com da realidade, vedando-se a quebra do liame com ela.

Concretamente, tal teorização enquadra-se em situações que determinada norma germinou em dado contexto socioeconômico e, em virtude de alterações neste quadro, descabe sua aplicação, porquanto tornou-se anacrônica. Retoma-se, neste particular, a relação entre critério e medida, pois a razoabilidade exige a correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não é, frise-se, o cotejamento entre meio e fim, mas, como dito, entre o critério e medida. Os princípios constitucionais do Estado de Direito e devido processo legal – aos quais se soma a igualdade - obstam a utilização de critérios distintivos inadequados, pois, estabelecer diferenças

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 197.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 199.

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 200.

imotivadas fere tanto o postulado da razoabilidade, como, outrossim, da igualdade¹⁴⁸. O exemplo elucidativo, aqui, uma lei estadual que determinou o período de trabalho do secretário de Estado como contato em dobro para fins de aposentadoria.

Ao findar da temática da razoabilidade, o jurista trata-a como equivalência, exigindo-se equidade entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Pragmaticamente, não pode haver desproporção entre o Direito e a exigência que este impõe ao cidadão. É a relação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. O autor menciona protótipo de lei declarada, pelo STF, inconstitucional, por criar taxas judiciárias em percentual fixo, ressaltando-se a ideia de que o custo das mesmas deveria equivaler ao serviço prestado. Reporte-se, ademais, a culpa, critério-base para a fixação de pena a ser cumprida, em estrita relação de equivalência¹⁴⁹.

Resvalando no tópico seguinte, em que terá lugar a apreciação da proporcionalidade, Ávila executa distinção dela com a razoabilidade, pontuando, inclusive, que tal divisionamento é chancelado pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, a razoabilidade demanda correlação que afira a equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Logo, a razoabilidade visa três frentes: a harmonização do geral com o particular, presumindo-se que as circunstâncias estão dentro da normalidade; a pacificação do Direito com suas condições externas e, por fim, a equivalência entre critério e medida adotada.

Noutro flanco, sinteticamente, a proporcionalidade é imperativa ao Poder Legislativo e o Poder Executivo vinculando sua escolha, a fim de que, no escopo de atingir fins, valham-se de meios adequados, necessários e proporcionais. Reputa-se adequado o meio que efetiva a finalidade a qual se propõe. É necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, afigurar-se como o menos restritivo no que toca direitos fundamentais. É, por último, proporcional - sentido estrito – quando há superação de vantagens em relação às desvantagens suscitadas¹⁵⁰.

¹⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit*, p. 201-202.

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit*, p. 202-203.

¹⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit*, p. 203-205.

Nestes parâmetros, então, cifra-se a dessemelhança entre razoabilidade e proporcionalidade. Nota-se que autores como Rogério Leite Lobo¹⁵¹ e Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁵² desposam linha de pensamento análoga, partindo da diferenciação dos conceitos em voga.

A construção teórica esboçada não restou imune à críticas, avultando, dentre estas, o reparo aventado por Luís Roberto Barroso, pontuando que Ávila, ao desenvolver a concepção de razoabilidade, dissocia-a de sua origem, havida no contexto anglo-saxão e decorrente da ideia de devido processo legal, entendida, neste âmbito, como um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa¹⁵³.

4.4.3 O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE.

Principiando a análise acerca da proporcionalidade, Ávila retorna ao pensamento suso discorrido de que a proporcionalidade não constitui princípio,

¹⁵¹ “A razoabilidade opera, portanto, no balizamento entre o critério e a medida adotados no ato interpretado, na busca do dever de equidade, congruência ou de equivalência. Por isso, enquanto a proporcionalidade assume uma feição mais objetiva, a qual se expressa nos postulados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade no sentido estrito, quando da análise da relação meio-fim do ato jurídico posto em exame, a razoabilidade se expressa em termos mais subjetivos, operando no campo hermenêutico na verificação da sintonia entre o critério e a medida adotados no ato jurídico examinado. Assim, enquanto a razoabilidade tem uma função negativa – não ultrapassar os limites do juridicamente aceitável -, a proporcionalidade teria uma função positiva, qual seja, a de demarcar os limites, indicando como se mantém dentro deles.” LOBO, Rogério Leite. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e o direito tributário**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 241-255, jan/mar de 2005, p. 252.

¹⁵² “Sem nada contender esta indicação das origens de cada qual, estamos em que tais princípios não se confundem inteiramente. Parece-nos que o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surdir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento.” MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 353.

¹⁵³ “a acepção de Ávila envolve uma construção doutrinária que dissocia o termo razoabilidade de suas origens, presentes no direito anglo-saxão e vinculadas ao desenvolvimento da ideia de devido processo legal. Em seu conceito, a razoabilidade compreende: (...) um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. (...) É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores que recorrem até mesmo ao direito natural como fundamento para aplicação da razoabilidade, embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.” BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p; 259.

tendo em vista diferir-se de uma norma imediatamente finalística, isto é, não estabelece um fim a ser colimado. Ao revés, trata-se de condição normativa para a aplicabilidade de normas finalísticas. Logo, desenha-se como postulado normativo aplicativo¹⁵⁴. Eis que estabelece uma condição de possibilidade do conhecimento que é imperativa quando da aplicabilidade de uma normativa jurídica. Ou seja, o postulado da proporcionalidade cifra-se como um requisito formal para a adequada aplicação do Direito, conjugando-se com medidas substanciais. Logo, desconsiderando-se o mandamento da proporcionalidade – na visão do autor, os bens jurídicos colisivos não alcançam realização plena. Tudo isso para reafirmar proporcionalidade como postulado e, não, princípio¹⁵⁵.

Antes, ainda, de adentrar em seu conteúdo material, no tocante à aplicação, o autor infere que o exame da proporcionalidade é pertinente quando há uma relação de meio/fim, jungida ao imbricamento de bens jurídicos relacionados aos caso. Por outras palavras, é aplicável, tão somente, quando houver uma medida concreta com vistas a realizar dada finalidade. Por corolário, nesta circunstância, faz-se mister analisar as possibilidades da medida levar a realização da finalidade – por intermédio do exame da adequação; ademais, de qualificar-se como a menos restiva de direitos fundamentais dentre as outras – logo, necessária; e, por fim, a finalidade pública deve se mostrar valorosa, de modo que legitime a restrição (proporcionalidade em sentido estrito)¹⁵⁶. Em resumo, o manejo do postulado da proporcionalidade – em seu caráter trifásico de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁵⁷ - far-se-á

¹⁵⁴ Diferentemente, Virgílio Afonso da Silva, com estribo em Alexy, trata-o como regra, pois está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto, aplicando-se, portanto, no todo. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 168.

¹⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 205.

¹⁵⁶ “A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então – nas palavras de Hartmut Maurer – cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio. O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar a realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).” ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 207.

¹⁵⁷ Posição desposada, igualmente, por Canotilho, como se vê: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é

necessário, tão somente, quando houver meio e finalidade, bem com relação entre ambos.

Ainda orbitando a temática da aplicação, ressalta-se que, na relação meio/fim, há uma medida concreta mirando uma finalidade, consistente em um ambicionado resultado palpável extrajurídico, que pode ser concebido mesmo na ausência de normas e conceitos jurídicos. Por consequência, adverte o autor, os meios e fins não podem ser indefinidos, de forma que, a aplicação do postulado da proporcionalidade demanda a determinação destes aspectos¹⁵⁸. Neste sentido, Cezaroti assevera que a atuação estatal deve se *dar “na extensão e intensidade proporcional ao que seja realmente necessário para o cumprimento da finalidade a que está atrelada”*¹⁵⁹. Postos estes apontamentos preliminares, vislumbra-se possível, então, uma aproximação dos elementos que conglobam o postulado da proporcionalidade.

Quanto à adequação, incumbe, neste estágio, averiguar se o meio cominado é acertado para atingir o fim ao qual se propõe, impondo-se, assim, o estabelecimento de uma relação empírica entre o meio e o fim, pois aquele deve levar à efetivação deste. Parte-se da inquirição sobre quais os meios disponíveis para a concretização de determinado fim, estas espécies de meios podem ser catalogadas por uma tríade, a saber, intensidade (promover menos, igualmente ou mais), qualidade (melhor ou pior) e certeza (menos, igual ou mais certeza). Deste modo, a escolha deve ser pelo meio mais intenso, melhor e com maior probabilidade, ainda que, na obra, o autor efetive uma ressalva quanto à adequação de um meio que, minimamente, realize o fim, mesmo que não seja o mais intenso e probabilisticamente superior. Além disso, aborda a adequação pelo vértice da abstração/concretude; generalidade/particularidade e

adequado quando, com seu auxílio, se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental” GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000 p. 266-270. Tripartição, **também**, presente na obra de Robert Alexy. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.116.

¹⁵⁸ “Tal postulado informa, pois, toda a Administração Pública, bastando que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim colimado. A proporcionalidade tem, pois, grande relevo prático, já que a Administração Tributária está obrigada a escolher, entre as medidas adequadas para o atingimento de um dado fim, aquela que menos restringe os direitos dos contribuintes, ou seja, as vantagens jurídicas devem superar as desvantagens provocadas pela adoção da medida.” ÁVILA, Humberto. **Op. Cit**, p. 208-210.

¹⁵⁹ CEZAROTI, Guilherme. **ICMS no comércio eletrônico**. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 55.

antecedência/posteridade, de maneira que, sinteticamente, a medida será adequada se o fim possivelmente se concretizar com sua adoção, se for realizada na maioria dos casos e, por fim, se, no momento de sua escolha (previamente, portanto), houve avaliação e projeção ajustadas à implementação. Assim, a medida deve ser abstrata, geral e anterior¹⁶⁰.

No concernente à necessidade, resta perquirição acerca da existência de outros meios – análogos ao previamente tomado – que mirem e atinjam o mesmo fim, de modo que, destes alternativos, possa advir situação menos gravosas aos direitos fundamentais atingidos, isto que, promotores, igualmente, do mesmo intuito, sem, contudo, restringir, na mesma intensidade, as garantias envolvidas. Neste particular, deduz-se uma dupla certificação, por primeiro, se os meios alternativos provem igualmente o fim almejado e, por segundo, a opção pelo meio menos restrito, o que impõe aferição de qual, dentre eles, limita – em menor medida – os direitos paralelamente tocados¹⁶¹.

Nessa ambiência, o jurista alude para duas ressalvas. Primeiramente, descabe ao Judiciário anular determinado ato do Poder Público sob o argumento de que aquele meio, dentre os meios hipoteticamente utilizáveis, não promove o fim da mesma forma. Pois, se assim fosse, nenhum ato resistiria ao exame da necessidade. O outro ponto, em decorrência deste, diz respeito à complexidade desta análise, pois, facilmente é possível dosar qual o meio menos restritivo, contudo, as problemáticas maiores surgem quando se indaga o grau de interferência conjugado com o nível de promoção da finalidade. Por outras palavras, há meios que promovem mais dada finalidade, contudo, são mais restritivos. Neste sentido, o questionamento é se deve optar pelo mais efetivo e menos restritivo ou, ao contrário, pelo menos restritivo, porém, menos efetivo. É uma complexa escolha que se impõe¹⁶².

¹⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 210-216.

¹⁶¹ “O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Duas são, assim, as verificações relativas à necessidade: primeiramente, verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, ou seja, verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.” ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 216-217.

¹⁶² “Em consequência, como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental, mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim, mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental? A ponderação entre o grau de restrição e o de promoção é inafastável, ou seja, as vantagens causadas pela promoção dos fins

Por último, como terceiro elemento a ser manipulado na apreciação da proporcionalidade, a medida deve ser proporcional em *sentido estrito*, requerendo o cotejo entre a importância de realização daquele fim com a intensidade de restrição dos direitos fundamentais¹⁶³. Perquirindo-se, desde logo, se a importância da efetivação legitima a restrição dos direitos em questão, ou, além disso, se as vantagens vindouras da promoção do fim são equivalentes aos danos dele decorrentes. Isto posto, os ônus surgidos com a efetivação da finalidade devem estar em grau de correspondência com as ônus suscitados. Uma vez mais, é ressaltado, pelo autor, a complexidade de tal ato – quando pensado na concretude do real – porque a avaliação de vantagens e desvantagens depende de critérios fortemente subjetivos. Assim, a finalidade intentada deve ser, invariavelmente, relacionada ao interesse coletivo, razão que justificaria eventual restrição de direitos¹⁶⁴.

Sem embargo de, amiúde, Humberto Ávila aduzir que tais postulados orientam a ação dos Poderes Executivo e Legislativo, parece-nos que as pilastras aqui lançadas oferecem sólido respaldo e, por isso, podem orientar a atividade judicante, haja vista que, no poder geral de efetivação, ora em comento, há a presença de agudo nível de discricionariedade. Neste sentido, Gilmar Mendes apregoa que a proporcionalidade é, por certo, o limite à discricionariedade, porquanto esta encerra, ao mesmo tempo, liberdade e limitação. Assim, a ação é livre, porém, dentro dos marcos constitucionais. Continua o autor que a proporcionalidade liga-se à vedação ao excesso de poder, vislumbrada *“mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”*¹⁶⁵.

devem ser proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio”. ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 218-219.

¹⁶³ Neste sentido, embora Virgílio Afonso da Silva não assuma a proporcionalidade como postulado, sua posição assemelha ao teorizado por Ávila, pois considera-a *“um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção de medida restritiva”*. SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2003. Disponível em acesso em 03 out. 2014, p. 40.

¹⁶⁴ *“Enfim, o exame da proporcionalidade é bastante complexo, haja vista que a avaliação daquilo que será considerado como vantagem e como desvantagem depende de um exame fortemente subjetivo. Normalmente, um meio é empregado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão”*. ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 219.

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de

Posicionamento análogo é expresso por Alvim Netto, assentando que o princípio da proporcionalidade alarga a possibilidade de atuação do poder judiciário na aplicação do norma, que não se restringe mais à mera aplicação fria da lei, já, de outra banda, fornece ao juiz parâmetros que reduzem sua subjetividade no processo interpretativo dos dispositivos legais. De sorte que, frente a conceitos jurídicos indeterminados – continua Alvim – os critérios de adequação e necessidade traçam nortes interpretativos, evitando-se sacrifícios despiciendos de direitos e garantias constitucionais¹⁶⁶.

Logo, seguindo este raciocínio e com estribo nos expoentes doutrinários supra, tais postulados podem, com toda certeza, servir de luzeiros à construção das medidas executivas atípicas.

Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 de julho de 2019, p. 18.

¹⁶⁶ “O que se percebe é que, por um lado, a incidência do princípio da proporcionalidade amplia a margem de atuação do órgão jurisdicional na aplicação do direito – que, há muito, deixou de refletir a previsão fria da lei infraconstitucional –, e, por outro, fornece ao juiz parâmetros que, embora não possam ser considerados totalmente objetivos, reduzem significativamente a subjetividade da interpretação das normas jurídicas. Desse modo, o controle da validade e eficácia das normas jurídicas, bem como a análise do alcance e significado dos princípios jurídicos e dos conceitos jurídicos indeterminados, se devem se orientar pelos critérios de adequação e necessidade precedentemente descritos, de forma a evitar-se o sacrifício desnecessário de direitos e garantias constitucionais em detrimento de valores menos relevantes, inclusive no plano do processo”. ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 17ª ed. São Paulo: RT, 2017, capítulo 7, n. 7.8.3.1.

5. AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS (ART. 139, IV, CPC) E PRÁXIS: UMA ANÁLISE DE CASO.

5.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Nos dois capítulos antecedentes – segundo e quarto – procurou-se, a partir de marcos teóricos, situar a sistemática trazida pelo CPC de 2015 quanto aos poderes de efetivação facultados aos magistrados a partir das medidas executivas atípicas. Nesta subsecção intenta-se, pois, um cotejo entre doutrina e aplicabilidade, mediante a análise de caso concreto, já apreciado pelos tribunais, em que houve a imposição de coercibilidade processual a partir do artigo 139, IV, do CPC. Para tanto, procurar-se-á efetuar uma leitura de acertos e desacertos do referido julgado segundo as lentes teóricas percorridas alhures neste trabalho. Tem-se, por desiderato, perscrutar a possibilidade de aplicação das medidas que, a um só tempo, respeite à ordem constitucional sem que isso resulte em inefetividade.

Na experiência jurisprudencial, tem-se visto, como medidas executivas atípicas, limitações como, por exemplo, eliminação em processos licitatórios, cancelamento de cartões de crédito, suspensão de benesses fiscais ou serviços de telefonia e televisão a cabo, apreensão de passaporte e CNH, dentre outras mais costumeiras, como astreintes, impedimento em participar de concurso público e embargo à obras.

Busca-se investigar, nos casos a serem apreciados, se as medidas aplicadas foram tomadas à luz dos postulados da Igualdade, Razoabilidade e Proporcionalidade, desdobrada em necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, consoante ao pensado de Humberto Ávila, abordado no capítulo terceiro.

Demais disso, examinar-se-á se os poderes de efetivação havidos na prática se emolduram aos pilares e critérios estabelecidos por Sérgio Arenhart, quais sejam, dever de máxima efetividade; respeito a outras garantias fundamentais, em especial atribuídas àquele que deve sujeitar-se a essa efetivação; critério de proporcionalidade pan-processual e suas vertentes e, em havendo mais de um meio identicamente idôneo, o respeito à menor onerosidade possível ao executado. Sendo que, como visto, não são infensos à aplicação do

postulado da proporcionalidade, pelo contrário, reclama-o; haja vista que o processualista deixa evidente que, acerca do critério da máxima efetividade, deve-se recorrer à ponderação.

Seguindo este raciocínio, não é possível estabelecer ações padronizadas e nominá-las de medidas atípicas. Por outras palavras, apreensão de passaporte ou CNH não devem figurar como baluartes ou sinônimos desses poderes de efetivação. Criando-se, dessa forma, uma espécie de rol. Pois a aplicabilidade, sempre, exigirá, no caso concreto, o apreço e cotejamento com as balizas acima expostas.

5.2 ESTUDO DE CASO: HABEAS CORPUS 478.963 – RS/STJ.

Esta ação¹⁶⁷ – julgada em 12/12/2018 e de relatoria do Ministro Francisco Falcão - ganhou notoriedade por envolver o ex-jogador de futebol, Ronaldinho Gaúcho (Ronaldo de Assis Moreira) e seu irmão Roberto de Assis Moreira. A decisão, havida no âmbito do STJ, manteve medidas atípicas impostas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que havia determinado a apreensão dos passaportes de ambos os executados como coerção ao pagamento de penalidades fixadas por dano ambiental, em razão da construção, sem licença prévia, de um trapiche, em Porto Alegre, na orla do Lago Guaíba.

Cite-se que a medida coercitiva atípica fora denegada pelo juízo da 3ª Vara Cível do Foro Central, da Comarca de Porto Alegre/RS, no bojo do cumprimento de sentença proferida na ação civil pública nº 0006488-89.2012.8.21.0001, proposta pelo Ministério Público.

Posteriormente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apreciando o agravo¹⁶⁸ nº. 70076961572, interposto pelo *parquet*, concedeu ordem para apreensão dos passaportes.

¹⁶⁷ AMBIENTAL. PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA AMBIENTAL. MEDIDA COERCITIVA ATÍPICA EM EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. RESTRIÇÃO AO USO DE PASSAPORTE. INJUSTA VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAÇÃO DE IR E VIR. INOCORRÊNCIA. 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. STJ – HABEAS CORPUS Nº 478.963 – RS (2018/0302499-2) – Relator Min. Francisco Falcão, Data de Julgamento: 10/12/2018 – Data de Publicação: DJe 12/12/2018.

¹⁶⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. MULTA DIÁRIA. **DOCTRINA DO CONTEMPT OF COURT.** OMISSÃO CONTUMAZ. AFRONTA À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. ALASTRAMENTO DOS

Impende realçar que, nesta análise, procurar-se-á um estudo sistematizado e em conjunto de dois acórdãos (Agravo de Instrumento nº 70076961572 e Habeas Corpus nº 478.963), pois as premissas fundantes se repisam e, na verdade, a decisão no âmbito do STJ chancela os argumentos postos pelo TJ/RS.

Impõe-se, previamente, uma digressão preliminar. O Habeas Corpus analisado, em decisão proferida pela 2ª Turma do STJ, manteve a medida de apreensão dos passaportes como medida executiva atípica. Em vertente infensa, porém, a 4ª Turma, do mesmo colegiado, em recente julgamento de outro, também, HC¹⁶⁹, datado de 05/06/2018, entendeu como desarrazoada a suspensão do passaporte de um devedor como via a coagir o pagamento de dívida. O Relator do caso, Ministro Luís Felipe Salomão, frisou que, embora possível em abstrato, dadas as peculiaridades do caso, evidenciava-se desproporcional, pois foi adotada, de modo exclusivo, com fins coercitivos ao pagamento de dívida. Neste sentido, os julgados refletem, justamente, circunstâncias distintas e que impõe diferentes abordagens. No segundo caso, o STJ entendeu que forçar o adimplemento de um título executivo extrajudicial (duplicata de prestação de serviço) mediante restrição do direito de ir e vir era assimétrica. No caso envolvendo o ex-jogador, que ora se examina, houve uma postura processualmente desleal e claros sinais de solvência, descurando-se dos deveres cooperativo e de boa-fé. Entrementes, não deixa de ser um redirecionamento jurisprudencial.

O cabimento de habeas corpus, para o caso, deve-se à pretensa violação ao direito fundamental de ir e vir, mediatizada pela retenção do referido documento. Interessante pontuar que, já na ementa do agravo nota-se a

PREJUÍZOS CARACTERIZADOS. ADOÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS, SUBROGATÓRIAS OU MANDAMENTAIS NECESSÁRIAS PARA ASSEGURAR O UMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. ART. 139, III E IV, DO CPC/15. EVIDENCIADAS NO CASO CONCRETO, A SUBSIDIARIEDADE E A PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA COERCITIVA CONSUBSTANCIADA NAAPREENSÃO E NA RESTRIÇÃO DE EMISSÃO DE PASSAPORTE. (TJ/RS - AI: 70076961572 RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Data de Julgamento: 31/10/2018, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/11/2018)

¹⁶⁹ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. **RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO.** (STJ - RHC 97876 / SP 2018/0104023-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140), Data do Julgamento: 05/06/2018, Data da Publicação: 09/08/2018, T4 - QUARTA TURMA). (Grifei)

referência à “*doutrina do Contempt of Court*”¹⁷⁰, advinda da experiência norteamericana. Como explicitado por Arenhart, assenta-se no poder dos tribunais em tomar medidas necessárias para a afirmação da autoridade e efetivação de suas decisões. Os julgadores, na fundamentação, sugerem que, no Brasil, entendimento semelhante pode ser extraído do artigo 77, IV, do CPC, que estabelece, a todos os partícipes do processo, “*cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e de não criar embaraços à sua efetivação*”.

No agravo de instrumento guerreado lê-se que a apreensão dos passaportes só se legitima frente à desídia reiterada no cumprimento das obrigações judiciais. Neste particular, uma vez mais, é possível enlace com as teorizações de Arenhart, quando alude a expressão, também importada do direito estadunidense, de que “*o executado detém as chaves da prisão*”, significando que a contumácia no descumprimento é uma escolha deliberada do executado. Porque o descumprimento não é ocasionado por ausência de meios para fazê-lo, e sim derivado de ato volitivo. Evidenciando-se claro desrespeito ao Poder Judiciário e ao Estado de Direito.

Interessante notar que – na decisão do TJ/RS – são citados os princípios (neste trabalho abordados como postulados) da proporcionalidade e razoabilidade que devem inspirar a construção das medidas. Contudo, a despeito da citação, não se estabelece a devida argumentação atrelando-os ao caso concreto. Apenas se ressalta que os devedores, muito embora possuam alto poder aquisitivo e, por corolário, condições para o cumprimento, teimosamente, esquivam-se de fazê-lo. Demais disso, no Agravo 70076961572/RS, ressalta-se que a medida baliza-se pelo critério da subsidiariedade e legalidade. Sendo que o primeiro – como abordado – enseja dissonância na doutrina¹⁷¹, mas, no caso, foi respeitado, haja vista a prévia tentativa de penhora para efeito de quitação da multa ambiental. Quanto a

¹⁷⁰ Cf. Young v. U. S. ex rel. Vuitton et Fils S.A., 481 U.S. 787 , 793 (1987); Michaelson v. United States ex rel. Chicago, St. P., M., & O. R. Co., 266 U.S. 42 (1924). V. tb., Hazard Jr., Geoffrey C. Taruffo, Michele. **American civil procedure – an introduction**. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 204; Verde, Giovanni. “Attualità del principio ‘nulla executio sine titulo’”. **Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 70.

¹⁷¹ TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). **Medidas executivas atípicas**, p. 27-57. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 28; Enunciado 12 do FPPC; ARENHART, **op. cit.**, p. 40-42

legalidade, como visto, a técnica executiva não pode, em si, revelar-se ato ao arrepio da lei, incorrendo em ilicitude.

Argumento notório, trazido pelos executados, é que suas viagens, amiúde, são motivadas por agendas e compromissos profissionais. De sorte que, a apreensão em análise, impactaria tanto no direito de ir e vir, como no exercício da profissão.

Tornando, agora, ao exame do HC 478.963 – RS/STJ, superada a questão processual acerca do cabimento, o Ministro Francisco Falcão principia a análise do mérito asseverando que o NCPC preocupou-se com a necessidade de que a tutela jurisdicional desemboca-se na satisfação do direito, superando uma atividade meramente declarativa e entregando, ao jurisdicionado, o direito material requerido. Pois não basta, ao credor de quantia pecuniária, um papel que apenas reconheça seu direito, é necessário entregar-se a pecúnia. O trecho da decisão, inequivocamente, parece refletir os reclamos doutrinários assentados por Sérgio Arenhart, que advoga no sentido de uma jurisdição que, de vero, implemente direitos, e que, para tal múnus, possua meios para efetivar suas decisões¹⁷².

O autor fia-se no pensamento de Couture, predicando-o como defensor de um processo civil democrático, para quem, a mera declaração do direito, sem a concreta efetivação é academia e não justiça, pugnando por um equilíbrio entre as garantias do caso e o resultado almejado, pois, somente assim, a jurisdição pode ser considerada realizadora de justiça¹⁷³.

Noutro ponto, o Ministro do STJ, pontua uma diferença a ser considerada. São díspares as situações em que: exauridos os meios executivos dispostos no Código, vê-se que o devedor é desprovido de patrimônio e, por outro lado, quando claramente há uma ocultação patrimonial, porquanto o comportamento social do indivíduo é dissonante da suposta ausência de bens. Isto é, revela, por meio de redes sociais ou vida pública, claros fatores de solvência. Tal argumentação, solarmente, dialoga com a perspectiva de Marcelo Abelha Rodrigues, quanto à concepção de devedor cafajeste, sendo aquele que, gozando de meios, deixa de cumprir a obrigação. Disso tudo se deduz que,

¹⁷² ARENHART, Sérgio. *op. cit.*, p. 16.

¹⁷³ COUTURE, Eduardo. "Las garantías constitucionales del proceso civil". **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1998, tomo I, p. 89.

quando se nota, realmente, inexistência patrimonial, a aplicação das medidas executivas atípicas seria inútil. Sendo pertinentes, porém, aos ocultadores de patrimônio ou, sendo disfêmico, ao cafajeste inadimplente¹⁷⁴.

Entendimento sufragado, inclusive, por outros Tribunais do país, como o TJ/PR, que, debruçando-se sobre matéria análoga, cunhou o termo “devedor profissional”, caracterizado por aquele que possui condições financeiras, mas consegue blindar seu patrimônio. E, incoerentemente, segue ostentando alto padrão de vida, em contraste com a alegada penúria financeira¹⁷⁵.

De todo modo, houve, previamente, o deferimento para bloqueio de valores em contas bancárias e aplicações financeiras, via Bacenjud. Inexitosas, porém, dado que foi encontrada a irrisória quantia de R\$ 24,36. Fato, minimamente, curioso, haja vista o padrão de vida ostentado pelos executados e as constantes idas e vindas ao exterior. Hialino indício de burlar as metodologias executórias clássicas.

Francisco Falcão não se furta a enfrentar à temática da subsidiariedade, vista como limite a ser observado, de modo que as técnicas atípicas entrariam em cena, tão somente, exauridas as típicas. Cita as orientações doutrinárias de ambos matizes, sendo Didier e Talamini pela subsidiariedade e Arenhart por dispensá-la. Frise-se citação, por parte do ministro, do texto *“Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o ‘é ruim mas eu gosto’?”*, deste último autor. Além disso, parece concordar com Arenhart, pois assenta que a subsidiariedade deve ser relativizada em alguns casos, porquanto, independente da fase processual, a parte assumira postura que flerte com a deslealdade ou desordem.

Em dado momento, na decisão, ainda atrelada à questão da subsidiariedade, alude-se à hipótese do devedor, desde logo, evidenciar comportamento que prenuncie ineficiente dos métodos típicos, deve-se, também já de início, valer-se de técnicas atípicas, pois – ao sobrepor o critério da subsidiariedade – estar-se-ia, inutilmente, dispendendo recursos públicos para a movimentação da máquina judiciário. Sem embargo de nem sequer citar o tema

¹⁷⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *op. cit.*, p. 57.

¹⁷⁵ TJPR, Agravo de Instrumento n. 1.616.016-8, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Themis de Almeida Furquim Cortes, j. 22.02.2017

da proporcionalidade pan-processual, é possível o estabelecimento de um paralelo.

Suponhamos que o critério da subsidiariedade seja tomado de modo absoluto. Restaria, portanto, aplicável a todas as demandas, invariavelmente. Inclusive àquelas que, de introyto, já se denote posturas de blindagem patrimonial. Isso, sem dúvida, importaria em gastos desnecessários e indevidos. Logo, pensando na máxima arenhartina que preconiza o questionamento se o esforço dispendido para um processo poderá ser aplicado, igualmente, ao conjuntos de todos os processos existentes, o critério da subsidiariedade resta aniquilado. Porquanto, esse aporte numerário aplicado de maneira inútil, certamente, impactará em ausência de meios para outras demandas, sempre tendo no horizonte a perspectiva da escassez¹⁷⁶.

No caso, o ministro ressalta a observância do contraditório prévio, afastado em hipóteses que possa frustrar os efeitos da medida, exatamente na mesma linha postulada por Arenhart¹⁷⁷. Bem como devida fundamentação, manifesto critério de controle e influência das partes na atividade jurisdicional. Sublinhe-se que o Ministro consignou no julgado que ambos requisitos foram, devidamente, atendidos.

Colaciona-se, uma vez mais, trechos do acórdão proferido, pelo TJ/RS, no Agravo de Instrumento, salientando a inadequação de conduta dos executados. Em primeiro, incorreram em revelia na fase de conhecimento, sendo necessário, para citá-los, recorrer à forma pessoal e, ainda assim, restaram inertes. Deixaram, além disso, de indicar bens à penhora, mesmo que o MP tenha acostado vasto material demonstrando patrimônio. Os desembargadores registraram, na decisão, o fato dos executados serem, constantemente,

¹⁷⁶ “If we lived in a Panglossian ‘best of all possible worlds’, our procedural system would enforce the substantive law costlessly and with perfect accuracy. But in our real world of scarcity and constraint, we have to settle for an imperfect system, on that creates its own costs at the same time as it reduces, though never eliminates, the risk of enforcement error. The challenge for procedural law is to find the right balance of benefit and cost, and to do so with less than perfect information about the likely effects. More extensive procedures can reduce the risk of error but also increase the cost of process and take resources away from other worthwhile social programs” (BONE, Robert G. **Civil procedure – the economics of civil procedure**. New York: Foundation Press, 2003, p. 2).

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p.423.

fotografados em variados locais do mundo, mostrando intenso trânsito internacional.

Quanto ao dano ambiental, que ensejou a ação civil pública, é permeado de gravidade, pois afrontoso a diversos diplomas legislativos¹⁷⁸. O *parquet*, em outras ações judiciais, já havia alertado para o potencial danoso, contudo, a inércia dos executados levou à concretização e potencialização dos prejuízos. Afora isso, houve, no caso, a implementação de uma gama de medidas, administrativas e judiciais, com vistas a coibir os prejuízos naturais por eles causados, entretantes, certa feita, inclusive, técnicos do meio ambiente foram impedidos de adentrar à propriedade.

Assim, assenta o ministro Francisco Falcão, ao longo de todo o processo, os demandados assumiram conduta evasiva e não cooperativa, agravada pela inércia na contenção dos danos ambiental. E, por outro vértice, anota o julgador, é evidente que disponham de capital, haja vista que, um deles, é o celebrado jogador de futebol “Ronaldo Gaúcho”.

No atinente à ponderação dos direitos colidentes, quais sejam, a tutela ambiental efetiva e o direito de ir e vir, o Ministro, apenas mencionando a proporcionalidade, categoriza que a tutela aos direitos ao meio ambiente sadio e ao processo efetivo e probado acabam por sombrear a restrição à parcela da liberdade dos indivíduos. Lembrando que, ao gozarem de patrimônio, ainda que ocultado, deixam de cumprir a obrigação por capricho. Exatamente, na esteira da máxima lembrada por Arenhart, de que “*o executado tem, no bolso, as chaves das prisão*”, isto é, ele tem condições de cumprir a obrigação e, por consequência não sofrer a medida atípica.

Francisco Falcão salienta que, no acórdão do agravo, houve robusta fundamentação que valorou os direitos em oposição. Cabe, portanto, deter-se ao exarado, neste ponto, pelo tribunal.

Mediante citação do próprio Humberto Ávila, em sua fundamentação, o desembargador Newton Luís Medeiros Fabrício, relator do Agravo de Instrumento no TJ/RS¹⁷⁹, assenta que os valores envolvidos na lide, e

¹⁷⁸ **Art. 225/CF:** “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*”

¹⁷⁹ TJ/RS - AI: 70076961572 RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Data de Julgamento: 31/10/2018, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/11/2018

visivelmente colidentes, são, num flanco, a reitera desídia no cumprimento de ordem judicial, a gravidade do dano ambiental e o desrespeito para com o Poder Judiciário, a impactar nos pilares do Estado Democrático de Direito. De outra banda, da parte dos executados, há a restrição à locomoção e trânsito internacional – diga-se – temporária, até que cumpridas as determinações judiciais. Para o desembargador, ainda, avulta importante o fato de que os indivíduos possuem meios tanto para evitar o dano causado, como para adimplir a multa incidente, portanto dotados de alto poder aquisitivo.

Quanto à argumentação de que a apreensão de documentos como CNH e passaporte há um sério debate se, verdadeiramente, representam restrição do direito de ir e vir. Os desembargadores Ricardo Moreira Lins Pasti, do TJ/RS, e Themis de Almeida Furquim Cortes, do TJ/PR, em votos sobre a matéria, convergem no sentido de não vislumbrarem ofensa ao direito de ir e vir (art. 5º, XV, da CF) em eventual confisco dos referidos documentos. Pois, segundo eles, o indivíduo continua livremente possibilitado de se locomover, podendo fazê-lo a pé, de carona, usando o transporte público, bicicleta alugada, patinete ou skate. Pois, levando o argumento à radicalidade, poder-se-ia afirmar que os não-habilitados estariam a sofrer análogo tolhimento. Nesta toada, junte-se o argumento que, o inadimplemento é motivado pela inexistência de condições financeiras para tanto, logo, não haveria nenhum prejuízo ao executado pela apreensão do passaporte e CNH, pois, se não pode quitar a dívida, igualmente, não possui recursos para viagens internacionais ou manutenção de veículos¹⁸⁰.

No julgado, lembra-se que a proporcionalidade é um postulado normativo, que diz respeito a um estado de coisas a ser promovido, dotado, assim, de perspectiva finalística. Deste modo, no caso, verifica-se que o fim almejado é um Judiciário respeitado e eficiente, como base do Estado democrático de Direito, a conservação meio ambiente equilibrado, como imperativo constitucional, e a tutela jurisdicional efetiva, capaz de implementar direitos, não apenas declará-los. Todavia, para se promover esse estado de coisas, haverá impacto na restrição do direito de ir e vir, consubstanciada no ato de apreender os

¹⁸⁰ TJRS, Habeas Corpus n. 70072211642, 8ª Câmara Cível, voto condutor do rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pasti, j. 23.03.2017; TJRS, Habeas Corpus n. 70072211642, 8ª Câmara Cível, Declaração de voto do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 23.03.2017; TJPR, Agravo de Instrumento n. 1.616.016-8, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Themis de Almeida Furquim Cortes, j. 22.02.2017

passaportes. No julgado, uma vez mais com supedâneo na doutrina de Ávila, os desembargadores ressaltaram que a medida amolda-se à proporcionalidade, porque as vantagens advindas da ação superam as desvantagens ocasionadas.

Como abordado no capítulo segundo, o Ministro Francisco Falcão, estabelece, claramente, a distinção entre sanção processual, voltada ao cumprimento do ato, e punitiva, por si sancionatória, como desposado pro Candido Dinamarco¹⁸¹. Pois registra, no voto, que *“quando o devedor se furta à execução, é pouco a imposição de multa, que fatalmente seguirá o mesmo destino do débito principal: o inadimplemento”*. Por outras palavras, no caso em tela, a espécie de sanção a ser imposta é, justamente, a processual – na qual estão abarcadas as medidas atípicas – pois o escopo é compelir ao fazimento da ação, objeto do processo. Assim, o aspecto puramente sancionatório, com vistas a impor multa pecuniária, é inócuo, pois potencializa fator já existente e indesejado, isto é, o inadimplemento - assenta o ministro.

5.3 UMA LEITURA DO CASO A PARTIR DOS POSTULADOS DE HUMBERTO ÁVILA.

Nos capítulos precedentes, foram apresentados – como marcos teóricos – precipuamente, dois autores que, na construção e aplicação das medidas atípicas, parecem oferecer balizas adequadas nas quais o julgador poderá se fiar, sendo eles: Humberto Ávila e Sérgio Cruz Arenhart. Cumpre, neste momento, a verificação da hipótese inicialmente posta, perfazendo um cotejo das premissas teóricas discorridas com caso concreto.

Humberto Ávila, ao abordar, de início, o postulado da igualdade, infere que este depende do critério medida objeto da diferenciação, de sorte que as pessoas são iguais ou díspares segundo tais critérios, os quais se prestam a uma finalidade. Nota-se, interessantemente, que um de seus exemplos alude à condição econômica¹⁸². Neste sentido, parece que os desembargadores do Tribunal, seguidos do Ministro Falcão, basearam-se nisso, pois consignaram, lautamente, tal aspecto em seus votos, frisando, várias vezes, que o executados eram pródigos em recursos financeiros, imbuídos, portanto, de

¹⁸¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 605.

¹⁸²ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 193.

meios para cumprir a obrigação. Exatamente prestando o devido significado ao postulado, em razão da diferenciação prestar-se a uma finalidade. Neste estado de coisas, caso o constrangido fosse desprovido de meios e parco em finanças, a restrição em sua locomoção seria desarrazoada, pois, também, inefetiva. O próprio STJ, nos julgados acima numerados e julgados com entendimentos diferentes, também estabeleceu outro critério. Considerou desarrazoada a imposição de medidas atípicas para o cumprimento baseado em título extrajudicial, contudo, no caso do ex-jogador, em razão do grave dano ambiental e desrespeito à justiça, optou por aplicá-las. Há, aqui, outro paradigma diferenciador.

Passando à análise do postulado da razoabilidade, faz-se mister recordar que ele pode ser entendido em três frentes, quais sejam, o relacionamento das normas gerais com as individualidades do caso concreto, indicando em quais hipóteses o caso individual, a partir das especificidades próprias, foge (ou não) ao enquadramento da norma geral; a vinculação das normas jurídicas com o suporte empírico, demonstrando-se coerência entre a medida adotada e o fim proposto e, por fim, a equivalência entre duas grandezas¹⁸³.

Quanto ao primeiro aspecto da razoabilidade, a exigir uma aferição da normalidade do caso frente à regra imposta, parece ser atendida no caso concreto, em virtude das particularidades envolvidas não ensejarem o afastamento da norma. Pelo contrário, as medidas atípicas prestam-se a uma melhor adequação dos meios executivos à realidade fática e, como visto, frente ao voluntarioso descumprimento, vieram, exatamente, ao encontro dessa finalidade. Em suma, as nuances do caso não ensejam o afastamento da norma. Quanto ao segundo aspecto, vislumbra-se a subsunção do suporte fático à norma jurídica, havendo, sim, coerência entre a medida adotada e o fim proposto. Ora, a imposição de multa restou insuficiente para a constrição, assim, fazia-se necessário, para se reafirmar os princípios violados (dignidade da justiça, meio ambiente, efetividade jurisdicional), outros expedientes robustos o suficiente para forçar o cumprimento da obrigação que, teimosamente, deixou de ser realizado.

¹⁸³ ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 194-202

Em ambas fundamentações, agravo de instrumento e habeas corpus, evidenciou-se, com hialina, a equivalência entre as grandezas envolvidas no caso, ressaltando-se, por vezes, que a restrição ao direito de ir e vir é excepcionalíssima, todavia, justificada concretamente, pois, igualmente, sensíveis os princípios ofuscados pelo inadimplemento. De modo que, ainda deveras gravosa, a restrição fora equivalente ao que se procurou reafirmar. Destarte, atendendo ao mandado de Ávila, há simetria da norma com as condições externas de sua aplicação, havendo equidade entre a medida adotada e o critério que a dimensionou, consubstanciados nas condições econômicas dos executados e o comportamento assumido ao longo do processo.

No atinente ao postulado da proporcionalidade, é preciso recordar que Ávila trabalha-a a partir de três exames, que, resumidamente, importam em analisar se as possibilidades da medida levam a realização da finalidade – por intermédio do exame da adequação; ademais, identificar qual delas é a menos restiva de direitos fundamentais dentre as outras – logo, necessária; e, por fim, a finalidade pública deve se mostrar valorosa, de modo que legitime a restrição (proporcionalidade em sentido estrito)¹⁸⁴.

Transportando tais premissas à situação em escrutínio, percebe-se, no âmbito da adequação, que a apreensão dos passaportes leva à realização da finalidade, qual seja, a abstenção da continuidade de danos e pagamento da multa sancionatória. Frisou-se, nos julgados, que, constantemente, o jogador e seu irmão realizavam viagens internacionais, somado a isso, a ausência de pagamento não era motivada por ausência de recursos, bem ao revés disso. Então, restando, outrossim, inertes mesmo frente a cominação de *astreintes*, a adequação é atendida, pois ambos se veriam tolhidos de seu trânsito internacional, e, já que gozavam de meios financeiros, buscariam restabelecer o direito restrito efetuando o pagamento. Isto é, o meio escolhido atende ao fim almejado.

Dito isso, passando ao crivo da necessidade, como decorrência da adequação, é preciso aferir se, dentre os meios disponíveis, o escolhido foi o menos gravoso, isto é, menos restritivo de direitos fundamentais. Novamente, salienta-se que o próprio Humberto Ávila afirma que este é um exame difícil, pois

¹⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 207.

se corre o risco de nenhum ato passar pelo exame da necessidade. De todo modo, em que pese a gravidade da restrição ao direito de se locomover, afigura-se como o menos restritivo, quando pensado em cotejo com a efetividade, isto é, forte suficiente a competir à obediência ao comando judicial. Sergio Arenhart corrobora neste sentido, perquirindo se, realmente, viajar para o exterior ou dirigir veículos são direitos fundamentais. Para ele, não o são. Exprime, ainda, que existem outras restrições que, de fato, impactam em direitos específicos, como o trabalho, por exemplo, hipóteses a serem averiguadas concretamente¹⁸⁵. Todavia, não parecem ser o caso em questão. E, mesmo que envolvessem impacto no trabalho, os irmãos poderiam, caso quisessem, desfazerem das amarras judiciais e recuperarem seus passaportes, cumprindo o dever obrigacional.

Por fim, no tocante à proporcionalidade em sentido estrito, realça-se que a finalidade pública deve se mostrar valorosa, legitimando a restrição do direito. Igualmente, o requisito é preenchido. Em primeiro, a conduta assumida pelos executados, no curso do processo, mostrou claro desrespeito à dignidade da justiça, porquanto das tentativas de evasão das notificações judiciais e, também, da indiferença às ordens impostas. Como dito, isso impacta, na linguagem de Arenhart, numa tutela jurisdicional que se pretenda efetiva, a qual reclama autoridade do Poder Judiciário através do poder de efetivação de seus mandos. Em outra vertente, encontra-se a continuidade em atitudes geradoras de prejuízos naturais, que, mesmo cominando multa, não cessaram. Isto posto, a proporcionalidade em sentido estrito é cabalmente atestada, pois são augustas as finalidades públicas, reafirmando a autoridade do Judiciário, e sua dignidade, bem como o atendimento ao mandamento constitucional de resguardo ao meio ambiente.

5.4 OS PILARES ORIENTADORES, FIXADOS POR SÉRGIO ARENHART, APLICADOS AO CASO.

Como se viu, ao nosso entender, a decisão do Habeas Corpus nº478.963 – RS/STJ, bem como do Agravo de Instrumento 70076961572/RS, parecem

¹⁸⁵ ARENHART, Sérgio. *op. cit.*, p. 35.

subsistir ao crivo de análise a partir das teorizações de Ávila. Resta, neste ponto, recuperar as pilastras diretivas construídas por Sérgio Arenhart, a fim de apurar se as razões de decidir dos acórdãos também atendem às suas premissas teóricas, estando, assim, legitimada a apreensão dos passaportes, no caso concreto, como medida executiva atípica. Rememora-se que, os critérios são: dever de máxima efetividade; respeito a outras garantias fundamentais, em especial atribuídas àquele que deve sujeitar-se a essa efetivação; o critério de proporcionalidade pan-processual e suas vertentes e, enfim, em havendo mais de um meio identicamente idôneo, o respeito à menor onerosidade possível ao executado¹⁸⁶.

Principiando pela máxima efetividade, como visto, a execução atende ao princípio do exequente a exigir o caminho mais efetivo para a satisfação do crédito. Saliencia o autor, que tal exame deve ser feito casuisticamente, sem pretensões de abstração. Assim, como dito, o princípio da menor onerosidade deve ser sombreado se, para sua aplicação, deva-se escolher um meio menos idôneo, secundarizando-se a efetividade. Logo, entre o meio menos oneroso e o mais eficiente deve-se optar pelo segundo. Em que pese, o predomínio majoritário, na doutrina e jurisprudência, da obediência à subsidiariedade e menor onerosidade ao devedor, o acórdão exarado parece realizar considerável abertura à concepção de Arenhart quanto à busca de maior efetividade. Ressaltando, claramente, que as medidas típicas devem ser, desde logo, relativizadas, caso o comportamento do executado demonstre que serão inefetivas¹⁸⁷. Indubitavelmente, isso sinaliza um acolhimento, por parte da jurisprudência, das teorizações de Arenhart, aspecto que se liga, como já abordado, à proporcionalidade pan-processual.

Jungida à questão da maior efetividade, Arenhart aventa a possibilidade do choque entre princípios igualmente aplicáveis ao caso, sendo que, frente a tal verificação, a solução seria o auxílio da ponderação, possibilitando, assim, ao nosso ver, diálogo com a teoria de Humberto Ávila. De maneira a haver o respeito a outras garantias fundamentais, mormente atribuídas ao sujeito da medida. No caso, viu-se a colisão entre o ir e vir dos indivíduos e proteção à

¹⁸⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁷ STJ – HABEAS CORPUS Nº 478.963 – RS (2018/0302499-2) – Relator Min. Francisco Falcão, Data de Julgamento: 10/12/2018 – Data de Publicação: DJe 12/12/2018, p. 11.

dignidade da justiça e meio ambiente. Contudo, no tópico antecedente, mostrou-se que a decisão recorreu ao postulados da razoabilidade e proporcionalidade de modo acertado.

Este aspecto amarra-se à referência que Arenhart faz a Couture, pois a efetivação de direitos não pode se caracterizar por uma sanha desmedida que leve ao aniquilamento dos direitos fundamentais do obrigado. De modo que a questão não se pacifica, tão somente, imbuindo o juiz de ilimitados poderes que levam a atitudes abusivas e despóticas. Ao contrário, um Estado Constitucional exige o respeito às liberdades e ao mínimo existencial, como lembra Fachin¹⁸⁸. Logo, o ponto de toque está no contrabalanceamento entre liberdade e autoridade, preservando-se os interesses sociais sem descuidar dos individuais, salienta Couture¹⁸⁹.

Arenhart, neste sentido, frisa que o juiz não está dotado de total liberdade, optando por escolher o método executivo que melhor lhe aprouver. Ao revés, deve contrabalancear a maior efetividade com as garantias do requerido que, potencialmente, poderão sofrer restrição. Fator que exigirá a devida justificação da decisão, comportando os fatores da ponderação havida, pois, apenas assim, a atividade jurisdicional será dotada de legitimidade. Nota-se que ambos acórdãos, Agravo e Habeas Corpus, enquadram-se neste suporte, pois explicitaram, argumentativamente, os motivos do prevailecimento de uma garantia em face da restrição de outra¹⁹⁰.

No bojo disso, tangenciando à proporcionalidade pan-processual, também já analisada, Arenhart postula a necessidade de se considerar o esforço empreendido pelo Poder Judiciário no processo em voga diante de todos os demais processos existente que demandam atenção do órgão jurisdicional. Pois

¹⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

¹⁸⁹ COUTURE, Eduardo. "Las garantías constitucionales del proceso civil". **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1998, tomo I, p. 89.

¹⁹⁰ O juiz, assim, não tem uma liberdade para eleger o mecanismo de atuação que mais lhe aprouver. Está ele vinculado à observância das garantias mencionadas, devendo sempre escolher o instrumento que gere a maior efetividade para a sua decisão, sempre que possível com o menor sacrifício possível para eventuais garantias do requerido. Logicamente, essa ponderação há de passar por uma adequada justificação da decisão judicial, de modo a se ter expressa ponderação dos valores constitucionais envolvidos, o que permitirá o controle da legitimidade da atuação jurisdicional. ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 242

bem, como salientado, o Ministro deixou claro que nada adianta persistir em medidas típicas se, de imediato, notar-se que serão insuficientes. Pois isto representaria desperdício de valores públicos. De outra banda, a apreensão dos passaportes, no caso concreto, não parece demandar muito esforço do poder judiciário, tampouco excessivamente dispendiosa. Porquanto determinou-se que os executados entregassem à Polícia Federal seus documentos. Ademais, que os órgãos responsáveis obstassem a saída do país. Tais métodos, não importam demasiado impacto a representar prejuízos aos demais processos, quer de tempo, quer de recursos financeiros. Assim, a medida importa passa, sem restrições, por esta filtragem.

Por fim, atendo-se ao último critério apresentado por Arenhart, a preconizar a escolha, dentre meios analogamente idôneos, daquele que represente a menor onerosidade possível ao executado, a análise resta um pouco prejudicada. Pois, as medidas atípicas que, costumeiramente, vêm sendo aplicadas, como impedimento à licitação, cancelamento de cartões de crédito, suspensão de benesses fiscais ou serviços de telefonia e televisão a cabo, apreensão CNH, etc., num primeiro momento, afiguram-se como incapazes de compelir os executados ao cumprimento da obrigação. De modo que, facilmente, conseguiriam burlar a restrição, fazendo uso de tais direitos de forma subreptícia. Assim, a apreensão dos passaportes mostra-se, no caso, o meio mais idôneo, capaz de forçar o cumprimento. Restando descabida qualquer averiguação de meio menos oneroso, haja vista que, também, astreintes não geraram efeito. Disso, é possível estabelecer ligação com o postulado da necessidade, quando Ávila assenta que se trata de uma análise difícil. Aqui, igualmente, revela-se espinhosa a tarefa de sopesar qual meio será o mais ou identicamente idôneo. De toda maneira, acredita-se que esse critério de Arenhart, outrossim como todos os demais, fora atendido no caso em concreto.

5.5 QUESTÕES PERTINENTES.

Rocha, Silva e Sousa, em texto que se põe a discutir as medidas atípicas, advertem que algumas viagens nacionais possuem custo mais vultoso do que internacionais, assim, em raciocínio análogo, seria legítimo que o magistrado restringisse o requerido de frequentar alguns lugares dentro do próprio país,

obstando-o de dispender recursos que, abstratamente, poderiam servir para prover o débito judicial¹⁹¹. Como exemplo, poderíamos pensar a abstenção de transitar em clubes, resorts, cruzeiros e outros. Todavia, em que pese haver um paralelo entre as medidas, a alta complexidade para controlar tal frequência parece prejudicar medidas deste jaez. Esbarrar-se-ia, ao nosso ver, na proporcionalidade pan-processual, dado o excesso de empenho a ser empregado para a restrição.

No mesmo artigo, abordam a possibilidade de apreensão do cartão de crédito do executado. Neste sentido, estabelecem um divisionamento. É bem sabido que há pessoas, com limites estratosféricos, e se utilizam do cartão para alimentarem seus luxos e ostentações, casos em que a apreensão seria plenamente razoável e proporcional. Ao contrário, há indivíduos, lembram os autores, partícipes das classes média e média-baixa do país, que utilizam seus cartões para o pagamento de despesas vezeiras, como supermercado, farmácia e vestuário básico. Logo, impondo-se, a este grupo, tal restrição creditícia, o ônus suportado será desarrazoado. Incidindo naquela situação, alhures apresentada, de esterilidade quanto a efeitos úteis para a execução. Ocasionando mais inadimplência do que resolução da problemática.

Sobre a questão, Gajardoni desposa entendimento oposto, argumentando que impedir o devedor de usar o cartão de crédito em nada fere sua dignidade. É, apenas, uma forma de incomodá-lo cotidianamente e impedi-lo de contrair novas dívidas. Pois seria um grande paradoxo o devedor possuir dispêndios para pagar suas faturas, sem, contudo, gozar de meios para cumprir a obrigação executada¹⁹².

Além disso, Gajardoni aventa outras possibilidades de aplicação das medidas atípicas, inclusive, para temáticas atreladas à justiça especializada, como a trabalhista. Ilustra as seguintes hipóteses: suspensão do direito de conduzir veículos, caso não efetuado o pagamento de dívida oriunda de multas

¹⁹¹ ROCHA, Jorge Bheron; SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de. Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>>. Acesso em: 22/07/2019

¹⁹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia certa. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>>. Acesso em: 22/07/2019.

de trânsito, desde que superada a penhora e, ainda, frente ao não pagamento de verbas salariais aos funcionários, que a empresa seja proibida de contratar novos trabalhadores até liquidar a dívida preexistente. Ademais, aponta para medidas mais corriqueiras como óbice à obtenção de novos financiamentos até o pagamento de empréstimo prévio e não adimplido ou, ainda, vedação ao ingresso em processo licitatório, em caso de dívidas tributárias.

6 CONCLUSÃO

Findado este percurso teórico-analítico acerca do objeto que se pretendeu explorar, qual seja, as medidas executivas atípicas, é preciso rememorar as inquições que ensejaram o estudo, cujas respostas procurou-se sedimentar no decurso das teorizações. Em primeiro, perquiriu-se sobre a subsistência do artigo 139, inciso IV, do CPC, dentro da ordem constitucional vigente. Isto é, estaria ele eivado de inconstitucionalidade? Em seguida, a questão a ser enfrentada era quais os limites e balizas a serem observados pelo judiciário na construção e implementação das medidas. Assim, impõe-se: existem delimitadores? Se afirmativo, quais seriam eles? O passo subsequente, então, seria investigar a conformidade das teorias – tanto de Humberto Ávila, como de Sérgio Arenhart – como oferecedoras de parâmetros a orientar a concretização da atipicidade executória, considerada a discricionariedade ofertada pelo legislador.

Resta, pois, neste momento, por oportuno, à guisa de conclusão, anotar algumas premissas conclusivas que o presente trabalho evidencia.

Principiando pela constitucionalidade, a despeito de serem consideráveis os argumentos contrários – mormente os aventados na ADI 5.941 – foram expostas sólidas premissas a sustentar a harmonia do referido dispositivo legal com a Constituição da República. Como assentado, os apoletas da inconstitucionalidade, fiam-se, tão somente, na defesa dos direitos ligados ao devedor. Desconsiderando, desta feita, as garantias, igualmente reconhecidas, ao credor-exequente. Pois a inafastabilidade da jurisdição, conferida ao demandante, não se cinge, apequenadamente, à possibilidade de propositura da demanda judicial. Reclama, outrossim, a satisfação do direito em disputa, faceta mais clarividente de um processo judicial efetivo. Destarte, além de atender aos princípios da inafastabilidade e da efetividade, homenageia, reflexamente, a razoabilidade do processo, pois, ao implementar medidas, é possível celerizar a demanda, atendendo tal imperativo constitucional. Logo, amolda-se com a Lei Maior.

Superada essa primeira indagação, concluiu-se que a aplicação das medidas carece de algumas balizas para não incorrer em ofensa aos direitos fundamentais do executado. Logo, ao nosso ver, a atipicidade deve estribar-se

em alguns nortes orientadores, a evitar arbitrariedades. Objetivando tal preenchimento, a pesquisa pugnou pela adequação das teses postas por Sérgio Arenhart e Humberto Ávila como oferecedoras de padrões para direcionar construção e aplicação das medidas por parte do Poder Judiciário. Cumpre, agora, inscrever a viabilidade das premissas teóricas desposadas.

Iniciando-se pelas teses assentadas por Sérgio Arenhart, recorda-se que, mesmo dissonante da corrente majoritária da doutrina, em sua visão, a subsidiariedade das medidas atípicas deve ser eclipsada em face da efetividade. A despeito existência do modelo já pré-definido pelo legislador, consoante pontuado por Talamini, por exemplo, parece, como se viu, que a jurisprudência tem dado sinais de acolhimento da postulação de Arenhart. Pois, como salientado pelo Ministro Falcão, é um desperdício de tempo e recursos perpassar todo o procedimento típico, compulsoriamente imposto antes das medidas atípicas, quando, desde logo, note-se que seja infrutífero.

Isto posto, Arenhart apresenta quatro critérios orientadores básicos e inovadores, quais sejam: o dever de máxima efetividade; o respeito a outras garantias fundamentais, em especial atribuídas àquele que deve sujeitar-se a essa efetivação; o critério de proporcionalidade pan-processual e suas vertentes; em havendo mais de um meio identicamente idôneo, o respeito à menor onerosidade possível ao executado. Como se discorreu, estes vetores mostraram-se ajustados condutores à atividade judicial na construção das medidas.

Primeiro, a máxima efetividade - que toca o princípio da menor onerosidade - envolve apontar o meio "*mais eficaz*" e "*menos oneroso*". Pois, a opção não deve privilegiar, somente, a menor onerosidade, secundarizando-se a efetividade. Quanto ao respeito às garantias fundamentais, viu-se, nesse ponto, possibilidade de diálogo com as fundamentações de Humberto Ávila, por envolver ponderação entre os princípios conferido a cada uma das partes. O critério de proporcionalidade pan-processual, embora ainda pouco considerado na realidade concreta, oferta um prisma de análise que se impõe como indispensável à realidade brasileira, auxiliando no estabelecimento de igualdade no atendimento jurisdicional. E, por fim, o imperativo de privilegiar a menor onerosidade, quando os meios forem identicamente idôneos, auxilia no sentido de evitar imposição de sofrimento desarrazoado e desnecessário ao executado.

Conclui-se que tais pilastras, ao lado de considerações outras de Arenhart acerca do poder geral de efetivação, prestam-se a delinear-las, emoldurando-as ao parâmetro constitucional.

Alhures, neste trabalho, assentou-se que, na perspectiva de Arenhart, deve haver o respeito às garantias do executado, contudo, isso não significa prevalência contínua, sendo que, para dirimir eventuais colisões de direitos das partes em litígio, deve-se recorrer à ponderação, mormente, ao critério da proporcionalidade. Aspecto que abre margem ao diálogo com as teorias de Ávila.

Desta maneira, sustentou-se pelo robusto auxílio que o recorrimento aos postulados de Humberto Ávila pode oferecer à construção das medidas executivas atípicas. Principiando pelo postulado da igualdade, lembra-se da máxima *“fins diversos levam à utilização de critérios distintos”*. Assim, a diferenciação só se legitima em função de determinado escopo. Desta feita, no que nos interessa, é possível que uma medida idêntica seja legítima aplicada a dado indivíduo e ilegítima quanto a outrem. Justamente porque sua aplicabilidade depende de um critério diferenciador, que pode ser distinto segundo o fim a ser alcançado, que pode variar de caso a caso.

Quanto ao pressuposto da razoabilidade, recorde-se que é bifronte, importando estabelecer o relacionamento das normas gerais com as individualidades do caso concreto, mostrando-se, quando necessário, as hipóteses que o caso individual, a partir das especificidades próprias, foge ao enquadramento da norma geral. Ademais, exige a demonstração de coerência entre a medida adotada e o fim proposto. Evidentemente, são solares as perspectivas práticas oferecidas por tais parâmetros. Haja vista que existem casos em que o adimplemento não pode ensejar a aplicação de dada medida atípica. Isto é, ainda que a apreensão de CNH tenha se consolidado como idônea, ela deixa de ser razoável quando aplicada ao indivíduo que se sustenta exercendo a profissão de motorista, pois suas particularidades fazem com que fuja à generalidade. Por outro lado, a coerência entre a medida adotada e sua finalidade insere-se, propriamente, no âmbito de que a medida deve forçar o adimplemento e, não como se pode pensar, conferir sofrimento ao executado, reportando ao período romano clássico.

Por fim, sublinhou-se que o postulado da proporcionalidade – nas suas facetas adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – exige,

sinteticamente, algumas verificações. Em primeiro, se o meio cominado é acertado para atingir o fim ao qual se propõe. Em seguida, se, dentre os meios aptos de se atingir o mesmo fim, o escolhido é o menos gravoso aos direitos fundamentais. Em último, o contrabalanceamento entre a importância de realização do fim proposto com a intensidade de restrição dos direitos fundamentais. Sendo assim, degraus de análise postos a iluminar o julgador quando da determinação das medidas.

Desta maneira, como se apresentou na gênese desta empreitada, um dos objetivos era discorrer acerca da necessidade de limítrofes à faculdade dada pelo artigo 139, IV, de maneira a desviá-lo das veredas da inconstitucionalidade. Assim, os direcionamentos apontados pelos marcos teóricos assumidos nesta pesquisa parecem atender ao propósito pretendido. Cifrando-se como protótipos a embasar a atividade judicial. Pois, como já dito, o dispositivo legal não deve ser restringido a um rol de medidas a ser aplicado recorrentemente. Ao revés, as metodologias de execução devem ser construídas caso a caso, segundo as especificidades, pois, só assim, mostrar-se-ão efetivas. Reclama criatividade, a ser balizada pelos critérios apresentados.

No capítulo quarto e último capítulo, à laia de experimentação, procurou-se analisar uma decisão judicial a partir dos parâmetros dispostos. Ao nosso ver, foram atendidos, realçando-se que os direitos do executado não foram suplantados, apenas parcialmente encobertos em homenagem à efetividade. E, diga-se, em situações bastante específicas, apenas quando notório comportamento de se furtar à obrigação, ainda que possível fazê-lo. Logo, na prática, as medidas atípicas prestam-se a desestimular comportamentos desleais e evasivos do devedor solvente, ou seja, o “devedor profissional”, para o qual, a clássica sistemática penhora e expropriação é inócua e estéril.

Destarte, as pilastras discorridas – postas por Arenhart e Ávila – oferecem soluções às problemáticas – urgidas da prática – que advém da aplicabilidade das medidas atípicas. Assim, com tais margens, é possível sincronizar esse instrumento executivo com a feição constitucional do processo civil, compatibilizando a efetividade processual – concretizadora de direitos – sem que isso represente desacatamento às garantias fundamentais – também de status constitucional – do devedor.

Em suma, com tais diretrizes teóricas, é possível harmonizar as medidas atípicas com a ordem constitucional, sem que, para isso, se esvazie o poderio desta ineditude trazida pelo CPC/15, obtendo-se a ambicionada efetividade não ao custo de arbitrariedades e desmandos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. DOS PODERES, DOS DEVERES E DA RESPONSABILIDADE DO JUIZ. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alli*. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. São Paulo: ed. Forense, 6.ed., 1987.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 17ª ed. São Paulo: RT, 2017, capítulo 7, n. 7.8.3.1.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e Execução da Sentença** – sob a ótica do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **“Ainda a (im)penhorabilidade de altos salários e imóveis de elevado valor – ponderações sobre a crítica de José Maria Tesheiner”**. In http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/150876/Ainda_a_im_penhorabilidade_de_altos_salarios_e_imoveis_de_elevado_valor_-_ponderacoes_sobre_a_critica_de_Jose_Maria_Tesheiner, acessado em 09/03/18.

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 OABPR V. 3, n.1 (maio. 2018), p. 15-57. Curitiba: OABPR, 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** – Livro V. In: Morris, Clarence (org). Os grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ARMENTA DEU, Teresa. **Ejecución y medidas conminativas personales: un estudio comparado**. RDUCN, Coquimbo, v. 22, n. 2, p. 23-54, 2015.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi,

Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 11.08.2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998.

BONE, Robert G. **Civil procedure – the economics of civil procedure**. New York: Foundation Press, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n.6, fev. 2007.

CAPONI, Remo. “O princípio da proporcionalidade na justiça civil”. **Revista de Processo**. n. 192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: RT, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. 2a ed., São Paulo: RT, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. “**Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232/2005**”. In: RENAULT, Sergio e BOTTINI, Pierpaollo Cruz. (coord.). *A Nova Execução de Títulos Judiciais – Comentários à Lei 11.232/05*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Edijur, 2015.

CARRIGAN, Jim R. “**Inherent Powers and Finance**”. *Trial magazine* 7. N. 6, 1971.

CARVALHO, Fabiano Aita. **Execução da multa (astreintes) prevista no art. 461 do CPC**. *Revista de Processo*, vol. 114/2004, p. 03, Mar - Abr/2004.

CEZAROTI, Guilherme. **ICMS no comércio eletrônico**. São Paulo: MP Editora, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

COUTURE, Eduardo. “Las garantías constitucionales del proceso civil”. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1998, tomo I.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil – Vol. IX**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DOBBYN, John. **Injunctions in a nutshell**. Minnesota: West, 1974.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FIIS, Owen; RENDLEMAN, Doug. **INJUNCTIONS 832**. 2a ed, Foundation Press, 1984.

GABARDO, Carlo Vittorio. “**Disobeying Courts’ Orders—A Comparative Analysis of the Civil Contempt of Court Doctrine and of the Image of the Common Law Judge**”, 10 J. Civ. L. Stud.” (2018). Disponível em: <<https://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol10/iss1/5>>. Acesso em: 23.07.2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia certa. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>>. Acesso em: 22/07/2019.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção ao credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

GUIMARÃES, Affonso Paulo. **Noções de Direito Romano**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

ISAIA, Cristiano Becker; LAMBLÉM, Gláucia Aparecida da Silva Faria; CARVALHO, Márcia Haydée Porto. **Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV**. Curitiba: CONPEDI/UNICURITIBA, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 2a ed., São Paulo: Saraiva, 1963.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: obrigações**. 3ª. Ed. S. Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Rogério Leite. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e o direito tributário**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 241-255, jan/mar de 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Universidad Iberoamericana, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle do poder executivo do juiz. Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil Volume 1 – Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. Novo CPC doutrina selecionada, v. 5: Execução. Coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2016.

MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015**. Revista de Processo, vol. 247/2015.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo, vol. 247/2015**.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 de julho de 2019.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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. Mar/2017. DTR\2017\417.

NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/sensoincomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 11.07.2019.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. **A evolução da tutela executiva da obrigação de pagar quantia certa: do CPC 1973 ao 2015**. In: PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Execução**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. 766 p. (Coleção novo CPC doutrina selecionada; v. 5).

ROCHA, Jorge Bheron; SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de. **Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>>. Acesso em: 22/07/2019.

ROCHA, Jorge Bheron; SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de. **Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>>. Acesso em: 30.10.2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: LTr, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil**. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>>. Acesso em: 12.07.2019.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tomo III. Buenos Aires: EJE, 1955.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição**. Revista da Ajuris 66, 1996.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Buenos Aires: EJE, 1954.

SHIMURA, Sérgio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novas perspectivas da execução civil – cumprimento da sentença**. São Paulo: Método, 2005.

SHIMURA, Sérgio; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção – coords. – **Execução no processo civil: novidades & tendências**. São Paulo: Método, 2005.

SILVA, Bruno Freire. **O novo CPC e o processo do trabalho I: parte geral**. São Paulo: LTr, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2003. Disponível em acesso em 03 out. 2014.

STRECK, Lênio; NUNES, Dierle; RAMOS NETO, Newton Pereira; FREIRE, Alexandre. Comentários ao art. 139. In: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha; Alexandre Freire. (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TALAMINI, Eduardo. **Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso whatsapp**. Revista Brasileira da Advocacia, vol. 0/2016, Jan - Mar / 2016.

TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas executivas atípicas e a execução por quantia certa**. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 121, março de 2017, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 25/10/2018.

TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). **Medidas executivas atípicas**, p. 27-57. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 28; Enunciado 12 do FPPC; ARENHART, *op. cit.*

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva; 2002.

THAMAY. Rennan Faria Kruger. Uma primeira análise constitucional sobre os princípios no novo CPC. In: **Coleção novo CPC doutrina selecionada**. Parte Geral. Vol. 01. 2ed. (Coord). Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm. 2016.

WALDRAFF, Célio Horst. **Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973**. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94739/2016_waldruff_celio_poderes_mandamentais.p df?sequence=1>. Acesso em: 09.07.2019.

WAMBIER, Luiz. **Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas>. Acesso em 11/07/2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Tutela Antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer** – arts 273 e 461 do CPC. P. 20. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução: parte geral.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman; 42).

Jurisprudência

STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000. STJ – HABEAS CORPUS Nº 478.963 – RS (2018/0302499-2) – Relator Min. Francisco Falcão, Data de Julgamento: 10/12/2018 – Data de Publicação: DJe 12/12/2018.

STJ – HABEAS CORPUS Nº 478.963 – RS (2018/0302499-2) – Relator Min. Francisco Falcão, Data de Julgamento: 10/12/2018 – Data de Publicação: DJe 12/12/2018.

STJ - RHC 97876 / SP 2018/0104023-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140), Data do Julgamento: 05/06/2018, Data da Publicação: 09/08/2018, T4 - QUARTA TURMA

TJ /SP, Agravo de instrumento n. 2017511-84.2017.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado. Rel. Adilson de Araújo, j. 11.04.2017

TJ/RS - AI: 70076961572 RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Data de Julgamento: 31/10/2018, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/11/2018

TJ/RS - AI: 70076961572 RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Data de Julgamento: 31/10/2018, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/11/2018

TJPR, Agravo de Instrumento n. 1.616.016-8, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Themis de Almeida Furquim Cortes, j. 22.02.2017

TJRS, Habeas Corpus n. 70072211642, 8ª Câmara Cível, voto condutor do rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pasti, j. 23.03.2017; TJRS, Habeas Corpus n. 70072211642, 8ª Câmara Cível, Declaração de voto do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 23.03.2017; TJPR, Agravo de Instrumento n. 1.616.016-8, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Themis de Almeida Furquim Cortes, j. 22.02.2017.

Precedentes

Reino Unido. **Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.** [1973] 3 All ER 54, 71. For similar considerations, *Mid Bedfordshire District Council v. Brown (Thomas)*, [2004] EWCA Civ. 1709 [2005] 1 W.L.R. 1460. Canadá. O'Leary J.

Canada Metal Co. Ltd vs. Canadian Broadcasting Corporation, [1975] 48 D.L.R. 3d 649, 669. Nesse mesmo sentido: *Sherry v. Gunning*, supra note 30: "The orders of the court must be complied with. The alternative is anarchy in which the strong will triumph over the weak."

V. *Thomas v. Arn*, 474 U.S. 140, 146 (1985).

Outras fontes

ADIn n. 5.942

PGR, **Parecer nº 449/2018 exarado na ADIN 5.941.**

Informativo 532/STJ, 1.ª Seção, REsp 1.069.810-RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.10.2013.