

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU*

LEONARDO BARROSO COUTINHO

**MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS: TÉCNICAS DE APLICAÇÃO E
LIMITES DE SUA UTILIZAÇÃO NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS**

Brasília-DF

2020

LEONARDO BARROSO COUTINHO

**MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS: TÉCNICAS DE APLICAÇÃO E
LIMITES DE SUA UTILIZAÇÃO NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do Instituto de Direito Público, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob orientação do professor Dr. Luiz Wambier.

Brasília-DF

2020

LEONARDO BARROSO COUTINHO

**MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS: TÉCNICAS DE APLICAÇÃO E
LIMITES DE SUA UTILIZAÇÃO NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do Instituto de Direito Público, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob orientação do professor Dr. Luiz Wambier.

Aprovada em 23/11/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Wambier
Instituto de Direito Público

Prof. Dr. Osmar Paixão
Instituto de Direito Público

Prof. Dr. André Macedo
Universidade de Brasília

Este trabalho é dedicado à minha família, em especial, à minha esposa Liana, aos meus filhos Lucas, Lara e Leonardo e aos meus pais, Eugênio e Cida, cuja compreensão e estímulo me permitiram chegar a este momento.

RESUMO

O CPC/2015 previu, no inciso *IV* do art. 139, a possibilidade de o juiz determinar medidas executivas atípicas, de caráter indutivo, coercitivo, mandamental ou sub-rogatória, expedidas com o desiderato de assegurar o cumprimento de ordem judicial. Assim, o tema do presente trabalho é a análise do poder geral de coerção previsto no inciso *IV* do art. 139 do CPC manuseado em sede execuções pecuniárias, oferecendo os contornos do caminho argumentativo que deve ser seguido pelos magistrados no seu manuseio, tendo em vista que a utilização desse poder resultará em colisão entre o direito fundamental do exequente à satisfação de seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva e vários direitos fundamentais do executado (a depender da medida executiva atípica configurada para determinada execução). No que se refere à metodologia seguida para construção do presente trabalho, realizou-se pesquisa bibliográfica, adotando-se o método dedutivo-indutivo.

Palavras-chave: Medidas executivas atípicas nas execuções pecuniárias. Critérios e limites para aplicação do inc. *IV* do art. 139 do CPC/2015.

ABSTRACT

CPC/2015 provided, in item IV of art. 139, the possibility for the judge to determine atypical executive measures, of an inductive, coercive, mandatory or subrogatory nature, issued with the aim of ensuring compliance with a court order. Thus, the theme of the present work is the analysis of the general power of coercion provided for in item IV of art. 139 of the CPC handled in the form of pecuniary executions, offering the contours of the argumentative path that must be followed by the magistrates in their handling, considering that the use of this power will result in a collision between the fundamental right of the person responsible for the satisfaction of his right to tutelage effective jurisdiction and several fundamental rights of the executed (depending on the atypical executive measure configured for a certain execution). With regard to the methodology followed for the construction of the present work, a bibliographic research was carried out, adopting the deductive-inductive method

Keys-words: Atypical executive measures in pecuniary foreclosures. Criteria and limits for applying the inc. IV of art. 139 of CPC / 2015

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. A MITIGAÇÃO DO DOGMA DA TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	9
1.1 A gênese do princípio da tipicidade dos meios executórios como decorrência do Estado liberal.....	9
1.2 Posições do Código de Processo Civil de 1939 e 1973 e o período de reformas processuais.....	10
1.2.1 Código de Processo Civil de 1939.....	11
1.2.2 Código de Processo Civil de 1973.....	12
1.2.3 A Lei de Ação Civil Pública (art. 11 da Lei n. 7.347/1985) e o Código do Consumidor (art. 84 da Lei n. 8.078/1990)	13
1.2.4 As Leis 8.952/1994, 8.953/1994 e 10.444/2002 – nova redação dos artigos 273, 460 e 461-A do CPC.....	14
1.2.5 A reforma da execução no Código de Processo Civil de 1973: Leis 11.232/2005 e 11.382/2005.....	15
1.2.6 Síntese da evolução legislativa da tipicidade dos meios executórios até a edição do CPC/2015.....	16
2. A ATIPICIDADE DECORRENTE DA CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA PREVISTA PELO CPC/2015.....	18
2.1 Da vedação ao <i>non factibile</i>	18
2.2 Completude do sistema executivo, atipicidade executiva e a efetivação ao direito de acesso à justiça.....	19
2.3 Considerações sobre as cláusulas gerais como importante técnica legislativa.....	21
2.4 O inc. IV do art. 139 do CPC/2015 como cláusula geral processual executiva.....	23
2.5 Características do poder geral de coerção.....	25
2.5.1 Instrumentalidade.....	25
2.5.2 Universalidade.....	26
2.5.3 Subsidiariedade.....	27
2.5.4 Variabilidade.....	27
2.5.5 Cumulatividade.....	28
2.6 Limites ao poder geral de coerção.....	28
2.6.1 Limites objetivos.....	29
2.6.2 Limites subjetivos.....	31
2.6.3 Limites temporais.....	33
2.6.4 Limites procedimentais.....	34

3. PROPOSTA PARA O MANEJO RACIONAL DO PODER GERAL DE COERÇÃO EM SEDE DE EXECUÇÃO DE PAGAR QUANTIA.....	41
3.1 Natureza dos direitos garantidos às partes no processo civil.....	41
3.2 Direitos fundamentais e execução.....	43
3.3 Possíveis colisões de direitos do credor e do devedor no processo executivo...45	
3.4 O art. 8º do Novo Código de Processo Civil – expressa imposição da observância da proporcionalidade.....	46
3.5 Observância do postulado da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso na aplicação do inc. IV do CPC/2015.....	48
3.5.1 Esclarecimentos iniciais.....	49
3.5.2 Exames inerentes à proporcionalidade.....	51
3.5.2.1 O postulado da proporcionalidade pela máxima parcial da adequação.....	51
3.5.2.2 O postulado da proporcionalidade pela máxima parcial da necessidade.....	53
3.5.2.3 O postulado da proporcionalidade pela máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito.....	54
3.5.3 Dos postulados da proibição do excesso e da razoabilidade.....	55
3.6 Síntese das posições doutrinárias e do Superior Tribunal de Justiça acerca dos critérios para aplicação de medidas executivas atípicas em sede de execuções pecuniárias.....	57
3.7 O papel da fundamentação no controle das medidas executivas atípica.....	59
4. ESPÉCIES DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS EM EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS.....	60
4.1 Medidas executivas atípicas limitadoras da liberdade – prisão civil.....	60
4.2 Medidas executivas atípicas limitadoras da livre circulação.....	61
4.3 Medidas executivas pecuniárias atípicas.....	64
4.4 Medidas executivas atípicas restritivas de direitos.....	66
4.5 Medidas executivas atípicas referentes à informação.....	69
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	73

INTRODUÇÃO

Desde o surgimento do Poder Judiciário, concebido como um dos Poderes que compõem a estrutura política de um Estado, e ao longo de todo seu processo evolutivo, um dos principais problemas que desafiam seu potencial para satisfazer seus escopos social, jurídico e político é a missão de ministrar uma solução jurisdicional célere e realmente efetiva. Aliás, o filósofo Francis Bacon (KOEHLER, 2013, p.21) já afirmava no século XVI que “[...] se a injustiça das sentenças as torna amargas, as delongas as fazem azedas”.

E a Constituição Federal de 1988, atenta à evolução quanto ao conceito de acesso à justiça, por meio dos incisos XXXV e LXXVIII, conferiu status de direito fundamental ao direito à tutela judicial efetiva e à duração razoável do processo. Já o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 4º, visando a concretizar tais direitos fundamentais, dispôs que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Nesse contexto, o CPC/2015, no afã de concretizar tais direitos processuais, previu, no inciso IV do art. 139, a possibilidade de o juiz determinar medidas executivas atípicas, de caráter indutivo, coercitivo, mandamental ou sub-rogatório, expedidas com o desiderato de assegurar o cumprimento de ordem judicial. Ou seja, o juiz poderá se valer de medidas executivas atípicas para concretizar o direito da parte a um processo efetivo e com duração razoável, mediante providências executivas não concebidas pelo legislador.

Dessa forma, com o inciso IV do art. 139 do CPC/2015, rompe-se com os ideais clássicos do Estado liberal projetados na execução civil, na medida em que se oferta ao jurisdicionado um sistema em que é possível a expedição de medidas executivas atípicas, ou seja, ao exequente é conferido o direito de requerer aos magistrados o manuseio do poder geral de coerção, que permite ao juiz a confecção de medida judicial customizada especificamente para determinado caso.

Porém, a vagueza da redação do inciso IV do art. 139 do NCPC, característica das cláusulas gerais, causou fervor na doutrina e na magistratura, uma vez que ensejou o surgimento de decisões de juízes de primeiro grau determinando a aplicação de medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias, as quais, majoritariamente, foram anuladas pelos respectivos tribunais de segundo grau (BORGES, 2019, p.25).

Por conseguinte, no presente articulado pretende-se discorrer acerca de como o poder geral de coerção previsto no inciso *IV* do art. 139 do CPC deve ser implementado pelos magistrados nas execuções de quantia certa, oferecendo os contornos do caminho argumentativo que deve ser seguido pelos magistrados no seu manuseio, tendo em vista que a utilização desse poder resultará em colisão entre o direito fundamental do exequente à satisfação de seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva e vários direitos fundamentais do executado (a depender da medida executiva atípica configurada para determinada execução).

E, com o objetivo de atingir o escopo proposto, a presente dissertação estrutura-se em introdução, quatro capítulos de conteúdo, conclusão e relação das referências bibliográficas.

No primeiro capítulo, discorreu-se sobre a mitigação do dogma da tipicidade dos meios executórios no processo civil brasileiro, percorrendo a senda evolutiva do princípio da tipicidade dos meios executórios, com a análise dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, suas alterações legislativas e de leis esparsas que interessam ao tema, até chegar-se na sistemática imposta pelo CPC/2015.

No capítulo seguinte, tratou-se de diversos aspectos relativos a esse novo poder conferido aos magistrados pelo CPC/2015, tais como: a natureza jurídica da norma extraída do inciso *IV* do art. 139 do CPC/2015 como cláusula geral; da circunstância do poder geral de coerção decorrer da vedação ao *non factibile*; e suas características e os limites à sua aplicação.

No passo seguinte, apresentou-se as condições que devem ser observadas pelos magistrados no manuseio dessa prerrogativa jurisdicional em sede de execução de pagar quantia, explicando-se que, por resultar o manuseio do poder geral de coerção em colisão entre direitos fundamentais do exequente e do executado, deve-se utilizar os postulados da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso no processo de customização da medida executiva atípica para certo caso concreto. Nessa etapa do trabalho, também destacou-se a importância da fundamentação da decisão que impõe medida atípica, na medida em que é por meio da análise das razões que se efetua o controle da escolha por esta ou aquela medida executiva atípica.

Na derradeira fase do trabalho, apresentou-se uma classificação das medidas executivas atípicas segundo o critério do bem jurídico que atingem do executado, tratando-se de medidas executivas atípicas limitadoras da liberdade e da livre circulação, que impõem limitação de direitos, de cunho pecuniário e referentes a informações.

Por conseguinte, a presente dissertação é um esforço de contribuir para o debate em torno dos requisitos e limites para que o poder geral de coerção, expressamente previsto no novel CPC, prerrogativa dos magistrados indispensável para assegurar o acesso à uma justiça efetiva, mas que deve ser exercida com observância de critérios objetivos, sob pena de resultar em grave violações a direitos fundamentais do devedor executado.

No que se refere à metodologia seguida para construção do presente trabalho, realizou-se pesquisa bibliográfica, adotando-se o método dedutivo-indutivo.

1. A MITIGAÇÃO DO DOGMA DA TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Ao se examinar o Código de Processo Civil em vigência e os demais que vigoraram em nosso país, chega-se à conclusão de que “A lei não estabelece, expressamente, se adota uma execução regida pela tipicidade ou atipicidade dos meios executivos. Isso é extraído a partir da leitura da configuração legislativa adota pelo legislador” (MINAMI, 2018, p. 163).

Assim, no presente capítulo será abordada a evolução legislativa da execução civil no Estado brasileiro quanto à (a)tipicidade dos meios executivos nas demandas executivas de natureza cível, a fim de que se possa melhor compreender o caminho percorrido até se chegar ao panorama normativo em vigência.

1.1. A gênese do princípio da tipicidade dos meios executórios como decorrência do Estado liberal

A doutrina (BORGES, 2019, p.36-43) agrupa as medidas executivas em duas espécies, de sub-rogação e de coerção. Assim, o juiz do feito executivo empregará técnica que, ou imporá ao devedor a satisfação direta do crédito através de limitação de direitos, ou substituirá a conduta do credor no cumprimento da obrigação inadimplida.

Nesse panorama, emerge discussão acerca da autonomia do juiz na fixação das medidas executivas, debatendo-se se o magistrado poderia customizar medida executiva atípica, ou seja, não prevista pelo legislador, concebida para o caso concreto, ou estaria ele sujeito ao catálogo de medidas prevista pelo Código Processo Civil ou lei esparsa.

Esse dilema aflige os operadores do direito há muito tempo, tendo processualistas clássicos se posicionado no sentido de que o julgador somente poderia utilizar nas lides executivas as medidas executivas previstas expressamente pelo legislador, sendo-lhe vedado, portanto, a customização de medidas para caso em particular. Desse modo, entendem que na execução civil vigeria o princípio da tipicidade dos meios executivos.

Como bem salientam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2013, p.37-39), acerca do surgimento do princípio da tipicidade dos meios executivos, “[...] foi formulado pela doutrina –mergulhada nos valores do direito liberal – que construiu o processo civil clássico, a qual o pensou como uma garantia de liberdade diante da possibilidade de arbítrio do juiz”.

A doutrina do Estado Liberal, ou liberalismo, erige o princípio da legalidade como alicerce do modelo de Estado Liberal, uma vez que a lei seria expressão da vontade geral, único instrumento de poder válido do direito. Assim, quaisquer restrições a direitos e garantias individuais só seriam válidas caso tivessem sucedâneo legal.

Por conseguinte, o reflexo da ideologia liberal na prestação jurisdicional foi a ideia de que o juiz, na expressão conhecida de Montesquieu (2000, p.170), seria a “boca da lei”, atendo-se a indicar a lei aplicável ao caso concreto, uma vez que ela teria um sentido unívoco, sendo desprovida qualquer atividade de conformação do juiz.

Ao examinar a fase executiva da prestação jurisdicional sob essa visão ideológica, Borges (2019, p.45-46) observa que:

O direito liberal, como se vê, definiu o princípio da tipicidade dos meios executórios como um dos seus pilares para a consecução da garantia de liberdade e de segurança, certificando que a esfera jurídica do executado não será invadida de forma (meio executório) diversa daquela expressamente prevista em lei para a espécie respectiva. Como fito de preservar a liberdade, ocorria uma predeterminação das hipóteses e das formas pelas quais o Estado faria sua intromissão na esfera do obrigado. Seria impensável, no Estado Liberal, uma incursão no domínio jurídico do executado por meio de técnica que não estivesse previamente estabelecida em lei. Tratava-se de clara e bem orquestrada limitação dos poderes do juiz, com o objetivo de preservar as garantias dos litigantes diante da atividade jurisdicional.

Logo, conclui-se que o princípio da tipicidade dos meios executivos, corolário do princípio da legalidade, foi concebido pela doutrina liberalista como uma garantia do executado de que as medidas judiciais de efetivação do direito do credor estão sujeitas à legalidade, de sorte que o magistrado somente poderia empregar meio de execução dentre os previstos pelo legislador.

1.2 Posições do Código de Processo Civil de 1939 e 1973 e o período de reformas processuais

Como afirmado acima, para que se possa melhor compreender o caminho percorrido até se chegar ao atual panorama normativo quanto à (a) tipicidade dos meios executivos, faz-se necessária breve digressão sobre a evolução legislativa acerca do princípio da tipicidade.

1.2.1 Código de Processo Civil de 1939

O Código de Processo Civil de 1939 foi editado à luz da ordem constitucional inaugurada pela Carta Constitucional de 1937, intitulada pela doutrina como a “Polaca”, em referência ao seu viés autoritário e centralizador na figura do presidente da república.

Nesse contexto, a CF/37 implantou o regime do Estado Novo, caracterizado pela centralização e supressão dos direitos políticos, tendo sido fechados o Congresso Nacional, as assembleias legislativas e as câmaras municipais, permanecendo nos cargos somente os governadores que concordaram com a revolução do Estado Novo. Em suma, o regime defendia que se fazia necessário criar as condições necessárias para a modernização da nação, a saber: um Estado forte, centralizador, interventor, agente fundamental da produção e do desenvolvimento econômicos.

E, como se sabe, o contexto político, social e econômico influencia a produção legislativa, de sorte que a ideologia do Estado Novo é percebida no CPC/39, mormente pelo apego à oralidade, de forma que a concentração de poderes instrutórios e ordinatórios do juiz é característica marcante desse estatuto processual.

No que diz respeito à tipicidade das medidas executivas, duas previsões legislativas (arts. 303 e 675) interessam para perquirir se o legislador de 1939 autorizou o manuseio do poder geral de coerção pelo magistrado.

O art. 303 do CPC/39¹, ao tratar da “ação cominatória para prestação de fato ou abstenção de ato”, permitia ao juiz que a coerção utilizada, na hipótese de inexistir previsão contratual específica, fosse medida não prevista no código.

No que se refere ao art. 675 do CPC/39², relativo ao processo cautelar, convém ressaltar que ele possibilitava (combinado com o art. 676)³ que o juiz empregasse, para acautelar o interesse das partes, providências não previstas pelo legislador.

¹ Art. 303. O autor, na petição inicial, pedirá a citação do réu para prestar o fato ou abster-se do ato, sob pena contratual, ou a pedida pelo autor, si nenhuma tiver sido convencionada.

² Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;
 II – quando, antes da decisão, fôr provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil incerta reparação, no direito de uma das partes;
 III – quando, no processo, a uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

³ Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir:

I – no arresto de bens do devedor;
 II – no sequestro de coisa móvel ou imóvel;
 III – na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito;
 IV – na prestação de cauções;

Destarte, à vista do disposto nos arts. 303 e 375 do CPC/39, conclui-se que ele não abraçou o princípio da atipicidade dos meios executivos, uma vez que “[...] não existia previsão expressa para aplicação de meios executórios não previstos em lei nas execuções de sentença. Ao contrário, adotava-se a fórmula padrão de prever o determinado meio executório conforme o tipo de obrigação exigida na execução” (BORGES, 2019, p. 54).

1.2.2 Código de Processo Civil de 1973

Em relação à execução, o Código de Processo Civil de 1973 dedicou seu Livro II para tratar dos procedimentos executivos, os quais passaram a abranger também a efetivação dos títulos extrajudiciais, extinguindo a ação executiva prevista pelo CPC/39.

E, no que se refere aos meios executórios, é pacífico entre os estudiosos que o CPC/73, em sua redação original, adotou claramente o princípio da tipicidade, vedando aos magistrados a possibilidade de customizar a medida de efetivação mais pertinente ao caso.

A propósito, veja-se escólio de Abelha (2015, p.51-52) sobre as características liberais do processo executivo concebido por Alfredo Buzaid:

Do ponto de vista da atividade jurisdicional executiva, as restrições à “liberdade” e “ativismo” judicial eram ainda mais visíveis, porque tal atividade significava, antes de tudo, uma permissão de invasão estatal no patrimônio das pessoas, e, por isso mesmo, toda cautela e rigidez deveriam ser tomadas para evitar o retorno de um Estado absolutista. Assim, na tutela executiva do CPC de 1973, as regras ali previstas emprestavam ao juiz uma função muito próxima de um autômato, em um método de trabalho minudente, rígido e sem poucas variações; enfim, com margem de liberdade quase nenhuma. Nesse passo, destacava-se a adoção, em 1973, do princípio da “tipicidade de meios executivos”, ou seja, todas as modalidades de obrigações descreviam o procedimento executivo a ser adotado, inclusive com o tipo de medida executiva a ser empregada, sem qualquer margem de liberdade do magistrado no cumprimento da tutela executiva.

V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222);

VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam;

VII – em obras de conservação em coisa litigiosa;

VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

IX – no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

Como bem acentua Borges (2019, p.57):

[...] o CPC/73 foi concebido com traços de tipicidade e de atipicidade, ainda que somente em sede de tutela cautelar. No processo cautelar do CPC/1973 não era estranha a coexistência de determinados procedimentos já previstos em lei para certas situações (tipicidade), somada a possibilidade de o magistrado adotar outras medidas além das já previstas (atipicidade). O sistema previa harmonia entre as duas hipóteses.

Destarte, o CPC/73, ao disciplinar o processo de execução em seu Livro II, não concedeu ao magistrado o poder geral de coerção, de maneira que o gestor do processo estava preso à moldura típica definida pelo legislador.

Logo, em que pese o CPC/73, em seu art. 798, ter autorizado o juiz a expedir medidas cautelares atípicas, no que tange à execução, apegou-se à doutrina italiana clássica que enaltece o dogma da tipicidade dos meios executórios, concebendo um processo executivo “[...] extremamente protetivo ao executado e afastando-se sobremaneira do ideal de efetividade tratado no item anterior, embora não tenha ocorrido uma redução das hipóteses de aplicação da tutela coercitiva previstas no CPC de 1939” (OLIVEIRA NETO. 2019, p.224).

1.2.3 A Lei de Ação Civil Pública (art. 11 da Lei n. 7.347/1985) e o Código do Consumidor (art. 84 da Lei n. 8.078/1990)

Ao tratar da evolução da execução civil quanto ao princípio da tipicidade/atipicidade das medidas de efetivação, é imprescindível apontar a importância das Leis 7.347/1985 e 8.078/1990 nesse contexto.

A Lei de Ação Civil Pública, em seu art. 11, dispôs, principalmente em relação à defesa do consumidor e do meio ambiente, em ações para cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, que o juiz determinará o “cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independente de requerimento do autor”.

Já o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 84, previu que, nas ações cujo objeto seja o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, “o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Nesse contexto, no CDC, para viabilizar a concretização da decisão proferida nos termos do referido art. 84, o juiz poderia se valer da cominação de multa, ou ainda o possibilitaria “determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

Portanto, com o surgimento da expressão “medidas necessárias” no art. 84 do CDC, ou seja, com a possibilidade do magistrado desenhar a forma mais pertinente à efetivação do direito deduzido em juízo, conclui-se ser essa previsão legislativa marco importante na evolução de nossa execução no que tange à tipicidade/atipicidade dos meios à executivos.

Assim, ainda que no âmbito do microsistema do processo coletivo, com a Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor, nosso ordenamento, de forma pontual, permitiu o manuseio de medidas de efetivação concebidas pelo magistrado especificamente para o caso.

1.2.4 As Leis 8.952/1994, 8.953/1994 e 10.444/2002 – nova redação dos artigos 273, 460 e 461-A do CPC

Como é conhecido por todos, o CPC/1973 passou ao longo de sua vigência por inúmeras alterações. E as leis acima apontadas têm relevância para a digressão ora proposta.

A Lei 8.952/1994, dentre vários outros pontos, ao positivar o instituto da tutela antecipada, permitiu que esse instituto fosse utilizado em sede de ação cujo objeto fosse o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, como se nota da redação do art. 461 do CPC/1973.

Para o presente estudo, interessa-nos a previsão do § 5º do art. 461 que, a exemplo do art. 84 do CDC, possibilitou ao juiz a adoção de medidas necessárias para efetivar a tutela específica, “tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

Assim, com a nova redação do § 5º do art. 461 do CPC/73, a atipicidade das medidas executivas das decisões judiciais passar a ser a regra do CPC/73 em relação às ações cujo objeto seja obrigação de fazer e não fazer.

A Lei 8.953/1994, ao modificar os arts. 644 e 645 do CPC, em que pese não ter disposto sobre a atipicidade das medidas executivas, foi importante porque passou a

possibilitar ao juiz, em sede de execução de obrigações de fazer e não fazer, consubstanciadas em título executivo judicial ou extrajudicial, a imposição de multa, medida de coerção patrimonial, a fim de pressionar o devedor a cumprir a obrigação de fazer e não fazer.

No que se refere à Lei 10.444/2002, dentre suas várias inovações, cumpre destacar o que esse diploma legislativo conferiu na redação do art. 644 do CPC/73, consignando que as execuções de obrigações de fazer e não fazer consubstanciadas em títulos executivos judiciais passariam a seguir o rito previsto no art. 461, de sorte que, no bojo de tais demandas executivas, seria autorizado ao magistrado expedir comandos normativos lastreados no poder geral de coerção.

Porém, como se nota do exame do art. 645 do CPC/73, a Lei 10.444/2002 não estendeu o princípio da atipicidade dos meios executivos às execuções de obrigação de fazer e não fazer lastreadas em títulos executivos extrajudiciais, restando ao magistrado do feito executivo, tão-somente, empregar coerção patrimonial relativa à multa.

Pelo exposto no presente tópico, infere-se que tais diplomas legislativos são marcos legislativos importantes na evolução do processo civil brasileiro, uma vez que introduziram no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de expedição de medidas executivas não previstas pelo legislador, positivando, ainda que de forma tímida, o princípio da tipicidade dos meios executivos.

1.2.5 A reforma da execução no Código de Processo Civil de 1973: Leis 11.232/2005 e 11.382/2005

De início, cumpre logo ressaltar que as Leis 11.232/2005 e 11.382/2005 em nada inovaram no que tange ao princípio da tipicidade dos meios executivos, a exemplo dos diplomas legislativos que o antecederam, os quais possibilitaram o manuseio do poder geral de coerção nas execuções de obrigação de fazer, não fazer e de entregar.

Em verdade, a grande inovação proporcionada pelo Lei 11.232/2005 foi a extinção do processo de execução de sentença, criando uma fase executiva (cumprimento de sentença) no âmbito do processo de conhecimento (arts. 471-I a 475-R).

E, ao disciplinar o cumprimento de sentença, o legislador, no art. 475-J, possibilitou a aplicação de medida de coerção patrimonial (multa de 10%) em sede de execução pecuniária, para o caso de não pagamento voluntário do devedor após o escoamento do prazo de 15 dias.

Já a Lei 11.232/2005 promoveu as seguintes inovações no processo executivo: a) possibilidade da averbação premonitória em execuções pecuniárias (art. 615-A; b) erigiu a alienação particular como uma das formas de expropriação (art. 647, *III*); c) determinou ao juiz que, na decisão que recebesse a inicial da execução, fixasse os honorários em 10% (art. 652-A); e d) o art. 655-A passou a disciplinar a penhora eletrônica de ativos financeiros do executado em custódia de instituições financeiras.

Todavia, como bem observa Borges (2019, p.61), ao comentar as inovações trazidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2005:

A praxe forense, nos que se passaram após o início da vigência das mencionadas leis, constatou que – em que pesem os notórios benefícios trazidos à sistemática da execução civil – a reforma executiva não logrou os resultados esperados. A execução pecuniária, com base em título judicial ou extrajudicial, continuou sendo o gargalo do processo civil.

Assim, não obstante o esforço do legislador ao editar tais diplomas legislativos, mormente em relação à execução pecuniária, não se viu um incremento significativo no percentual de demandas nas quais o credor tinha seu direito efetivamente satisfeito, perdurando o sentimento de que o cabedal de meios executivos à disposição do Judiciário ainda não era suficiente para permiti-lo cumprir sua missão institucional.

1.2.6 Síntese da evolução legislativa da tipicidade dos meios executórios até a edição do CPC/2015

Após a análise, ainda que de forma célere e sintética, da evolução legislativa quanto ao princípio da tipicidade dos meios executivos até o momento anterior à edição do CPC/2015, antes de adentrar na sistemática prevista por esse diploma normativo, cumpre sintetizar a digressão histórica acima empreendida.

Como se viu, a atipicidade de medidas de efetivação no direito brasileiro foi inicialmente prevista para a tutela cautelar pelo CPC/1939 e mantida pelo CPC/1973. Em seguida, foram editadas a Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor que, ainda que no âmbito do microsistema do processo coletivo e nas ações para cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, inauguram no ordenamento jurídico brasileiro o manuseio de medidas de efetivação concebidas pelo magistrado especificamente para o caso.

Após as reformas legislativas que se seguiram,

[...] adotava-se a fórmula padrão de prever um determinado meio executório conforme o tipo da obrigação exigida na execução. Assim, historicamente, para as obrigações de pagar havia o meio de expropriação via adjudicação, via usufruto ou via alienação (judicial ou particular, este somente após 2006); e, nas obrigações de pagar alimentos, existiam os meios de coerção pessoal e expropriação, via desconto ou pelas demais modalidades de expropriação genéricas (BORGES, 2019, p.63).

Nesse panorama, vislumbra-se que, até a edição do CPC/2015, para as obrigações de fazer e não fazer consubstanciadas em títulos judiciais, a atipicidade era a regra, de sorte que era facultado ao juiz empregar medidas sub-rogatórias ou coercitivas não positivadas pelo legislador.

Porém, com relação às obrigações de fazer e não fazer previstas em títulos extrajudiciais, pelo disposto no art. 645 CPC/1973, seria possível a coerção patrimonial, via multa por dia de atraso, a possibilidade de satisfação da obrigação por terceiro ou a conversão em perdas e danos.

Com relação às obrigações de entregar coisa com fulcro em título judicial, previa-se meio executório de sub-rogação por desapossamento e, caso não fosse obtida a tutela pretendida, permitia-se a atipicidade prevista no art. 461. E, para os títulos extrajudiciais que versassem sobre tais obrigações, caberia a aplicação de coerção patrimonial através de multa por dia de atraso, cumulada com o meio de desapossamento previsto no art. 625.

O cenário era desalentador em relação às obrigações pecuniárias, visto que inexistia qualquer autorização legislativa nos sentido de autorizar o emprego de meios coercitivos atípicos, sendo aplicável apenas os meios sub-rogatórios típicos (expropriação), seja para o cumprimento de título judicial, seja para a execução de título extrajudicial. Além dessas medidas, o art. 475-J permitia a aplicação da multa de 10%.

Assim, na sistemática existente antes do CPC/2015, a atipicidade somente era prevista para as obrigações de fazer e não fazer consubstanciadas em títulos executivos judiciais, restando para as demais hipóteses (títulos extrajudiciais e outras espécies de obrigação) somente as medidas executivas expressamente desenhadas pelo legislador (expropriação, desapossamento, coerção patrimonial ou perdas e danos).

2. A ATIPICIDADE DECORRENTE DA CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA PREVISTA PELO CPC/2015

O inciso IV do art. 139 do CPC/2015 iniciou um novo momento na execução pecuniária no Brasil, visto que possibilitou aos magistrados a expedição de medidas executivas não previstas pelo legislador. Ou seja, da redação do referido dispositivo legal, infere-se que os juízes poderão customizar meios de execução específicos para a execução em concreto. No presente capítulo serão abordados diversos aspectos relativos a esse novo poder conferido aos magistrados pelo CPC/2015.

2.1 Da vedação ao *non factibile*

Minami (2018, p.125-139), ao estudar as medidas executivas atípicas, faz interessante abordagem sobre a fundamentação jurídica do poder geral de coerção. O autor pontua que a possibilidade dos magistrados criarem medida executiva específica para um caso concreto decorre da vedação ao *non factibile* que, por sua vez, adviria da vedação ao *non liquet*. Explica-se.

Como há muito é consagrado pelas várias ordens jurídicas já vigentes no Brasil, o art. 140 do CPC/15 e o art. 4º da LINDB consagraram expressamente que aos magistrados é vedado se eximir de decidir os casos sob a justificativa de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, no que tange à fase de conhecimento, o legislador impôs expressamente aos julgadores o dever de julgar a lide deduzida em seu juízo.

E, para que os magistrados cumpram seu dever de sempre ministrarem comando jurisdicional aos casos lhe apresentados, o ordenamento prevê várias soluções. A esse propósito, Minami (2018, p.127) ressalta:

Mas a solução mais utilizada, adotada inclusive em nosso sistema, é instituto do ônus da prova. Permanecendo o órgão julgador na dúvida, mesmo após a fase instrutória, daquele que deveria provar o alegado e não logrou êxito na tarefa, impõe-se o prejuízo decorrente do descumprimento desse ônus: ter a uma decisão contra si.

Todavia, proferida a decisão nos moldes postulados pelo autor, o direito reconhecido judicialmente, na grande maioria das vezes, não é voluntariamente satisfeito pelo réu, do contrário a lide sequer se instalaria, razão pela qual, a partir desse momento, a vedação ao *non liquet* transmuda-se em vedação ao *non factibile*.

Como bem observa Minami (2018, p.219), *in verbis*:

A vedação ao *non liquet* gera uma consequência lógica. Em regra não se pode permitir que o judiciário deixe de efetivar prestação certificada em uma decisão ou em título executivo extrajudicial com a justificativa de não ser possível a realização – o que aqui se batiza de vedação ao *non factibile*. Proibir o *non liquet*, mas permitir o *non factibile* seria uma contradição.

Por conseguinte, à luz de tais considerações, conclui-se que a possibilidade de expedição de medidas executivas atípicas decorre de forma mediata da vedação ao *non liquet* e de forma direta da vedação ao *non factibile*.

É possível também afirmar que a proibição ao *non factibile* deita raízes nos princípios da efetividade e do acesso à justiça, pois seria inócuo garantir uma resposta jurisdicional sem que ao mesmo tempo seja assegurada uma técnica executiva capaz de satisfazer o direito reconhecido.

E, para possibilitar que os magistrados concretizem a vedação ao *non factibile*, o CPC/2015 estatuiu a possibilidade da expedição de medidas executivas atípicas. O raciocínio é o seguinte: se para afastar o *non liquet* o legislador previu medidas como a regra do ônus da prova, para evitar o *non factibile* instituiu o poder geral de coerção.

Logo, ante as observações acima realizadas, vê-se que a possibilidade de expedição de medidas executivas atípicas é uma decorrência lógica do direito fundamental de efetivo acesso à justiça, como garantia que a todos é assegurada uma resposta jurisdicional, seja na fase de reconhecimento do direito (conhecimento), seja no momento de sua exigência (cumprimento/execução).

2.2 Completude do sistema executivo, atipicidade executiva e a efetivação ao direito de acesso à justiça

Consoante exposto no tópico antecedente, a vedação ao *non factibile* impõe que seja ministrada ao exequente medida executiva capaz de satisfazer direito consubstanciado em título executivo judicial ou extrajudicial, sendo vedado ao magistrado simplesmente apontar omissão legislativa.

Todavia, para que realmente não ocorra o *non factibile*, ou seja, para que não nos deparemos com uma situação em que o exequente se veja desolado por carência de medida executiva a efetivar seu direito, é necessário que os sistemas executivos sejam dotados de completude, ou pelo menos se aproximem desse ideal.

Nesse contexto, é de grande contribuição a doutrina desenvolvida por Taruffo (2013, p.116) sobre a imposição da necessidade da completude do sistema executivo, segundo o qual “[...] sob o perfil constitucional um sistema que não contenha formas realmente eficazes de atuação executiva dos direitos é com toda probabilidade um sistema largamente incompleto e inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva das situações substanciais”.

Oliveira Neto (2019, p.220-221), ao comentar a doutrina de Taruffo (2013), destaca que, *in litteris*:

Daí, visando aprimorar os sistemas executivos, inclusive o italiano, para que possam se aproximar da almejada completude que deles se espera, conferindo satisfação de forma adequada à prestação não adimplida, apresenta o mencionado autor três aspectos que devem ser observados e que denominou “tensão à completude”, “tensão para eficácia” e “tensão para atuação específica. A “tensão para completude” consiste na oferta, por parte do sistema, de instrumentos executivos aptos a tutelar todas as situações jurídicas apresentadas ao juiz.

Portanto, à vista de tais comentários, conclui-se que uma tutela efetiva das situações substanciais demanda que a legislação, mormente o Código de Processo Civil, institua medidas executivas necessárias a atuar nas infinitas possibilidades que possam vir a ocorrer.

Todavia, como há muito já concluíram os operadores do Direito, é impossível que o legislador anteveja todas as possibilidades fáticas que podem ocorrer, razão pela qual se justifica a ampliação dos poderes e maior autonomia do juiz ao ministrar a tutela executiva. Assim, de tal constatação, é que advém a necessidade de conferir aos magistrados a possibilidade de expedição de medidas executivas atípicas. É que, vigendo o princípio da tipicidade dos meios executivos em certo ordenamento jurídico, impossível atingir, pelo menos em grau satisfatório, a efetividade na tutela executiva, pois muitas situações não previstas pelo legislador careceriam de medidas executivas aptas a implementar o direito cujo adimplemento se busca.

Desse modo, o poder geral de coerção constitui técnica legislativa através da qual o legislador busca atingir o ideal de completude do sistema executivo, assegurando a todos a existência de medida executiva para seu respectivo caso, na medida em que o magistrado do feito terá a prerrogativa de customizar o meio executivo pertinente à hipótese concreta. Outra não é a conclusão de Oliveira Neto (2019, p.223), *in verbis*:

Torna-se possível concluir, portanto, que qualquer sistema de realização da tutela executiva que pretenda atender à exigência do Acesso à Justiça, traço comum do modelo constitucional processual da maioria dos países, deve tender à completude, ou seja, deve prever ou ao menos permitir de modo generalizado o emprego de meios aptos a efetivar a satisfação de prestações que não foram espontaneamente adimplidas, no menor espaço de tempo e com a prática de um mínimo necessário de atividade processual.

Logo, encerra-se o tópico expondo o entendimento de que o sistema executivo previsto pelo CPC/2015 pode ser considerado completo e hábil a assegurar o direito constitucional de acesso à justiça, uma vez que confere aos juízes a prerrogativa de configurar a medida executiva mais eficiente para o caso concreto. Assim, com o inc. IV do art. 139, o CPC/2015 superou o risco de que algum exequente restasse privado de ter seu direito finalmente satisfeito pelo fato de o legislador não ter antevisto sua situação.

2.3 Considerações sobre as cláusulas gerais como importante técnica legislativa

Diante da complexidade social que emergiu nos últimos dois séculos, a partir da segunda metade do século XX verificou-se que diversos ordenamentos jurídicos passaram a prever em seu texto normativo as denominadas cláusulas gerais. Assim, o legislador, reconhecendo que a adoção, tão-somente, de regras casuísticas resultaria em inúmeras negativas de prestação jurisdicional, passou a inserir na ordem jurídica conceitos jurídicos vagos e abertos que proporcionam mais fluidez e flexibilidade ao ordenamento.

Porém, cumpre atentar que inexistem sistema jurídico erigido exclusivamente a partir de cláusulas gerais ou em regras casuísticas. Didier (2010) nos chama a atenção, *in verbis*:

A técnica das “cláusulas gerais” contrapõe-se à técnica casuística. Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais (que causariam uma sensação perene de insegurança) ou em regras casuísticas (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies.

A fim de melhor esclarecer o tema, importante consignar que, quando se fala em regras casuísticas, o exegeta deverá fazer uso do método da subsunção do fato ao enunciado normativo. Assim, essa forma de aplicação é o que caracteriza tais espécies de regras. Já as cláusulas gerais exigem concretização em vez de subsunção, pois,

O Direito passa a ser construído a posteriori, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa a abstrata e aprioristicamente. As cláusulas gerais servem para a realização da justiça no caso concreto; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como “pontos de erupção da equidade (DIDIER, 2010, p.120).

Sobre a estrutura normativa das cláusulas gerais, faz-se pertinente, mais uma vez, inserir escólio de Didier (2010, p.119), *in verbis*:

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. Há várias concepções sobre as cláusulas gerais. Optamos por essa para fins didáticos, além de a considerarmos a mais adequada, mas não se ignora a existência de outras.

Desse modo, adotando-se a concepção acima transcrita, no processo de concretização das cláusulas gerais percebe-se a grande autonomia conferida aos magistrados, tendo em vista a indeterminação presente nos dois segmentos do texto normativo.

Convém, também, estrear cláusulas gerais de princípios. A primeira diz respeito ao texto jurídico, produto bruto da atividade legislativa. O segundo é produto da atividade interpretativa, sendo espécie de norma. São, portanto, categorias jurídicas que atuam em planos diferentes do fenômeno normativo. Reitera-se, a norma jurídica resulta da exegese. Interpretam-se textos jurídicos para que se verifique qual norma deles pode ser extraída. Logo, é possível que um princípio seja extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Todavia, “[...] cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra. Da cláusula geral do devido processo legal é possível extrair a regra de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo (DIDIER, 2019, p.123).

É de se esclarecer, ainda, com ensinamentos de Costa (1992), que conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais não se confundem, uma vez que possuem estrutura normativa diversa, sendo os primeiros aplicados através do método da subsunção e os segundos via processo de concretização, *in litteris*:

Em ambos – conceitos indeterminados e cláusulas gerais – haverá, por parte do juiz uma atitude valorativa; em ambos, é certo, o legislador afastou a enumeração casuística dos atos contrários aos bons costumes. No primeiro, todavia, o grau de generalidade e abrangência é bem menor do que no segundo; neste, a atitude de subsunção à hipótese legal que ainda subsiste naquele é substituída pela atividade de criação judicial, por meio da síntese, por forma a constituir processo de verdadeira concreção.

Destarte, face à atual complexidade social, resta evidente a necessidade do legislador socorrer-se da técnica legislativa das cláusulas gerais, sob pena de privar diversas situações fáticas de tutela jurídica.

2.4 O inc. IV do art. 139 do CPC/2015 como espécie de cláusula geral

Assim, como se verifica em diversos institutos jurídicos (negócio jurídico, prescrição, etc.), as cláusulas gerais foram gestadas e desenvolvidas no seio do direito privado, sendo exemplos as cláusulas gerais da boa-fé, da função social da propriedade e da função social do contrato. Todavia, as cláusulas gerais migraram para o Direito Processual Civil, pois esse ramo do Direito também demanda normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto.

Didier (2010, p.123), ao tratar das cláusulas gerais processuais, traz a lume o seguinte rol, *in litteris*:

O princípio do devido processo legal é o principal exemplo de cláusula geral processual. O CPC brasileiro contém outros vários exemplos de cláusulas gerais: a) cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, CPC); b) poder geral de cautela (art. 798 do CPC); c) cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620 do CPC38); d) cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); e) cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, § 2º, CPC39); f) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109 do CPC) etc.

Desse modo, examinando o Código de Processo Civil de 2015, constata-se que o legislador adotou a técnica legislativa das cláusulas gerais em relação a diversos institutos da Processualística Civil, como bem anotou Didier (2010).

Nesse contexto, tendo em vista as características das cláusulas gerais expostas no tópico precedente, não resta qualquer dúvida de que o inc. IV do art. 139 do CPC/2015 é produto dessa técnica legislativa. Vejam-se as razões a partir do marco teórico desenvolvido por Costa (1998).

Primeiro, cumpre destacar que se infere que o inc. IV do art. 139 do CPC/2015 detém natureza de cláusula geral em virtude da estrutura de seu texto, pois, como elucida Costa (1998, p.133), *in verbis*:

Pelo contrário, estes novos tipos de normas buscam a formulação de hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados "conceitos jurídicos indeterminados". Por vezes- e aí encontraremos as cláusulas gerais

propriamente ditas - o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

Logo, analisando o texto do aludido dispositivo do CPC/2015 à luz das considerações acima colacionadas, não remanesce dúvida de que resulta da técnica legislativa em discussão, como bem concluiu Borges (2019, p.91), ao analisar referido dispositivo legal a partir de sua perspectiva estrutural, *in litteris*:

A redação do dispositivo em comento, ao dispor que o juiz poderá praticar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessária para assegurar o cumprimento de ordem judicial”, confere límpida conotação de vagueza à norma, sem a predeterminação dos efeitos jurídicos que serão gerados. Existe, em seu âmago, uma indeterminação legislativa acarretando ampla extensão no campo semântico.

Dessarte, a indefinição presente no texto desse dispositivo legal demonstra tratar-se de autêntica cláusula geral, ainda mais quando cotejado com as demais cláusulas executivas previstas para as obrigações de pagar pelo legislador, que se valeu em tais hipóteses da técnica da formulação de regras casuísticas, como se observa nos artigos que tratam da sub-rogação por expropriação.

Nesse diapasão, a redação do inc. IV do art. 139 do CPC/2015, ao prever que o juiz poderá aplicar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessária para assegurar o cumprimento de ordem judicial”, não deixa dúvidas de se está diante de cláusula geral. “Existe, em seu âmago, uma indeterminação legislativa acarretando ampla extensão no campo semântico” (BORGES, 2019, p.91).

Outra razão pela qual se afirma que o inc. IV do art. 139 do CPC/2015 encerra cláusula geral decorre da função almejada pelo legislador quando de sua concepção. E, tendo em vista a teoria de Costa (1998, p.136), mais uma nos valeremos de suas palavras para afirmar que o mencionado artigo do CPC/2015 introduziu no sistema processual brasileiro cláusula geral:

Multifacetárias e multifuncionais, as cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos, a saber: a) disposições de tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de tipo regulativa, configurando cláusulas que ser, vem

para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; e, por fim, de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária.

Desse modo, utilizando a classificação de Costa (1992) quanto às funções que as cláusulas gerais podem assumir, entende-se que o inc. IV do art. 139 do CPC/2015 prevê espécie de cláusula geral do tipo extensivo, uma vez que confere ao juiz a utilização de outros meios executivos previstos pelo legislador originariamente para outros casos, além de viabilizar o manuseio pelo juiz de medidas executórias não tipificadas no sistema processual civil.

Por conseguinte, *vis a vis* do exposto, conclui-se com tranquilidade que o inc. IV do art. 139 do CPC/2015 detém a natureza jurídica de cláusula geral, de sorte que poderá ser aplicada às execuções de obrigações pecuniárias, uma vez atendidos os requisitos e respeitados os limites que adiante serão abordados.

2.5 Características do poder geral de coerção

Esse poder conferido aos magistrados de customização de medidas coercitivas atípicas em execuções de quantia detém as características logo abaixo delineadas. Esses atributos são muito bem delineados por Oliveira Neto (2019, p.236-247), cujo trabalho influenciou a elaboração do presente tópico.

2.5.1 Instrumentalidade

As medidas executivas atípicas expedidas por força do inc. IV do art. 139 do CPC/2015 visam indiretamente à satisfação da obrigação em execução. Logo, tais medidas não têm o condão de satisfazer de forma direta a prestação executada, mas coagir o executado que é destinatário a cumpri-la, sob pena de suportar as consequências de recalcitrância em fazer cessar sua mora.

Araken de Assis (2020, p.144), ao explicar que a classificação dos meios executórios deve ter como critério a intensidade do envolvimento pessoal do devedor na satisfação do bem em execução, aparta as medidas de execução também em dois grupos: a) meios de sub-rogação ou execução direta: no emprego de tais medidas, a vontade do devedor é irrelevante, uma vez que a obtenção do bem da vida é efetuado por meio da atuação de agentes do órgão jurisdicional ou de terceiros convocados pelo juízo; e b)

meios de coerção ou execução indireta: com o manuseio dessas técnicas o executado é quem cumpre a obrigação descumprida, ainda que compelido pelo órgão judicial.

A realização do direito do credor por meio da técnica sub-rogatória ou execução direta, dá-se mediante: 1) desapossamento, que ocorre quando a posse do bem é retirada do devedor; 2) transformação, hipótese em que o patrimônio do devedor responde por obrigações de fazer, de não fazer e de entregar descumpridas; 3) expropriação, caso em que o devedor é privado de seu patrimônio no equivalente ao valor da dívida executada (BORGES, 2019, p.38-39). Araken de Assis (2020, p.145) segue a mesma classificação.

No que diz respeito ao meios de coerção, estas técnicas executivas podem ser subdivididas em: 1) coerção patrimonial por meio da imposição de multas pecuniárias ao devedor; e 2) coerção mediante restrição de outros direitos (de índole não patrimonial) do executado.

Borges (2019, p.238), ao inserir as medidas executivas atípicas no bojo da execução indireta, assevera que essas devem reunir três pressupostos:

Sob tal enfoque para que uma medida possa ser considerada como execução indireta há a necessidade de que reúnam três pressupostos: a) seja determinada por um órgão jurisdicional no exercício da sua atividade típica; b) não se confunda com a obrigação principal; e c) não se confunda com uma penalidade imposta ao destinatário da medida.

Logo, tais pressupostos devem estar presentes na expedição das medidas previstas no inc. IV do art. 139 do CPC/2015, de sorte que sempre deverão ser determinadas por órgão jurisdicional, visando a coagir o devedor a cumprir a obrigação principal, não se confundindo tais expedientes com uma penalidade imposta ao executado. Atendidos esses requisitos, estar-se-á perante o manuseio do poder geral de coerção previsto no referido dispositivo legal, instituto que serve de instrumento para efetivação da tutela executiva.

2.5.2 Universalidade

No sistema processual executivo previsto pelo CPC/1973 inexistia cláusula geral tal qual se verifica no inc. IV do art. 139 do CPC/2015, de sorte que não era possível que o juiz expedisse medidas executivas coercitivas atípicas para forçar o executado a cumprir quaisquer modalidades de obrigação.

Cumprе lembrar, aliás, a posição majoritária (OLIVEIRA NETO, 2019, p.239) de que não seria possível, à luz do CPC/1973, a imposição de multa para forçar o pagamento de soma em dinheiro.

Porém, com a edição do inc. IV do art. 139 do CPC/2015, dissipou-se a polêmica sobre a possibilidade de se utilizar medidas executivas atípicas em execuções pecuniárias, dada a afirmação do legislador de que “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Assim, essas medidas podem ser ministradas na execução de quaisquer espécies de prestação, derivando desse fato seu tom de universalidade.

2.5.3 Subsidiariedade

Consoante acima exposto, os meios executórios, tendo em vista o critério da intensidade do envolvimento pessoal do devedor na satisfação do bem em execução, dividem-se em dois grupos: meios de sub-rogação ou execução direta; e meios de coerção ou execução indireta.

Oliveira Neto (2019, p. 241-242) traz a lume importante discussão doutrinária:

Há divergência no pensamento da doutrina que trata do tema, que na prática se aglutina em três posições: a) a tutela coercitiva é subsidiária da tutela executiva *strictu sensu* e da tutela ordenatória; b) a tutela coercitiva goza de preferência de aplicação com relação à tutela executiva *strictu sensu* e a tutela ordenatória; e c) há autonomia quanto à aplicação das espécies de tutela executiva, que deve ter em conta apenas as necessidades do caso concreto.

Nesse contexto, Oliveira Neto aponta a existência de corrente doutrinária que defende a autonomia da tutela coercitiva, sendo, pois, desnecessário aguardar a frustração da atividade executiva em outras modalidades de execução, como a tutela executiva *latu sensu* ou a tutela ordenatória.

Todavia, entende-se que tutela executiva coercitiva, acaso decorra do inc. IV do art. 139 do CPC/2015, deve respeitar a ideia de atipicidade subsidiária, de sorte que medidas executivas atípicas somente poderiam ser expedidas após o esgotamento das previstas pelo legislador.

2.5.4 Variabilidade

Como exposto no item precedente, segue-se a corrente de que a tutela executiva advinda do inc. IV do art. 139 do CPC/2015 deve respeitar a atipicidade subsidiária. Assim, ideia de variabilidade, como característica do poder geral de coerção, deve ser delineada a partir da premissa da subsidiariedade das tutelas executivas atípicas.

Nesse contexto, a variabilidade expressa a possibilidade da alteração da medida executiva atípica inicialmente concebida para determinado caso concreto, diante de sua ineficácia em satisfazer o direito em efetivação. Assim, diante do fracasso da primeira

medida determinada pelo magistrado, customiza-se nova medida no afã de satisfazer o direito cuja satisfação se persegue.

Logo, é possível que ocorra no procedimento executivo o cambiamento das medidas executivas atípicas com o objetivo de garantir o cumprimento da prestação exigida.

2.5.5 Cumulatividade

Essa característica do poder geral de coerção denota a possibilidade de aplicação simultânea de várias medidas executivas atípicas a fim de constranger o devedor a saldar seu débito. Como explica Oliveira Neto (2019, p.245):

Assim como a variabilidade inerente a toda medida coercitiva permite ao exequente optar livremente pela alteração da via executiva, tudo não obstante de alcançar a efetividade da tutela prestada pelo Estado, também não há óbice para que as medidas coercitivas sejam determinadas de modo cumulado, desde que o conjunto delas seja necessário para conferir pressão suficiente a convencer o “devedor” a cumprir com a prestação não adimplida ou a cumprir uma determinação judicial. Da variabilidade, em verdade, decorre inexoravelmente a cumulatividade das medidas coercitivas, como uma das características do Poder Geral de Coerção.

Aliás, essa cumulação é autorizada expressamente pelo legislador em relação a algumas medidas executivas típicas, a exemplo do que ocorre na execução de obrigação de natureza alimentar, na qual é possível, simultaneamente, decretar a prisão do devedor e determinar o protesto do título judicial, como permite o § 3º do art. 528 do CPC/2015.

Oliveira Neto (2019) menciona, ainda, que a característica da cumulatividade possibilitaria também a aplicação de medidas executivas atípicas de forma progressiva, intensificando-se a pressão ao devedor conforme aumentam os dias de recalcitrância. O autor exemplifica com a hipótese em que um juiz determina à uma fábrica a instalação de filtros antipoluição no prazo de dez dias, sob pena de paralização paulatina de suas atividades de produção por cinco minutos a cada dia de atraso, até que o filtro seja finalmente instalado.

2.6 Limites ao poder geral de coerção

Como já ressaltado neste trabalho, o Novo Código de Processo Civil, ao contrário de seu antecessor, teve a preocupação de fazer constar de seu texto uma parte geral, a qual se inicia pelas normas fundamentais, restando expresso no art. 1º que os dispositivos do Código devem ser interpretados à luz da Constituição.

Logo, as medidas executivas atípicas deverão ser concebidas pelos juízes sempre com observância das normas constitucionais. Ademais, o magistrado de igual modo está sujeito às diretrizes do sistema processual civil que essa técnica processual compõe. E, desse dever de respeito, emanam os limites ao poder geral de coerção que serão a seguir tratados.

Os limites ao poder geral de coerção podem ser sistematizados em quatro categorias: a) objetivos; b) subjetivos; c) temporais; e d) procedimentais. Essa categorização foi concebida por Oliveira Neto (2019, p.248), tendo o presente trabalho a tomado como referência.

Porém, cumpre destacar que esses limites não foram elencados expressamente pelo legislador, ou seja, ao se estatuir o poder geral de coerção não se teve o cuidado de expedir regulamentação expressa sobre seu manuseio, decorrendo seus limites das nuances do sistema processual civil regido pela CF/88 e pelo CPC/2015.

2.6.1 Limites objetivos

Para se compreender a extensão dos limites objetivos na utilização da técnica executiva em questão, inicialmente cumpre destacar os contornos da responsabilidade patrimonial do devedor de obrigação pecuniária.

Nesse contexto, seria inoportuno tratar de forma detalhada da evolução histórica da responsabilidade patrimonial no direito positivo brasileiro ou mesmo em outros países, cumprindo-nos apenas despender comentários indispensáveis à compreensão do tema proposto.

Dessa forma, faz-se pertinente trazer a lume considerações de Alves (1997, p.10) acerca da evolução da responsabilidade patrimonial no Direito Romano, *in verbis*:

Comrelação ao vínculo existente entre sujeito ativo e sujeito passivo, eraele, a princípio – como salientamos (*vide* n° 92) -, puramente material (o devedor respondia pela dívida com seu próprio corpo); mais tarde, a partir da *Lei Potelia Papiria* (326 a.C.), passou a ser um vínculo jurídico (isto é, imaterial), respondendo, então, pelo débito, não mais o corpo do devedor, mas seu patrimônio.

Assim, nota-se que, inicialmente, caso o devedor não cumprisse a prestação obrigacional assumida, poderia o credor sujeitar seu próprio corpo à satisfação da dívida. Porém, a partir da *Lei Potelia Papiria* (326 a.C.), a responsabilidade passou a ser, tão-somente, patrimonial, respondendo apenas o patrimônio do devedor pela dívida. “Mais

tarde, o Código Napoleônico de 1804 confirmou o caráter imaterial da obrigação, prevendo em seu art. 2.093 que os credores encontrariam as garantias para o caso de inadimplemento no patrimônio do devedor” (ALVES, 1997, p.10).

Ao analisar o ordenamento jurídico em vigência, constata-se que tanto o Código Civil de 2002⁴ quanto o Código de Processo Civil de 2015⁵ preocuparam-se em prever em seus textos dispositivos acerca da responsabilidade patrimonial do devedor. Por conseguinte, há muito a atividade executiva deixou de recair sobre o corpo do devedor, passando a incidir somente sobre seu patrimônio, restando vedada a utilização de mecanismos corporais de execução, como bem fez questão de pontuar o legislador nos dois dispositivos legais acima colacionados.

Nesse sentido, veja-se escólio de Alexandre Freitas Câmara (2020, p.257): “[...] na execução das obrigações pecuniárias desenvolveu-se uma técnica de execução por expropriações, em que o órgão jurisdicional apreende bens do devedor e o expropria, transformando-os no dinheiro necessário para viabilizar a satisfação do crédito do exequente”.

Nesse panorama, *a priori*, havendo recalcitrância do devedor em adimplir obrigação pecuniária reconhecida em título executivo extrajudicial ou judicial, as medidas a serem empreendidas na execução/cumprimento de sentença se limitariam a expedientes visando a apreender bens daquele que se negou a dar voluntariamente a quantia em dinheiro.

Porém, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, mais precisamente com a inovação prevista no inciso IV do art. 139, passou-se a admitir, para o cumprimento de decisões judiciais, o manuseio de “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”.

Destarte, a partir dessa possibilidade de serem expedidas medidas executivas atípicas para coagir o devedor a honrar a obrigação pecuniária, surgiram questionamentos acerca dos limites para empregá-las, tendo em vista o princípio da patrimonialidade

⁴ Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações responde todos os bens do devedor.

⁵ Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

(responsabilidade do devedor limitado a seu patrimônio), a dignidade da pessoa humana e vários outros direitos fundamentais do devedor.

Todavia, convém esclarecer que, nas execuções em que há a expedição de medida executiva atípica, o princípio da patrimonialidade permanece tendo incidência, uma vez que tais medidas devem ser concebidas com intuito de coagir o devedor a satisfazer prestação pecuniária com seu patrimônio, não sendo o constrangimento, desconforto imposto ao devedor, de *per si*, hábil a satisfazer a obrigação descumprida. Logo, as medidas executivas devem possuir caráter instrumental, tal como destacado ao tratar das características do poder geral de coerção, sendo medidas aplicadas com vistas à satisfação da obrigação não adimplida voluntariamente.

No entanto, tendo em vista que o poder geral de coerção implica na expedição de técnicas executivas coercitivas e não sub-rogatórias, além do princípio da patrimonialidade, devem outros princípios serem observados pelo magistrado no caso concreto. Como expressivo exemplo de limitação dessa jaez, figura a vedação de prisão civil por dívida. Assim, por força do previsto no art. 5º, *LXVII*, da CF/88, salvo em relação ao dever de prestar alimentos, não pode magistrado conceber uma medida executiva atípica que importe em prisão do devedor.

Oliveira Neto (2019, p.250) menciona também outros limites que podem ser extraídos do ordenamento jurídico brasileiro, a saber: a) vedação de aplicação de medida coercitiva que imponha ao devedor tratamento degradante ou desumano; e b) o respeito ao mínimo existencial.

Em seguida, Oliveira Neto (2019, p.250) destaca que os limites objetivos devem sempre ser verificados no caso concreto, sendo de duas ordens: a) limites objetivos diretos, que consistem em norma (regra ou princípio) que proíba a coerção ou que imponha conduta diversa da determinada pela medida executiva; e b) limites objetivos indiretos, que decorrem de prevalência de um direito sobre outro.

Desse modo, antes de expedir medida executiva atípica, deve o juiz da execução ponderar acerca do respeito dos limites objetivos diretos, verificando se existente norma proibitiva da medida que se cogita aplicar (a exemplo da proibição de prisão civil por dívida), assim como sopesar sobre qual direito deve preponderar no caso concreto.

2.6.2 Limites subjetivos

Ao tratar dos limites objetivos, analisou-se a responsabilidade patrimonial sob a ótica objetiva. Mas, no que se refere à dimensão subjetiva da responsabilidade, é de se

destacar a regra geral de que apenas o patrimônio do devedor está sujeito à execução, mesmo que esteja na posse de terceiro. A responsabilidade patrimonial do devedor é denominada de primária, visto que responde com seus bens aquele que figura como devedor principal na relação jurídico obrigacional.

Todavia, há casos em que bens de terceiros podem responder por expropriações relativas a obrigações celebradas por outros sujeitos de direito. Sendo bens de terceiro expropriados em virtude de obrigações alheias, fala-se em responsabilidade subjetiva secundária. E, como bem destaca Siqueira (2016, p.193):

Estas hipóteses, como já ressaltado, configuram exceção à regra geral da responsabilidade patrimonial, e como tal devem ser interpretadas, Quer isto dizer que não se pode, em nome de se buscar maior efetividade à tutela executiva, estender a responsabilidade para bens de terceiros foradas hipóteses em que a lei o autoriza. Apenas, assim, quando se estiver diante de alguma daquelas figuras em que há previsão legal de responsabilidade secundária é que se pode pensar na excussão de bens de quem não seja devedor. É necessário, ainda, que sejam observados os requisitos processuais exigidos para que fique configurada a responsabilidade destes sujeitos.

Dessa forma, as medidas executivas somente podem alvejar bens do próprio devedor, ou daqueles que a lei expressamente atribuir responsabilidade secundária pela satisfação da obrigação.

E, trazendo a discussão da responsabilidade patrimonial sob o prisma subjetivo para o campo da aplicação das medidas executivas atípicas, deve-se concluir que o devedor e todos aqueles que a lei atribuir responsabilidade secundária pela satisfação da obrigação podem ser destinatários de medidas executivas atípicas.

Oliveira Neto (2019, p.253-257) defende, ainda, que além do devedor e dos responsáveis secundários, alguns terceiros, em situações peculiares, possam ser atingidos pelo poder geral de coerção. Cita esse doutrinador a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica (implementada nos termos dos arts. 133 a 137 do CPC/2015), em quaisquer de suas modalidades, de sorte que, decretada tal medida, aquele (sócio ou pessoa jurídica – desconsideração inversa) que foi alcançado pelo feito e que teve reconhecida sua responsabilidade para obrigação em execução, está legitimado a ser destinatário de medida executiva atípica.

Em seguida, Oliveira Neto (2019, p.253-257), ao tratar do cumprimento de determinação judicial (e não para forçar o cumprimento de prestação não adimplida), sustenta ainda a hipótese em que o terceiro atingido pela medida é funcionário de sociedade empresária e que, ao deixar de cumprir uma ordem judicial de pagamento,

estaria diretamente sujeito à medida coercitiva, coagindo-o adimplir a obrigação insatisfeita.

E, logo depois, faz interessante questionamento acerca da possibilidade de terceiros vinculados ao processo, ou seja, juízes e os auxiliares da justiça, poderem ser destinatários de medida coercitiva atípica com o intuito de assegurar o cumprimento de determinação judicial. O referido autor responde à essa dúvida concluindo que, no caso de auxiliar da justiça, nada impediria que sua negativa em cumprir ato processual enseje a aplicação direta de uma medida coercitiva. E, no que tange aos magistrados, defende que tal emprego não é possível, visto que os pronunciamentos jurisdicionais devem ser impugnados mediante os respectivos expedientes processuais, não cabendo a imposição de medida coercitiva para efetivar a determinação que não foi atendida. Porém, tratando-se do exercício da função administrativa ou de abuso na função jurisdicional, então o magistrado poderia ser destinatário de medida coercitiva que o coaja ao cumprimento de decisão judicial.

Assim, e com base na doutrina de Oliveira Neto (2019, p.253-257), as medidas coercitivas atípicas com o intuito de assegurar uma prestação inadimplida podem ter como destinatários: 1) o responsável executivo (primário ou secundário); 2) o seu sucessor; e 3) terceiros a esse vinculado (funcionários). Assim, tais são os limites subjetivos a que estão sujeitos os magistrados ao manusearem o poder geral de coerção.

2.6.3 Limites temporais

Ao estabelecer medida executiva atípica em dado processo executivo, deve o magistrado zelar para que limites temporais sejam observados. Ou seja, o poder geral de coerção manejado no caso concreto não pode permanecer abalando a esfera jurídica do devedor *ad eternum*. E esse interregno temporal de eficácia da medida executiva varia conforme a espécie ministrada pelo juiz, se multa, prisão ou limitação de direitos.

Com relação à multa pecuniária, como será exposto no item seguinte, há três regimes, a saber: multa única de valor fixo, a multa com prazo fixo ou com valor máximo fixado e a multa que apresenta perfil de *astreintes* (OLIVEIRA NETO, 2019, p.258). Na hipótese de multa única de valor fixo, inexistem limites temporais, posto que, incidindo de imediato e por inteiro, não faz diferença por quanto tempo perdura a inadimplência. Da mesma forma, ocorre com a com prazo fixo ou com valor máximo fixado, já que no momento da aplicação da medida já é estabelecido o limite máximo do montante a ser eventualmente pago pelo devedor recalcitrante.

Porém, quando a multa assume o perfil de *astreintes*, a discussão acerca de limites temporais ganha relevância, uma vez que, permanecendo o devedor inadimplente por longo período, o valor de *astreintes* pode superar em muito o *quantum* em execução. Assim, impõe-se o debate acerca da existência de um termo *ad quem* da eficácia das *astreintes*.

Nesse contexto, conclui-se pela existência de limites temporais das *astreintes*, porém, como assevera Oliveira Neto (2019, p.258), não há especificamente um termo final para sua eficácia, devendo ser considerado esse termo o dia de acontecimento futuro e incerto. E esse evento futuro e incerto corresponderá ao momento em que a exigibilidade da prestação executada deixar de subsistir (seja porque já adimplida, reconhecida sua prescrição intercorrente), ou mesmo quando constatado que o executado não dispõe de qualquer patrimônio ou seu montante se mostrar ineficaz para coagir o devedor a pagar seu débito.

No que se referem às medidas executivas atípicas que limitam direitos, a dinâmica será a mesma, tendo sua eficácia fulminada a partir da ocorrência de eventos futuros e incertos. Assim, ocorrendo quaisquer dos eventos descritos no parágrafo precedente, cessa eficácia de medida que suspendeu CNH ou recolheu passaporte, por exemplo. Em relação à prisão, só possível no Brasil na execução de alimentos, o limite máximo é o estabelecido no art. 528, § 3º, do CPC/2015, ou seja, três meses.

Assim, as multas que assumem o perfil de *astreintes* e as medidas executivas atípicas que limitem direitos têm como limites temporais acontecimentos futuros e incertos, que devem ser observados e reconhecidos pelo juiz no caso concreto.

2.6.4 Limites procedimentais

Por último, convém apresentar os limites procedimentais que, em que pese guardarem certa similitude com os limites objetivos, posto que são vedações estabelecidas pelo ordenamento jurídico (através de princípios ou regras), possuem especificidades que justificam sua abordagem em separado (OLIVEIRA NETO, 2019, p.260). Assim, os limites procedimentais são imposições normativas que dizem respeito a requisitos formais (não se discute o cabimento da medida executiva em si) que o magistrado deve observar antes de despender a tutela executiva atípica.

a) Necessidade de prévio requerimento da parte

Há grande discussão sobre a possibilidade de que medidas executivas atípicas sejam ministradas de *ex officio* pelo magistrado em execuções pecuniárias. Borges (2019,

p. 248-262) elenca muito bem os argumentos das correntes que se opõem em relação ao tema.

A corrente que sustenta a possibilidade de que o juiz possa aplicar de ofício medidas executivas atípicas se pauta nos seguintes argumentos: 1) o processo é deflagrado por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial, somente excepcionado esse impulso oficial nos casos previstos em lei (art. 2º do CPC/2015). Assim, não havendo exceção ao impulso oficial no inc. IV do art. 139 do CPC/2015, não caberia ao intérprete criar uma hipótese de exceção a esse respeito; 2) sendo o poder geral de coerção um poder-dever do juiz, deve-se concluir que o referido dispositivo processual conferiu ao magistrado não uma faculdade, mas um poder-dever de utilizar a medida executiva mais adequada à tutela do credor; e 3) na hipótese de a sentença impor a utilização do meio de expropriação como forma mais adequada à satisfação da obrigação, caso o juiz entenda que para o cumprimento da decisão seria necessário o uso de medidas diversas, como coerções atípicas, poderiam ser expedidas medidas atípicas com base no inc. IV do art. 139 do CPC/2015.

Borges (2019, p.250-262), depois de expor os argumentos favoráveis à possibilidade de concessão de ofício de medidas executivas atípicas, sustenta o contrário com base nas seguintes justificativas: 1) caráter subsidiário da atipicidade nas execuções pecuniárias; 2) a coerção atípica seria pedido imediato da execução, passível de cumulação superveniente; 3) na execução não se afastaria o princípio da adstrição; 4) o cotejo com a regra da atipicidade primária prevista no art. 536 do CPC/2015; 5) a comparação com as coerções típicas previstas para as execuções pecuniárias; 6) o poder-geral de coerção figurar dentre os demais poderes-deveres do juiz; e 7) a execução injusta e a responsabilidade do exequente. Acredita-se que esta corrente é a que melhor atende às exigências de nosso ordenamento jurídico, de forma que se passa a justificar esse posicionamento através do desenvolvimento dos argumentos sistematizados por Borges (2019).

Como já se afirmou ao tratar das características do poder geral de coerção, a tutela executiva coercitiva, caso decorra do inc. IV do art.139 do CPC/2015, deve respeitar a ideia de atipicidade subsidiária, de sorte que medidas executivas atípicas somente poderiam ser expedidas após o esgotamento das previstas pelo legislador. Por isto, somente poderão ser ministradas após efetiva demonstração da ineficácia da técnica tipificada e da necessidade de seu emprego. Assim, “o afastamento do sistema posto em

lei como principal, ou seja, o desvirtuamento dos meios típicos, requer argumentos, provas e, por óbvio, requerimento do interessado” (OLIVEIRA NETO, 2019, p.251).

Dessa forma, o exequente, interessado que lhe seja ministrada uma medida não prevista no ordenamento, deverá se desincumbir do ônus argumentativo necessário ao afastamento da regra da tipicidade e demonstrar que a medida executiva prevista pelo legislador é ineficaz para proporcionar a satisfação de seu direito. Logo, tendo vista esse dever processual do exequente, não se pode acatar a ideia de que o magistrado poderia dispensar que o credor comprovasse a insuficiência das técnicas executivas típicas, sendo, por isso, exigido requerimento expresso devidamente fundamentado.

O segundo argumento reside no entendimento de que na execução pecuniária permanece aplicável o princípio da iniciativa, por força dos artigos 513, § 1º, 798 e 799 do CPC/2015. Desse modo, não só a deflagração do processo executivo depende de iniciativa da parte, como a promoção de providências executivas. É que tais dispositivos impõem ao exequente diversas providências que devem ser realizadas e requeridas, destacando-se: a) indicar informações relevantes sobre o executado e seus bens; b) postular a aplicação do meio executório; e c) requerer a aplicação de medida provisória.

Portanto, na hipótese de execução de obrigação pecuniária (de verbas não alimentares) compete ao exequente seguir o seguinte itinerário: a) evidenciar em sua petição qual das medidas de expropriação típicas pretende obter a satisfação de seu direito; b) caso a primeira medida típica escolhida não seja exitosa, pode ser requerida o manuseio de outra técnica executiva típica; e c) infrutíferas as medidas executivas típicas deve o exequente, justificadamente, requerer providência executiva não prevista pelo legislador. Porém, cumpre ressaltar que nada impede que o exequente, já na petição que deflagra a execução, realize uma cumulação subsidiária de meios executivos, ou seja, já indique a sequência em que deverão ser ministradas as técnicas executivas.

Outro argumento que reforça a corrente seguida refere-se à aplicação do princípio da adstrição nas lides executivas, positivado no art. 141 do CPC/2015, que veda ao juiz conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte. Transportando a aplicação desse princípio à execução pecuniária, tem-se que ele exige, inicialmente, que a medida executiva típica a ser aplicada seja a postulada pelo exequente, estando o magistrado adstrito a esse pedido. Em seguida, frustrando-se tais medidas, devem ser requeridas as atípicas, podendo o juiz expedir apenas as providências requeridas pelo credor. E não há qualquer dispositivo no CPC/2015 que excepcione essa dinâmica.

A impossibilidade de deferimento de medidas executivas de ofício decorre, também, de uma interpretação sistemática do inc. IV do art. 139 do CPC/2015. Como já debatido em tópico anterior, a atipicidade dos meios executivos é regra apenas nas execuções de títulos judiciais de obrigação de fazer sendo, nas demais, primeiramente utilizadas as medidas típicas. Dessa forma, por ser a atipicidade a regra nas referidas execuções de fazer, o *caput* do art. 536 do CPC/2015 dispôs que poderiam ser ministradas “de ofício ou a requerimento”. Por outro lado, como o emprego da atipicidade nas demais execuções exige o esgotamento das técnicas típicas, faz-se necessário o requerimento da parte nesse sentido.

Como fundamento para negar o exercício *ex officio* do poder geral de coerção, pode-se citar, também, o fato de que o CPC/2015 previu três espécies de coerções típicas cabíveis na execução pecuniária, a saber, multa, protesto e negativação, como se nota dos artigos 523, *caput*, 517, § 1º, e 782, § 3º, do CPC/2015, cuja aplicação o legislador exigiu expressamente prévio requerimento do exequente. Logo, não seria razoável e atentaria contra a isonomia sustentar que, para a expedição de medidas típicas, seria necessária prévia iniciativa da parte, enquanto a adoção de medidas atípicas poderia o magistrado atuar de ofício.

Pode-se defender a não oficiosidade com base na ideia de que, ao contrário dos demais poderes-deveres dos magistrados elencados no art. 139 do CPC/2015, cujo emprego é regra no sistema processual brasileiro, o manejo do poder geral de coerção implica em desvio do procedimento executivo típico delineado pelo legislador, excepcionalidade que justifica a necessidade de prévio requerimento. Dessa forma, tendo o emprego dos demais poderes-deveres do juiz consequências diversas da utilização do poder geral de coerção, resta justificada a proibição de expedição *ex officio* de providências executivas atípicas.

Por último, cumpre ressaltar que o derradeiro motivo para se defender a corrente em questão decorre do fato da responsabilidade pela reparação de danos do exequente na hipótese de declaração de inexistência da obrigação ser de cunho objetivo, como determina o art. 776 do CPC/2015. Explica-se. É que, sendo permitido ao magistrado conceder medida executiva atípica sem que a parte tenha requerido, poder-se-ia imputar ao exequente responsabilidade por dano não decorrente de qualquer participação sua. Logo, nesse aspecto, coaduna melhor com o sistema a vedação da atuação de ofício do magistrado, evitando-se a possibilidade de imposição de dever de indenizar a exequente que não requereu a providência executiva que ocasionou o dano ao executado.

b) Indispensabilidade de prévio contraditório

Como devidamente evidenciado em tópico abaixo, na seara executiva o direito ao contraditório, entendido como a efetiva possibilidade das partes serem ouvidas, com paridade de armas, na relação jurídica processual, com efetiva possibilidade de influenciar o juiz na formação de suas decisões, sofre relevante mitigação. É que tal direito procedimental não assume a mesma feição característica do procedimento cognitivo, uma vez que o escopo do processo de conhecimento é descobrir com qual das partes está a razão, sendo as posições jurídicas das partes equivalentes em relação à revelação da norma jurídica concreta, posto que a um ou a outro poderá ser entregue a tutela jurisdicional.

E tal mitigação do direito ao contraditório certamente decorre da eficácia abstrata do título executivo, judicial ou extrajudicial, lhe atribuída pelo CPC, que impõe que qualquer questionamento acerca da obrigação materializada no título exequendo seja transportada para outra sede, os embargos à execução, procedimento lateral, cognitivo, e à parte do procedimento executivo, respeitando-se a sequência ordenada do procedimento executivo visando a concretizar o direito do credor.

Todavia, em que pese existir referida mitigação, Borges (2019, p.265) nos apresenta cinco argumentos, com os quais se concorda, que justificam a necessidade de prévio contraditório antes da expedição de medida executiva atípica em sede de execução pecuniária, a saber: a) consagração dos objetivos de coerção; b) valorização do contraditório; c) comparação com os demais meios de coerção; d) cotejo com o meio executório de expropriação; e e) possibilidade do executado apresentar justa causa para não cumprir a obrigação.

A primeira razão para se exigir prévio contraditório decorre do caráter instrumental das medidas executivas atípicas. É que, como já explicado, o desiderato de tais medidas não é simplesmente impor sofrimento ao devedor, mas coagi-lo a cumprir a obrigação insatisfeita. Logo, para que se atinja esse resultado, é imprescindível que o deferimento da providência chegue ao conhecimento do devedor, sob pena de restar comprometida. Nesse contexto, primeiramente se ameaça para depois se aplicar sanção atípica concebida pelo magistrado. Em outras palavras, deve-se garantir ao devedor que possa cumprir a obrigação antes de sofrer os efeitos da sanção estipulada pelo magistrado.

Outro ponto a ser ressaltado diz respeito à imposição constitucional e infraconstitucional do prévio contraditório, evitando-se as chamadas decisões-surpresa. E, ainda que no processo executivo haja mitigação ao princípio do contraditório, tal

abrandamento não justifica a possibilidade de que sejam expedidas medidas executivas atípicas ao arripio dessa garantia constitucional, pois importam em graves efeitos à esfera jurídica do executado.

O terceiro fundamento para justificar o entendimento da necessidade de prévio contraditório reside na circunstância do legislador ter o estipulado no emprego das medidas executivas típicas da execução pecuniária, como se nota dos artigos 523, *caput*, 517, § 1º, e 782, § 3º, do CPC/2015. Assim, se o emprego da multa, protesto e negativação (ao contrário da multa e protesto, a imposição do contraditório não é explícita) exigem prévia ciência do executado, também no manuseio de técnicas executivas atípicas deve tal direito ser respeitado.

Outra razão para sustentar o prévio contraditório é explicada por Borges (2019, p.271) com a afirmação de que “[...] se essa é a lógica no meio executório que conduz a um abalo patrimonial do devedor (expropriação), não poderá ser diferente no meio executório que coage atipicamente a pagar ou colaborar com a execução”. De fato, seria uma postura contraditória do legislador exigir prévio contraditório para que seja expedida medida que atinja somente o patrimônio do devedor, enquanto que para determinar medidas executivas direcionadas a outros direitos de maior relevância seja dispensado escutar previamente o executado.

O último motivo aventado para se exigir o prévio contraditório decorre da necessidade de garantir ao executado, antes de sofrer os efeitos da coerção atípica determinada pelo magistrado, ter a oportunidade de apresentar justa causa que justifique sua inércia em cumprir a obrigação. Essa argumentação se fundamenta no artigo 528, § 1º, do CPC/2015.

Para finalizar o presente tópico, convém ressaltar que a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “outro limite central amiúde apresentado à aplicação dos meios atípicos de execução é a observância do contraditório prévio - salvo quando puder frustrar os efeitos da medida”⁶. Em outro caso, o Superior Tribunal de Justiça, ao constatar que o juiz de primeiro grau havia determinado a apreensão de passaporte do devedor sem prévio contraditório, revogou a medida pois, “cumprido ressaltar que, no caso dos autos, não foi observado o contraditório no ponto”⁷. Assim, verifica-se tendência

⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 478.963/RS, rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. 14/05/2019, DJE 21.05.2019.

⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC 97.876/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05/06/2018.

jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em condicionar a expedição de medidas executivas atípicas ao prévio contraditório.

3 PROPOSTA PARA O MANEJO RACIONAL DO PODER GERAL DE COERÇÃO EM SEDE DE EXECUÇÃO DE PAGAR QUANTIA

A aplicação da cláusula geral consubstanciada no inc. IV do art. 139 do CPC/2015 deve ser implementada levando em conta limites (acima tratados) e o atendimento de certos requisitos. Assim, no presente capítulo serão abordadas as condições que devem ser observadas pelos magistrados no manuseio dessa prerrogativa jurisdicional em sede de execução de pagar quantia.

Os critérios que serão abordados foram construídos a partir da pesquisa de várias obras doutrinárias (que serão citadas ao longo do texto) que se propuseram a tratar do tema e foram concebidos levando-se em consideração a circunstância de que, na aplicação das medidas executivas atípicas, ocorre a colisão entre direitos fundamentais do exequente e do executado. É por esta razão que o presente capítulo se inicia com a análise dos direitos fundamentais assegurados às partes de um processo.

3.1 Natureza dos direitos garantidos às partes no processo civil

O Novo Código de Processo Civil, ao contrário de seu antecessor, teve a preocupação de fazer constar de seu texto uma parte geral, a qual se inicia pelas normas fundamentais, restando expresso no art. 1º⁸ que os dispositivos do Código devem ser interpretados à luz da Constituição.

Porém, a jurisprudência e doutrina pátrias, mesmo antes da supervenção do CPC/2015, já vinham interpretando o texto do CPC de 1973 à luz das normas constitucionais, a fim de garantir direitos fundamentais como o relativo ao contraditório, ampla defesa, dentre outros.

Aliás, vários autores afirmam que uma das características atuais do Direito Processual é sua constitucionalização que, segundo Didier Jr. (2015), seria fenômeno que poderia ser visto em duas dimensões. A primeira dar-se-ia através da incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais. A esse respeito, o aludido autor pontua que “praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais”. Nessa linha, nosso texto constitucional, seguindo a experiência de diversos

⁸ 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.

países ocidentais, positivou diversos direitos fundamentais de índole processual, como se nota em vários incisos de seu art. 5º.⁹

Dessarte, do exame dos dispositivos acima colacionados, constata-se que nosso texto constitucional se preocupou em conferir status constitucional a direitos relativos a processos judiciais, que no passado eram protegidos apenas por normas de índole infraconstitucional.

A outra perspectiva mencionada pelo autor baiano está expressa no art. 1º do CPC/2015, qual seja, a necessidade de interpretar as normas processuais infraconstitucionais em sintonia com as normas constitucionais, de sorte que as normas processuais concretizariam as disposições constitucionais.

Por conseguinte, à vista do ordenamento jurídico pátrio, resta claro que os sujeitos imparciais e parciais que figurem em uma relação jurídico processual devem sempre ter em mente que as normas processuais extraídas do texto dos estatutos processuais devem estar alinhadas com as regras e princípios constitucionais, posto que esses ocupam o ápice de nosso sistema normativo e conferem validade às normas que lhe devem obediência.

Nesse contexto, conclui-se que a Carta Cidadã de 1988 positivou inúmeros direitos fundamentais relativos ao processo, das mais variadas índoles (penal, administrativo, civil).

Mendes, Coelho e Gonet (2007), ao tratar dos direitos garantidos às partes do processo, vaticinam que:

À falta de outra denominação genérica, também nós optamos por adotar designação assemelhada – direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais no processo -, embora conscientes de que se cuida de denominação que também peca por imprecisão. Assim, o direito ao contraditório e à ampla defesa, no sistema brasileiro, tem relevância não apenas no processo judicial civil e penal, mas também no âmbito do procedimento administrativo em geral. E, para não ser omissos, reconhece-se, às vezes, o significado desse princípio até mesmo nas relações privadas. A Constituição de 1988 consagra um expressivo elenco de direitos destinados à defesa da posição jurídica perante a Administração ou perante a órgãos jurisdicionais em geral, como se pode depreender da leitura do disposto no art. 5º, XXXIV,

⁹ Art. art. 5º: III - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; e 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.

XXXV e XXXVII a LXXIV. Da mesma forma, referira-se aos incisos LXXVI e LXVIII do art. 5º.

Assim, constata-se que os direitos e garantias processuais, ao serem positivados na Lei Maior, ainda que implicitamente, passam a ter o caráter de direitos fundamentais de índole processual, de forma que toda a normativa relativa a tal classe de direitos passa a proteger tais direitos procedimentais.

Os autores acima citados asseveram, ainda, que a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter procedimental é essencial à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, posto que impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais.

Seguindo a linha de raciocínio do último parágrafo, pode-se cogitar que realmente de nada adiantaria nossa Constituição consagrar diversos direitos fundamentais como o da propriedade, liberdade, se estes pudessem ser tolhidos ou restringidos sem que ao seus titulares fosse possível o exercício dos direitos e garantias de índole processual.

Por conseguinte, conclui-se que seria inócuo garantir o direito de propriedade e permitir que seu titular fosse privado desse direito em processo no qual não lhe tenha sido oportunizado o devido processo legal. Ou, assegurar a liberdade, mas permitir que seu titular seja preso sem que sua detenção resulte de decisão judicial proferida à luz do contraditório e ampla defesa.

Logo, o desrespeito aos direitos de índole processual não os lesam apenas, mas o próprio direito fundamental alvo de litígio no respectivo processo.

3.2 Direitos fundamentais e execução

Como exposto anteriormente, no âmbito de quaisquer modalidades de procedimentos, mormente no processo civil, os sujeitos parciais da relação jurídica processual titularizam direitos fundamentais de caráter procedimental.

Nesse contexto, cumpre salientar que, no processo de execução, dadas suas peculiaridades, há direitos fundamentais procedimentais específicos (além do que vários direitos fundamentais procedimentais são mitigados na demanda executiva), os quais devem ser observados pelo juiz quando da customização das medidas executivas a serem implementadas, no sentido de que seja o crédito do exequente finalmente satisfeito pelo devedor executado.

É que essa modalidade de atuação jurisdicional não possui o mesmo desenho daquela concebida para a formulação da norma concreta. No processo de conhecimento,

instala-se amplo e irrestrito contraditório e seus corolários, com a cognição exauriente, ampla defesa, irrestrito direito probatório etc., tendo em vista que seu desiderato é exatamente formular a norma jurídica concreta para pôr fim ao litígio em análise.

No que tange às idiosincrasias da demanda executiva, vejam-se as palavras de Abelha (2015, p.37), *in verbis*:

Observe e frise-se que o módulo processual executivo pressupõe um suposto e muito provável direito do exequente estampado em uma norma jurídica concreta, a qual recebe a alcunha de título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial. Assim, justamente porque se presta a um desfecho único, com atos concatenados para esse fim, é que se mostra aprioristicamente inidôneo o uso de meios processuais para discutir o suposto direito do exequente ali mesmo dentro do módulo executivo. Fosse possível isso, não se teria uma tutela preponderantemente executiva. Isso não significa, contudo, dizer que não existe contraditório no módulo processual executivo, mas apenas que, uma vez reconhecida a condição de executado, o contraditório fica reduzido à imposição de limites e verificação da regularidade da atividade executiva propriamente dita. Enfim, qualquer outra discussão acerca da existência, liquidez e exigibilidade do direito exequendo deve estar adstrita a uma etapa processual cognitiva, que no Código é feita por via da ação de embargos do executado, ou pela impugnação incidental, tratando-se, respectivamente, de execução fundada em título extrajudicial e cumprimento de sentença (título judicial).

Dessa forma, para determinar-se o grau de eficácia dos direitos fundamentais de cunho procedimental na lide executiva, deve-se ter em mente as características, finalidade e a estrutura do módulo processual executivo, uma vez que, além de existirem direitos fundamentais específicos, outros são alvo de mitigação nessa etapa processual.

Relevante mitigação de direito fundamental procedimental na seara executiva refere-se ao contraditório, entendido como a efetiva possibilidade das partes serem ouvidas, com paridade de armas, na relação jurídica processual, com efetiva possibilidade de influenciar o juiz na formação de suas decisões.

Todavia, o direito ao contraditório não assume a mesma feição característica do procedimento cognitivo, uma vez que, como acima relatado, o escopo do processo de conhecimento é descobrir com qual das partes está a razão, sendo as posições jurídicas das partes equivalentes em relação à revelação da norma jurídica concreta, posto que a um ou a outro poderá ser entregue a tutela jurisdicional.

É que na lide executiva “a premissa é a existência de posições jurídicas diversas – poder e sujeição –, em que a finalidade é obter – com o menor sacrifício possível do patrimônio do executado – a satisfação do direito exequendo. Certamente, também aqui

haverá ‘participação’ e atuação do réu, que tem o direito de ser ouvido dentro da perspectiva relativa à atuação da norma jurídica concreta” (ABELHA, 2015, p.103).

E tal mitigação do direito ao contraditório certamente decorre da eficácia abstrata do título executivo, judicial ou extrajudicial, lhe atribuída pelo CPC, que impõe que qualquer questionamento acerca da obrigação materializada no título exequendo seja transportada para outra sede, os embargos à execução, procedimento lateral, cognitivo, e à parte do procedimento executivo, respeitando-se a sequência ordenada do procedimento executivo visando a concretizar o direito do credor.

Por fim, é de se frisar, por óbvio, que não somente os direitos fundamentais de caráter procedimental devem ser respeitados, podem ser violados ou são alvo de mitigação, mas direitos fundamentais como o da propriedade, liberdade de locomoção, dentre outros, não devem ser descuidados pelo juiz da execução, podendo tais direitos colidir com o direito fundamental do credor em ter seu crédito satisfeito, devendo, portanto, o magistrado efetuar juízo de ponderação, como abaixo será exposto, para definir qual direito deve prevalecer no caso concreto.

Assim, em dado processo de execução, pode ocorrer a concorrência de direitos fundamentais de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa) ou a colisão de direitos fundamentais de cunho material (propriedade, liberdade de locomoção X direito do credor à satisfação de seu crédito). E, em ambos os choques, deve ser concebida uma solução específica a partir de um juízo de ponderação, customizado especificamente para o caso.

3.3 Possíveis colisões de direitos do credor e do devedor no processo executivo

Como nos alertam Mendes, Coelho e Gonet (2007, p.273-274), “no âmbito dos direitos fundamentais, porém, normas que configuram princípios são mais frequentes”. Assim, na hipótese de ocorrer uma colisão entre direitos fundamentais, seja de índole processual ou material, entre os litigantes em processo judicial, o caminho argumentativo escolhido para solução desse impasse depende da definição de se os direitos em contraposição têm a natureza de regras ou de princípios.

A distinção entre princípios e regras foi alvo de estudo por diversos autores, porém, como assevera Ávila (2003, p.28):

Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição. A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (*generak attack on Positivism*), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação de princípios (*principles*).

Nesse contexto, as regras e princípios possuem uma diferença estrutural: as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), de forma que, ou a norma incide em dada situação, sendo válida, ou a regra não incide, sendo sua aplicação completamente descartada. Por isso, fala-se em *all-or-nothing*, ou seja, a norma é aplicada em sua plenitude ou não é aplicável de forma alguma.

Todavia, os princípios possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), não sendo a lógica do tudo ou nada que rege sua aplicação, de modo que sua aplicação dar-se, no caso concreto, na medida do possível.

Mendes, Coelho e Gonet afirmam que:

Os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que seja realizado na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em grau diferenciados, conforme o caso que o atrai (2007, p.274).

Dessa forma, ocorrendo uma colisão entre direitos fundamentais em certa lide executiva, o juiz do feito deverá caracterizar se as normas que preveem os direitos envolvidos têm a natureza de regras ou de princípios, para, a partir daí, definir a solução do caso.

Entretanto, como já ressaltado, a grande maioria dos direitos fundamentais são previstos em normas princípios, decorrendo daí a grande complexidade para resolução da colisão entre tais espécies de direito.

3.4 O art. 8º do Novo Código de Processo Civil – expressa imposição da observância da proporcionalidade

O devido processo legal é direito fundamental que detém duas dimensões. A primeira é a perspectiva do devido processo legal formal ou procedimental, segundo a qual é garantido aos litigantes em geral os direitos processuais do contraditório, ampla defesa, etc.

A outra dimensão é a substancial, que garante aos litigantes decisões jurídicas substancialmente devidas, que observem a razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse contexto, para os objetivos do texto em questão, cumpre salientar que, do princípio do devido processo legal em seu viés substancial, extrai-se o postulado, ou qualquer outra natureza que lhe queira imprimir, da proporcionalidade. A propósito, veja-se excerto de decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, no RE 737981, em 28/03/2005, *in litteris*:

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada no presente recurso, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 - RTJ 178/22-24, v.g.):

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente da que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.” (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

E o postulado da proporcionalidade vem sendo utilizado pela doutrina e jurisprudência pátria como critério para solução da colisão entre direitos fundamentais encartados em normas princípios. Dessa forma, segundo o entendimento majoritário, no juízo de ponderação, a definir qual direito fundamental deve prevalecer no caso concreto, deve-se aplicar o postulado da proporcionalidade, que se divide em três estágios de verificação: a) adequação da restrição que se pretende efetuar; b) necessidade da restrição que se verificou adequada ao resultado pretendido; e c) proporcionalidade

em sentido estrito, que visa a cotejar a relação entre sacrifícios e benefícios obtidos com a solução pretendida.

Ocorre que, com a edição do Novo Código de Processo Civil, o postulado da proporcionalidade ganhou positivação expressa, sendo consagrado de forma inequívoca o dever do órgão jurisdicional observar a proporcionalidade e a razoabilidade ao aplicar o ordenamento jurídico pátrio, conforme se constata da exegese do art. 8º do CPC/2015¹⁰.

Por conseguinte, há de se concluir que o dever de observância do postulado da proporcionalidade, que já decorria do princípio do devido processo legal substancial, passou a ser expressamente exigido pelo Novo Código de Processo Civil, de sorte que, ocorrendo colisões de direitos fundamentais procedimentais expressos em princípios, deve o julgador fundamentar sua decisão mediante juízo de ponderação que se utilize do referido postulado.

3.5 Observância do postulado da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso na aplicação do inc. IV do CPC/2015

Como bem destacado por Talamini e Minami (2020, p.340), de acordo com o princípio da tipicidade dos meios executivos, a escolha das medidas de constrição a serem empregadas é definida pela lei, cabendo ao magistrado aplicar uma daquelas previstas pelo legislador. Porém, quando se cogita do princípio da atipicidade dos meios executivos, à luz da legislação processual civil brasileira, constata-se a necessidade de definir parâmetros de controle da escolha efetuada pelo juiz no caso concreto.

E ressalta ainda mais a urgência de definir os parâmetros para aplicação do inc. IV do art. 139 do CPC/2015 o fato desse dispositivo legal encerrar cláusula geral, espécie normativa que exige da doutrina o cuidado de fixar critérios que possibilitem “a concreção num quadro de inteligibilidade e controle intersubjetivos relevantíssimo, especialmente quando se trata de aplicar cláusulas gerais”¹¹.

Essa dificuldade no manejo do poder geral de coerção é também reconhecida por Talamini e Minami (2020, p.340), os quais asseveram que “a escolha da medida atípica a ser utilizada em cada caso concreto não é tarefa fácil. Um conjunto de postulados e

¹⁰ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹¹ Judith Martins Costa (Prefácio a Maria Cláudia Mércio Cachapuz. Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. *In*: COSTA, Judith Martins (Org). Modelos de direito privado *apud* BORGES, 2019, p.323.

princípios rege a atuação do órgão julgador, estabelecendo balizas para a eleição da medida executiva correta”.

Nesse contexto, constata-se que houve certo descuido do legislador ao conceder o poder geral de coerção aos magistrados por meio da mera previsão no inc. IV do art. 139 do CPC/2015, uma vez que não deixou claro quais seriam os parâmetros a serem seguidos pelos juízes no manuseio dessa cláusula geral.

Desse modo, cumpre à doutrina formular quais seriam os critérios a serem observados para concessão de medida executiva atípica. Doutrinadores¹² de projeção nacional defendem que o caminho a ser seguido seria a utilização dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso. De fato, este é o caminho argumentativo a ser seguido pelos magistrados na fundamentação da aplicação do inc. IV do art. 139 do CPC/2015.

A doutrina é rica em estudos sobre a aplicação dos aludidos postulados, impondo-se a escolha de um caminho metodológico. Logo, adota-se como marco teórico a esse respeito o trabalho publicado por Ávila (2003), uma vez que, como acima ressaltado, o manuseio do poder geral de coerção implica na concorrência de direitos fundamentais das partes.

3.5.1 Esclarecimentos iniciais

Malgrado não seja escopo do presente trabalho, é importante para o desenvolvimento do tema proposto esclarecer duas questões: a) quais as diferenças entre regras e princípios? e 2) a proporcionalidade é mesmo princípio?

De forma sintética, e sem qualquer pretensão de se aprofundar no tema, com base em Alexy (2015, p.87), convém esclarecer que sob o vocábulo “norma” estão reunidos os princípios e regras. Essas espécies normativas representam exigências e determinações “no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2015, p.91) e têm aplicação através da técnica da subsunção. Enquanto os princípios configuram-se em mandados de otimização, posto que são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (p.90). Desse modo, as regras são sempre satisfeitas ou não (subsunção), enquanto que os princípios, por não expressarem um mandado definitivo, expressando apenas valores perseguidos, apenas têm sua aplicação definitiva no sopesamento entre princípios concorrentes, após se estabelecer qual deve prevalecer.

¹²¹² Seguem esse posicionamento: Talamini e Minami (2020), Borges (2019), Minami (2018).

Ávila (2003, p.70) apresenta interessante quadro esquemático sobre as diferenças sobre regras e princípios que muito ajuda na compreensão desse *discrimen*:

	Princípios	Regras
Dever imediato	Promoção de um estado ideal de coisas	Adoção da conduta descrita
Dever mediato	Adoção da conduta necessária	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores
Justificação	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas	Correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato
Pretensão de decidibilidade	Concorrência e parcialidade	Exclusividade e abarcância

No que tange à outra indagação, é importante iniciar sua análise com o alerta de Ávila (2003, p.81) de que grande parte da doutrina enquadra diversos postulados, a exemplo da proporcionalidade, na categoria dos princípios. Em verdade, há deveres que “situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras” (p.80). Assim, esses deveres permitem a verificação das hipóteses de violação às normas cuja aplicação estruturam. “A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas”.

Nesse contexto, esses deveres que atuam no auxílio da aplicação das regras e princípios são denominados por Ávila (2003, p.80) de postulados normativos e se situam em plano diverso daquele das normas cuja aplicação estruturam. São, como bem aponta o autor, metanormas ou normas de segundo grau, pois, ao contrário dos princípios, não visam à promoção de um objetivo, mas a estruturar a aplicação do dever de promover um fim. Ademais, não prescrevem comportamentos, mas modos de raciocínio e argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.

Logo, ao longo das linhas seguintes, atribui-se à proporcionalidade o caráter de postulado e não princípio, à luz doutrina de Ávila (2003), uma vez que evidente sua função de apontar qual direito fundamental positivado em norma-princípio deve prevalecer em colisão advinda do manuseio do poder geral de coerção.

Assim, essas são as premissas conceituais norteadoras do presente trabalho acerca da discussão da diferença entre regras e princípios e da natureza jurídica da proporcionalidade.

3.5.2 Exames inerentes à proporcionalidade¹³

Inicialmente, antes de tratar dos três aspectos do postulado da proporcionalidade, convém esclarecer que “O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*” (ÁVILA, 2003, p.108). Assim, somente há de se cogitar da aplicação desse postulado perante uma situação na qual se deve ponderar acerca das possibilidades de certa medida realmente atingir o fim visado (exame da adequação), de ser ela a menos restritiva dentre as que poderiam ser manuseadas para atingir o objetivo (exame da necessidade) e de a finalidade buscada justificar a restrição realizada (exame da proporcionalidade em sentido estrito). Destarte, a aplicação do postulado da proporcionalidade importa na realização de um juízo de meio/fim.

Nesse contexto, o postulado da proporcionalidade contempla três critérios, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que passam a ser analisados nos sub tópicos a seguir.

3.5.2.1 O postulado da proporcionalidade pela máxima parcial da adequação

Na primeira fase de aplicação do postulado, verifica-se se a medida escolhida realmente é adequada a atingir o fim pretendido. Ávila (2003, p.108-109) ressalta que essa aferição, consistente em “juízo de relação empírica entre meio e fim” demanda respostas a três questionamentos, a saber: a) “O que significa um meio ser adequado à realização de um fim?”; b) “Como deve ser analisada a relação de adequação?”; e c) Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?”

A resposta à primeira indagação exige análise a partir de três perspectivas: quantitativa (intensidade), qualitativa (qualidade) e probabilística (certeza). Sob a ótica quantitativa, deve-se analisar se um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim almejado que outro meio. O prisma qualitativo denota se um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. No que se refere à esfera probabilística, pondera-se se um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que o outro meio.

Nesse contexto, sopesando as peculiaridades do caso concreto, com base nos aspectos acima relacionados da máxima parcial da adequação, deve o magistrado, ao

¹³ Nomenclatura criada por Ávila (2003, p.108).

manusear o poder geral de coerção, escolher o meio executivo hábil a atingir “minimamente o fim, mesmo que esse não seja o mais intenso, o melhor e o mais seguro”.

Já a resposta à segunda pergunta (“Como deve ser analisada a relação de adequação?”), demanda a verificação de que em quais aspectos pode ser examinada a adequação. Ávila (2003, p.110) aponta que “a adequação pode ser analisada em três dimensões: abstração/concretude; generalidade/particularidade; antecedente/posteridade”.

Na dimensão abstração/concretude, analisa-se se uma medida tem o potencial, em abstrato, de atingir o fim pretendido. Ademais, verifica-se se também é hábil a obter o fim pretendido no caso concreto.

Na segunda dimensão (generalidade/particularidade), perscruta-se se a medida atingiu o fim perseguido na maioria dos casos em que foi ministrada. A medida será adequada se o escopo for obtido na maioria dos casos em que adotados. Com relação à particularidade, “A medida será adequada somente se todos os casos individuais demonstrarem a realização do fim” (ÁVILA, 2003, p.110).

No que tange à terceira dimensão (antecedência/posteridade), a análise da adequação da medida será aferida à luz das circunstâncias presentes ao tempo de sua adoção. “A medida será adequada se o administrador avaliou e projetou bem a promoção do fim no momento da adoção da medida” (ÁVILA, 2003, p.111). Na hipótese de, posteriormente, perceber-se equívoco em seu deferimento, não será o caso de reconhecer sua invalidade, pois, pela dimensão posteridade, deverá ocorrer sua revogação e a escolha de nova medida.

Após encerrar a análise de tais dimensões da adequação, Ávila conclui não ser possível uma resposta categórica sobre o que significa adotar uma medida adequada, asseverando que, nas situações em que o poder público está atuando em diversos casos, genericamente considerados, a medida será adequada quando *in abstracto* e geralmente servir de instrumento para obtenção do fim pretendido. Por outro lado, nos casos individualmente considerados, o meio será considerado adequado quando promover o fim *in concreto*. Mas, alerta que, em qualquer dessas hipóteses (em abstrato ou em concreto), a adequação deve ser sopesada no momento da escolha do meio pelo Poder Público e não em momento posterior, quando essa escolha é avaliada pelo julgador.

E, para responder ao terceiro questionamento (“Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração?”), Ávila (2003, p.112) ressalta ser indispensável a análise de dois níveis de controle: um forte e um fraco. No modelo de

controle forte, qualquer demonstração de que o meio não promove a realização do fim bastaria para justificar a declaração de sua invalidade; enquanto que no modelo fraco, apenas a demonstração objetiva, evidente e fundamentada subsidia o reconhecimento de sua invalidade. O autor assevera que o modelo fraco seria o adotado pelo ordenamento jurídico.

Concluída a análise da máxima parcial da adequação à luz da teoria de Ávila (2003), convém adequar essas lições para o campo das medidas executivas atípicas, tarefa muito bem executada por Borges (2019, p.331), que chegou às seguintes conclusões: a) Em sede executiva, o meio executivo será reputado adequado quando promover, nos planos fático, concreto e individual, o fim pretendido. E, na perspectiva da aplicação das medidas executivas atípicas, será adequado o meio que, restringindo algum direito do executado, o coagir a cumprir a obrigação ou indicar bens à penhora; b) deve-se ter o cuidado de considerar as informações obtidas até o momento da escolha da medida, circunstância que ressalta a importância do exequente em trazer aos autos informações sobre a pessoa do devedor e sobre eventuais indícios de ocultação do seu patrimônio; e c) sob a ótica da máxima parcial de adequação, não se deve entender existir correlação instrumental entre o meio adotado e a origem da obrigação pecuniária do executado, mas sim a relação existente entre a medida aplicada e a efetiva pressão psicológica que essa possa exercer sobre o devedor.

Por conseguinte, a máxima parcial da adequação “impõe que o juiz considere abstratamente uma relação de meio/fim entre a medida executiva e o resultado a ser obtido, determinando a providência que se mostre mais propícia a gerar aquele resultado” (TALAMINE; MINAMI, 2020, p.343). Assim, nessa primeira fase da aplicação do postulado da proporcionalidade, deve o magistrado, ao customizar medida executiva atípica, atentar para aptidão desta em gerar o resultado pretendido, de acordo com os três questionamentos apontados por Ávila (2003) referencial teórico adotado.

3.5.2.2 O postulado da proporcionalidade pela máxima parcial da necessidade

No segundo instante da aplicação do postulado da proporcionalidade, o juiz supera a preocupação em definir uma medida adequada a alcançar o resultado almejado, passando a verificar se essa é a que menos sacrifício imponha ao executado. Nesse momento, o foco está no devedor.

Ávila (2003, p.114) assevera que o exame da necessidade deve ser procedido em duas etapas de investigação, a saber: a) “exame da igualdade de adequação dos meios”: envolve o cotejo entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio escolhido; e b) “exame do meio menos restritivo”: verifica-se se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais implicados.

Porém, Ávila (2003, p.116) alerta que “o exame da necessidade não é, porém, de modo algum singelo”, uma vez que, quando “os meios são diferentes não só no grau de restrição dos direitos fundamentais, mas também no grau de promoção da finalidade”, não há critérios objetivos norteadores da escolha “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. Em relação a esse grande dilema, o autor destaca a grande importância da transparência do processo de ponderação, cuja reconstrução posterior deve ser possível.

E, extrapolando as considerações acima feitas para o tema alvo da presente dissertação, conclui-se que “se existir mais de um meio adequado e faticamente possível, deve-se optar por aquele que ensejará menos prejuízos ou consequências negativas aos direitos fundamentais em processo de ponderação” (BORGES, 2019, p.333). Assim, “o critério da necessidade estabelece um limite: não se pode ir além do necessário para alcançar o propósito almejado” (TALAMINE; MINAMI, 2020, p.344).

Nesse contexto, convém frisar que vários doutrinadores¹⁴ apontam que a máxima parcial da necessidade também teria amparo no art. 805 do CPC/2015, uma vez que este estatui que, “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

Desse modo, “diante da multiplicidade de direitos que podem sofrer restrições pelos meios coercitivos atípicos, o quesito do mínimo prejuízo deve ser sopesado com o grau de efetividade de cada medida, grau este a ser analisado *in concreto* e individualmente” (BORGES, 2003, p.335).

3.5.2.3 O postulado da proporcionalidade pela máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito

Nesta derradeira quadra de aplicação do postulado da proporcionalidade, pondera-se se o sacrifício do direito atingido pela medida é justificado pelo fim visado. Nas

¹⁴ Dentre outros, veja-se Borges (2019, p.333).

palavras de Ávila (2003, p.116), busca-se com essa máxima parcial responder ao seguinte questionamento: “O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?”. Logo, em tal etapa é realizado o cotejo entre o grau de restrição ao direito fundamental e o resultado obtido com a medida. Caso se verifique certo equilíbrio nessa comparação, afirma-se que a medida passou pelo crivo da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que o objetivo atingido justifica a restrição de direito imposta.

Como Ávila (2003, p.116) destaca, esse exame é complexo, “pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva.” Acredita-se que essa subjetividade pode ser, de certa forma, mitigada com o cotejo do bem jurídico que está sendo sacrificado com aquele que a medida visa a consagrar, de forma que, podem ocorrer duas situações: a) o fim visado busca concretizar bem jurídico de maior relevância que o direito alvo de restrição – juízo positivo quanto à proporcionalidade em sentido estrito; e b) o direito fundamental sacrificado apresenta maior estatura que o bem jurídico que se quer proteger com a medida – juízo negativo quanto à proporcionalidade em sentido estrito.

E, ao contextualizar a aplicação dessa máxima ao emprego das medidas executivas atípicas, convém ressaltar que esse critério impõe ao magistrado o dever de zelar pela efetividade da atividade jurisdicional, “sopesando este direito fundamental em contraponto à afetação do direito do devedor, para o qual o dever de cuidado já se cristalizou na análise da adequação e necessidade da medida” (BORGES, 2019, p.336-337).

Dessa forma, como ressaltado acima, sendo a aplicação da máxima em tela a realização de juízo de comparação do bem jurídico que está sendo sacrificado com aquele que a medida visa a consagrar, ao exercer o poder geral de coerção, deve o julgador cotejar os direitos do executado sobre os quais recai a medida executiva com a natureza do crédito do exequente. Do resultado desse juízo, verificar-se-á se atendida a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

3.5.3 Dos postulados da proibição do excesso e da razoabilidade

O postulado da proibição do excesso objetiva impedir que o Poder Público tome medida que restrinja excessivamente qualquer direito fundamental. Deve ser empregado em qualquer contexto em que direito fundamental esteja sendo alvo de limitação. Assim, visa à preservação do núcleo fundamental dos direitos fundamentais, repelindo a

possibilidade de o Estado expedir medida que implique verdadeira negação de direito fundamental.

A distinção entre os postulados da proporcionalidade e a proibição ao excesso reside na circunstância de que esse tem a função de pré-selecionar as medidas que não comprometem o núcleo fundamental dos direitos fundamentais envolvidos e que serão, então, alvo de ponderação à luz da proporcionalidade. Dessa forma, a proibição ao retrocesso, no processo de ponderação, atua em momento anterior à proporcionalidade. Ávila (2003, p.92) concebe engenhosa metáfora para representar o postulado da proibição do retrocesso, comparando-o a “um grande círculo representando os graus de intensidade da restrição de um princípio fundamental de liberdade, dentro do qual outros círculos concêntricos menores estão inseridos, até chegar ao círculo central menor cujo anel representa o núcleo inviolável.” A proporcionalidade em sentido estrito operaria entre a coroa mais interna e a mais externa, comparando o grau de restrição da liberdade com o grau de promoção da finalidade pública, enquanto a proibição do excesso evita que qualquer medida seja empreendida comprometendo o núcleo fundamental da liberdade.

No âmbito do emprego das medidas executivas atípicas, o postulado da proibição do excesso impede que o julgador implemente medida executiva que comprometa o núcleo fundamental de direito fundamental do executado. Como exemplo, poder-se-ia citar hipótese em que o magistrado, a fim de compelir o devedor a pagar dívida, impõe ao executado proibição de cruzar os limites territoriais do município de sua residência, por qualquer razão (BORGES, 2019, p.338). Em tal caso, é evidente que o núcleo fundamental do direito à liberdade do devedor restaria comprometido, não havendo sequer de se passar à análise da proporcionalidade da medida executiva.

No que se refere ao postulado da razoabilidade, deve este ser abordado em três perspectivas (ÁVILA, 2003, p.95-104): a) razoabilidade como equidade: na aplicação das normas jurídicas, deve-se considerar aquilo que normalmente acontece e não circunstâncias excepcionais; b) razoabilidade como congruência: as medidas empreendidas pelo Poder Público devem ser harmônicas com as circunstâncias em que se dá sua aplicação. Não pode a medida ser aplicada se seu pressuposto fático não é verificado no mundo fenomênico; e c) razoabilidade como equivalência: nessa perspectiva, exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que dimensiona.

E, exemplo de medida desarrazoada na esfera do exercício do poder geral de coerção, seria medida que impõe prisão a devedor de dívida não alimentícia, pois o

critério adotado – dívida não alimentícia - não serve à medida adotada, prisão do executado (BORGES, 2019, p.338).

Por conseguinte, os postulados da proibição do excesso e da razoabilidade, juntamente com o da proporcionalidade, devem ser aplicados pelo magistrado no exercício do poder geral de coerção, possibilitando o conhecimento das razões pelas quais a respectiva medida executiva foi expedida.

3.6 Síntese das posições doutrinárias e do Superior Tribunal de Justiça acerca dos critérios para aplicação de medidas executivas atípicas em sede de execuções pecuniárias¹⁵

Nas linhas anteriores, foi exposto o entendimento seguido pelo presente autor quanto aos critérios que os magistrados devem seguir para o manejo de medidas executivas atípicas nas execuções pecuniárias, de sorte que, neste momento, apresentar-se-á uma síntese acerca das posições doutrinárias e do Superior Tribunal de Justiça quanto a esse tema.

Greco (2020) defende que os requisitos para o manejo do poder geral de coerção seriam “necessidade, adequação, conexão instrumental específica, proporcionalidade, razoabilidade, subsidiariedade, excepcionalidade, devido processo legal, aferição e proteção o *periculum in mora* inverso”.

Paula Sarno Braga, Leonardo Carneiro da Cunha, Fredie Didier e Rafael Alexandria (2017) proclamam que a aplicação de medidas executivas atípicas devem seguir as seguintes diretrizes: a) subsidiariedade das medidas atípicas frente às típicas; b) o campo de aplicação estende-se aos títulos executivos extrajudiciais e às execuções provisórias; c) deve-se observar o postulado da proporcionalidade; d) a decisão que aplica medida executiva atípica deve ser fundamentada; e) o contraditório pode ser diferido; f) não há adstrição entre o pedido da parte e a medida executiva aplicada; e g) as medidas executivas atípicas podem ser aplicadas de ofício.

Já para Neves (2017, p.148), a aplicação de tais medidas executivas deve se pautar nos seguintes requisitos: a) que os meios típicos não foram capazes de satisfazer o débito em execução; b) que o meio executivo atípico seja eficaz à satisfação da dívida em execução; c) não é necessária a correlação entre a medida e natureza da obrigação em execução; d) devem ser observados os postulados da proporcionalidade e da

¹⁵ Na obra de Borges (2019) há vasto elenco de posições doutrinárias.

razoabilidade; e) é viável a aplicação cumulativa de medidas, sendo interessante o seu escalonamento; f) podem ser aplicadas de ofício; g) somente haverá contraditório diferido acaso se verificarem os requisitos da tutela provisória; h) o ônus de comprovar o atendimentos dos requisitos da medida recai sobre o exequente; i) o magistrado deve fundamentar a aplicação da medida de forma completa e exauriente.

Na perspectiva de Yahrshell (2018), o manejo do poder geral de coerção deve obedecer aos seguintes requisitos: a) a natureza da obrigação a ser satisfeita; b) verificação da pessoa do devedor, a fim de que se verifique a existência de patrimônio que não está sendo atingido pela execução; c) tempo transcorrido desde o inadimplemento, de modo que a tutela executiva seja efetiva e tempestiva; d) os gravames adicionais que o inadimplemento possa trazer ao devedor; e e) preservação de direitos não patrimoniais do devedor e/ou consideração de direitos patrimoniais do devedor que também possam ser relevantes.

Para Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2016, p.755-783), a aplicação de medidas executivas atípicas pressupõem o preenchimento dos seguintes requisitos: a) somente seriam aplicáveis às execuções de títulos executivos judiciais; b) não se aplica a subsidiariedade dos meios atípicos; e c) podem ser aplicadas de ofício pelo magistrado.

Minami (2018, p.224-230) acredita que existem “critérios mínimos para a aplicação da atipicidade executiva”, que seriam os seguintes: a) subsidiariedade das medidas atípicas; b) possibilidade de aplicação de ofício pelo juiz de medida executiva atípica; c) aplicação do postulado da proporcionalidade; d) não é necessária correlação entre a medida e obrigação; e) a decisão que a aplica deve explicitar os motivos para a não aplicação dos meios típicos e o manejo dos meios atípicos; e f) pode ser aplicada em títulos extrajudiciais e em execução provisória.

Para o conhecimento de mais outros posicionamentos doutrinários sobre os critérios para o manejo de medidas executivas atípicas, recomenda-se consulta da obra de Borges (2019, p.348-353), trabalho em que são elencados diversos outros posicionamentos doutrinários sobre o tema.

Não poderia deixar de ser mencionada a posição da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados, consolidada no enunciado 48¹⁶, que apregoa os seguintes elementos para a aplicação do poder geral de coerção: a) o inc. IV do art. 139

¹⁶ Teor do enunciado: O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais

do CPC/2015 estabelece um poder geral de efetivação; e b) aplicável a qualquer ordem judicial, em sede de cumprimento de sentença e na execução por título extrajudicial.

Por último, cumpre mencionar que o Superior Tribunal de Justiça¹⁷, em 2019, através da Terceira Turma, estabeleceu as seguintes diretrizes quanto à aplicação do inc. IV do art. 139 do CPC/2015, a saber: a) contraditório prévio; b) subsidiariedade das medidas executivas atípicas; c) a decisão deve ser fundamentada; d) necessidade da existência de ocultação de patrimônio pelo devedor.

Face ao que foi acima exposto, pode-se concluir acerca das posições relativas aos critérios para o manejo adequado do poder geral de coerção, que: a) não há convergência doutrinária quanto a certos requisitos, como a possibilidade de deferimento da medida de ofício e da aplicação da subsidiariedade, por exemplo. Ademais, não há nem mesmo tratamento homogêneo quanto à nomenclatura utilizada para os requisitos para o deferimento das medidas executivas atípicas, que ora são tratados como *standards*, ora como pressupostos, diretrizes, etc.; e b) não há consenso quanto à necessidade de prévio contraditório antes do deferimento da medida atípica.

3.7 O papel da fundamentação no controle das medidas executivas atípicas

Como se aduz do texto constitucional (art. 93, IX, CF) e do CPC/2015 (art. 489, II), todo pronunciamento judicial de cunho decisório exige fundamentação. E, como bem destacam Braga, Cunha, Didier Jr e Oliveira (2017, p.346), “o papel da fundamentação ganha ainda mais importância quando o órgão julgador exercita o poder geral de efetivação previsto nos arts. 139, IV e 536 § 1º, do CPC, determinando medida atípica para forçar o cumprimento de determinada prestação”.

A importância da fundamentação da decisão que impõe medida atípica reside no fato de que é por meio da análise das razões que se efetua o controle da escolha por esta ou aquela medida executiva atípica. Assim, compete ao juiz, na fundamentação, deixar evidente os motivos da sua escolha, expondo de forma racional sua argumentação.

Nesse contexto, de acordo com o entendimento seguido por este autor e acima tratado, deve o magistrado, ao deferir medida executiva atípica, expor em sua decisão, à luz dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso, as razões pelas quais optou pela aplicação de determinada medida executiva atípica.

¹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1782418/RJ, rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª T. j. 23.04.2019, DJe 26.04.2019. Brasil, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1788950/MT, rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª T., j. 23.04.2019, DJe 26.04.2019.

4 ESPÉCIES DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS EM EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS

Como já foi amplamente discutido no presente trabalho, o inc. IV do art. 139 do CPC/2015 encerra cláusula geral que autoriza ao magistrados o manuseio de meios de execução direta ou indireta. Assim, o poder geral de coerção pode se manifestar mediante técnicas de execução direta ou por sub-rogação (desapossamento, transformação ou expropriação) ou por meio de técnicas de execução indireta (patrimonial ou pessoal).

Nessa derradeira etapa do trabalho, apresentar-se-á uma classificação das medidas executivas atípicas segundo o critério do “bem jurídico que atingem com a finalidade de forçar o seu destinatário a satisfazer uma prestação ou a cumprir uma determinação judicial” (OLIVEIRA NETO, 2019, p.265).

Porém, há autores como Minami (2018) que adotam uma classificação mais ampla, categorizando as medidas executivas atípicas em duas classes: Medidas executivas atípicas de conteúdo patrimonial e medidas executivas atípicas de conteúdo não patrimonial.

Por ser mais precisa, preferiu-se seguir a linha da classificação proclamada por Oliveira Neto (2019, p.265-311) que serviu de referência para a confecção do presente capítulo.

4.1 Medidas executivas atípicas limitadoras da liberdade – prisão civil

Sobre a possibilidade de decretação de prisão como técnica executiva para constranger o devedor a solver obrigação inadimplida, duas correntes doutrinárias se dividem a esse respeito: a) uma no sentido de não defesa da prisão civil para esse fim, com exceção da execução de alimentos decorrentes do Direito de Família; e b) outro no sentido da possibilidade da prisão civil para todas as situações não contempladas no conceito de “dívida”.

Dentre os doutrinadores da corrente que somente admitem a prisão no caso de dívida alimentar, cumpre citar Eduardo Talamine (2001, p.297), para quem “o preceito constitucional consagrou essa hipótese como exceção justamente porque a regra geral nele contida é a vedação de qualquer prisão civil”.

Do outro lado, como representante dos doutrinadores que admitem a prisão civil por dívida além da hipótese de dívida alimentar, cumpre citar Marcelo Lima Guerra (1998, p.245-246), que sustenta que “uma exegese que restrinja a vedação do inc. LXVII do art. 5º da CF aos casos de prisão por dívida em sentido estrito preserva

substancialmente as possibilidades de se empregar a prisão civil como medida coercitiva para assegurar a prestação efetiva de tutela jurisdicional.” Destarte, essa corrente sustenta que o texto constitucional veda somente a utilização da prisão civil para satisfação de direitos patrimoniais, de sorte que seria viável a decretação de tal medida na hipótese de violação de direitos da personalidade ou do direito ambiental, por exemplo (MARINONI, 1992, p.293-295). Assim, verifica-se a presença de doutrinadores de grande renome em ambos as posições, sendo relevantes os argumentos de ambos os lados.

Todavia, ambas as posições doutrinárias convergem no sentido de não ser cabível a prisão civil como medida executiva em sede de execução de obrigação pecuniária, diante da vedação constante do texto constitucional (inc. *LXVII* do art. 5º da CF). Ao interpretar esse dispositivo constitucional, Arenhart (2000, p.211-212) assevera que “não se proíbe, assim, a prisão civil – usada como meio de coerção. O que é inviabilizada pela Lei Maior é a prisão que tem origem em dívida, ou seja, aquela estabelecida para cumprimento de liame obrigacional.”

Portanto, vê-se que, malgrado haja discussão quanto ao cabimento da decretação e prisão civil na execução de direitos não patrimoniais, não resta dúvida de que seria invalidada tal imposição em sede de execução de obrigação pecuniária, de óbvia natureza patrimonial. Logo, não pode o magistrado optar por essa técnica de execução indireta, sendo tal limite objetivo ao uso de medida executiva desse jaez, como foi explicitado em [tópico 3.6.1](#).

4.2 Medidas executivas atípicas limitadoras da livre circulação

a) Apreensão de passaporte (arraigo)

Talvez a medida que atinge a livre circulação mais debatida atualmente e alvo de várias decisões judiciais, inclusive de tribunais superiores¹⁸, é a apreensão de passaporte, cujo desiderato é coagir o executado a cumprir a obrigação insatisfeita, sob pena de restar impedido de realizar viagens internacionais. Nesse contexto, decisão que gerou grande polêmica no cenário jurídico nacional foi a proferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no Recurso em Habeas Corpus n.º 97.876 - SP¹⁹.

¹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1782418/RJ, rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª T. j. 23.04.2019, DJe 26.04.2019. Brasil, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1788950/MT, rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª T., j. 23.04.2019, DJe 26.04.2019.

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC97876/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T. j. 05.06.2018, DJe 09.08.2018.

Nessa demanda, o remédio heroico foi manejado contra decisão proferida pela 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré/SP que, nos autos de uma execução de título extrajudicial, deferiu os pedidos de suspensão do passaporte e da carteira nacional de habilitação do executado. Ao impetrar o *writ*, o impetrante argumentou que o deferimento de suspensão daqueles documentos violaria sua liberdade de locomoção.

O ministro relator, acerca da apreensão do passaporte, argumentou:

No caso dos autos, observada a máxima vênia, quanto à suspensão do passaporte do executado/paciente, tenho por necessária a concessão da ordem, com determinação de restituição do documento a seu titular, por considerara medida coercitiva ilegal e arbitrária, uma vez que restringiu o direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Com efeito, não é difícil reconhecer que a apreensão do passaporte enseja embaraço à liberdade de locomoção do titular, que deve ser plena, e, enquanto medida executiva atípica, não prescinde, como afirmado, da demonstração de sua absoluta necessidade e utilidade, sob pena de atingir indevidamente direito fundamental de índole constitucional (art. 5º, incisos XVe LIV).

Por conseguinte, a decisão consignou a impossibilidade de retenção de passaporte naquele caso, mas não afastou sua aplicação em situações futuras, a depender das circunstâncias e de fundamentação através da qual reste demonstrada o atendimento do postulado da proporcionalidade. Aliás, a fim de afastar quaisquer dúvidas sobre essa constatação, veja-se o seguinte excerto da decisão:

Por fim, anoto que o reconhecimento da ilegalidade da medida consistente Justiça apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência.

A fim de corroborar o posicionamento acerca da possibilidade de apreensão de passaporte, cumpre salientar o entendimento de que tal medida sequer poderia consubstanciar limitação de liberdade, mas sim de limitação à livre circulação, o que já ocorreria constantemente em função de leis e imposições administrativas. Assim, “a proibição de sair do Brasil, efetivada mediante a apreensão do passaporte, com o devido respeito àqueles que pensam em sentido contrário, não ofende nem o Modelo Constitucional do Processo nem a legislação infraconstitucional” (OLIVEIRA NETO, 2019, p.284).

Porém, há aqueles que sustentam que “a apreensão de passaporte gera severa privação do direito à locomoção do indivíduo, que fica impossibilitado de deixar o país”

(CARREIRA; ABREU, 2020, p.284.) E, adiante, arrematam sobre essa medida: “trata-se de promíscua confusão ente o penal e o civil, de restrição do direito de liberdade para consecução de fins meramente patrimoniais.”

De fato, tal como concluiu o Superior Tribunal de Justiça, não é o caso de se firmar proibição genérica de apreender passaporte, mas à luz do postulado da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso, deve o magistrado ponderar sua viabilidade no caso concreto, chamando-se a atenção para o fato de que “em um país como o Brasil, no qual um quarto da população ainda vive abaixo da linha da miséria (52 milhões de habitantes), quem são as pessoas que viajam para o exterior?” (OLIVEIRA NETO, 2019, p.284).

Assim, como aqueles que possuem renda suficiente para deixar o território brasileiro em tese teriam renda suficiente para pagar o que devem a seus credores, então o arraigo seria uma medida que normalmente não seria empregada. Em verdade, seu manuseio somente ocorreria em situações excepcionais, em que os devedores contumazes violam o direito da parte contrária à satisfação de seu direito, devendo prevalecer na hipótese o direito fundamental à efetividade da jurisdição sobre o direito à livre circulação do executado. Ademais, cumpre ressaltar, ainda, que essa medida executiva seria inócua para a grande maioria dos brasileiros, tendo em vista que grande parte da população brasileira sequer possui passaporte.

Destarte, não há como se afastar, em tese, a possibilidade de apreensão de passaporte como medida executiva atípica em execuções pecuniárias, visto que é medida empregada em casos anormais, “nos quais a conduta improba do seu destinatário faz com que o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional prevaleça sobre o direito fundamental à liberdade” (OLIVEIRA NETO, 2019, p.285).

b) Proibição de frequência a local determinado

A exemplo do que se verifica no âmbito penal com a proibição de frequentar estádios de futebol ou de transitar em distância inferior à fixada pelo juízo no caso de violência doméstica, cogita-se de medida executiva atípica consistente na proibição de frequência a local determinado. Assim, com o emprego dessa técnica executiva, ao executado, até que adimplisse a obrigação devida, seria vedado frequentar determinados locais.

Nossos tribunais, muito embora não tenha sido à luz do inciso IV do art. 139 do CPC/2015, já debateram bastante sobre a possibilidade de proibição imposta pelo condomínio ao condômino inadimplente, vedando sua fruição das áreas comuns do

condomínio edilício. O Superior Tribunal de Justiça²⁰, antes da vigência do CPC/2015, firmou entendimento no sentido de que é ilegal ao condomínio impedir os condôminos inadimplentes a frequentar as áreas comuns, pois restariam ofendidos seu direito à propriedade e sua dignidade da pessoa humana, assim como pelo fato de que existiriam meios mais céleres de cobrança.

Porém, “com a devida vênua, há necessidade da revisão do entendimento predominante, fundada nos parâmetros valorativos do novo sistema executivo, já que a proibição imposta com base no Poder Geral de Coerção não apresenta natureza de pena” (OLIVEIRA NETO, 2019, p.287). De fato, com a supervenção do inciso IV do art. 139 do CPC/2015, deve a jurisprudência a esse respeito ser revisitada, a fim de que o tema seja agora examinado sob a perspectiva desse dispositivo processual.

Nesse contexto, acredita-se que os juízes, nas execuções de taxas condominiais, deverão ponderar, à luz dos postulados acima tratados, se no caso deve preponderar o direito fundamental à propriedade sobre as áreas comuns ou deve prevalecer o direito à tutela executiva eficiente dos demais condôminos adimplentes que estão representados em juízo pelo condomínio. Logo, não há sentido, à luz da moderna teoria dos direitos fundamentais, estabelecer, *in abstracto*, que o direito à propriedade dos condôminos sempre deve prevalecer sobre os interesses dos demais que estão inadimplentes.

Assim, a edição do inciso IV do art. 139 do CPC/2015 impõe que seja a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça revisitada e o tema em questão analisado sob a ótica do poder geral de coerção e da aplicação dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade.

4.3 Medidas executivas pecuniárias atípicas

a) Multa atípica

Ao examinar o § 1º do art. 523 do CPC/2015, constata-se que a multa de 10% prevista nesse dispositivo, para além de constituir uma coerção no sentido de compelir o executado a saldar seu débito, detém uma feição marcadamente punitiva. “Observe que a multa, neste caso, desempenha um papel distinto das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro, cujo objetivo de sua estipulação é forçar o devedor a cumprir a obrigação” (CARREIRA; ABREU, 2020, p.288). É que, na execução dessas últimas espécies de obrigações, o juiz fixa a multa em valor apropriado a forçar o cumprimento

²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.564.030/MG, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, 3ª T. j. 09.08.2016, DJe 10.08.2016. Brasil.

da prestação. Já em face das obrigações de pagar quantia, o magistrado não pode calibrar o percentual da multa, impondo-lhe a aplicação de multa fixa de 10%.

Destarte, “permitir que o juiz, com base no art. 139, IV, do CPC, imponha outra multa, a pretexto de compelir o devedor de quantia ao pagamento, viola o princípio da proibição do excesso, visto anteriormente, por constituir *bis in idem* punitivo” (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p.125-131).

As conclusões acima encetadas aplicam-se nas execuções de título executivo extrajudicial, pois de igual forma a multa fixada atuaria não como técnica de execução indireta, mas como punição pelo não cumprimento da obrigação de pagar no prazo de 03 dias.

Por conseguinte, face a tais argumentos, entende-se que, em sede de execução ou cumprimento de sentença que tenham como objeto obrigações de pagar quantia, é incabível cogitar da aplicação de multa como medida de execução atípica, resultado da aplicação do poder geral de coerção previsto no inc. IV do art. 139 do CPC/2015, uma vez que a aplicação de nova multa implicaria violação ao postulado da proibição do excesso, por constituir essa nova multa em *bis in idem* punitivo.

b) Sequestro de patrimônio

Nosso ordenamento possibilita o sequestro de bens em diversas ocasiões, tal como prevê nas hipóteses de sequestro de bens litigiosos dos cônjuges, sequestro de bens na ação de improbidade administrativa e o sequestro de bens de origem ilícita nas ações penais. “Em todas elas fica patente a finalidade de assegurar o resultado útil do processo, ou seja, o perfil de natureza cautelar das medidas” (OLIVEIRA NETO, 2019, p.296).

Todavia, não há no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de sequestro como técnica de execução indireta, atuando como medida coercitiva à satisfação de obrigação de pagar quantia, que possibilitaria a indisponibilidade de todo o patrimônio do executado.

Como destacado ao tratar dos limites do poder geral de coerção, há limites objetivos ao manuseio desse poder processual, figurando a vedação de constrição do patrimônio do devedor, como um todo, em evidente limite desse jaez, sendo apenas admitido pelo nosso sistema processual que bens presentes e individualizados possam responder pela atividade executiva implementada mediante técnicas executivas de sub-rogação. Dessarte, com base no inc. IV do art. 139 do CPC/2015 é defeso aos magistrados deferirem sequestro do patrimônio do devedor executado, sendo apenas permitido pelo

legislador a utilização dessa medida com finalidade cautelar, desiderato estranho ao ambiente de execução ou cumprimento de sentença.

c) Juros progressivos

Há discussão²¹ doutrinária quanto à possibilidade do magistrado estipular, como espécie de medida executiva atípica, juros progressivos para compelir o executado para cumprir sua obrigação de pagar. Há os que entendem que a matéria de juros está sujeita à reserva legal e outros que defendem que, “se as partes podem convencionar a taxa de juros em contrato, desde que respeitem os limites máximos previstos pela lei, não há óbice para que o magistrado também o faça mediante uma medida coercitiva atípica (OLIVEIRA NETO, 2019, p.300).

Porém, acredita-se no pensamento de que “não nos parece possível a estipulação de juros progressivos para o caso de inadimplemento, pois referida medida é regulada por lei, sendo que eventual medida adotada pelo juiz violaria o princípio da legalidade” (CARREIRA; ABREU, 2020, p.291). Logo, não é possível a aplicação de juros progressivo, uma vez que tal tema está sujeito à reserva legal.

4.4 Medidas executivas atípicas restritivas de direitos

Como bem destaca e elenca Minami (2018, p.234), a maioria dos estudos dos processualistas brasileiros defendem a possibilidade de meios executivos não patrimoniais serem empregados na aplicação do poder geral de coerção. Assim, há certo consenso na possibilidade de serem expedidas medidas executivas atípicas restritivas de direitos.

Porém, há grande divergência quanto à licitude de várias medidas cogitadas pela doutrina e já empregadas em casos concretos. Assim, no presente tópico, serão analisadas medidas executivas atípicas limitadoras de direitos²² cujo debate julga-se mais relevante.

a) Apreensão da carteira de habilitação (CNH)

²¹ Vide Carreira; Abreu (2020, p.291) e Oliveira Oliveira Neto (2019, p.299)

²² As medidas executivas atípicas que limitam a livre circulação foram apreciadas no tópico **4.2**.

Como já noticiado no presente trabalho, o Superior Tribunal de Justiça, em agosto de 2018, no Recurso em *Habeas Corpus* n.º 97.876 – SP²³, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgou interessante caso em que o juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré/SP, em sede de execução de título extrajudicial (duplicata), determinou a suspensão do passaporte e da carteira nacional de habilitação (CNH) da pessoa física executada, uma vez que, embora devidamente citada, deixou de pagar ou ofertar bens à penhora.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, dando provimento parcial ao recurso do executado manejado em face da decisão do TJSP, reconheceu ser ilegal a retenção do passaporte. Mas, quanto à possibilidade de suspensão da CNH, entenderam os ministros que, por não violar o direito de ir e vir, não poderia a validade dessa medida ser debatida em sede de *habeas corpus*. Assim, segundo esse tribunal, a suspensão da CNH não importaria em violação do direito de ir e vir do executado.

Todavia, vários doutrinadores²⁴ entendem que o direito de dirigir seria reflexo do direito fundamental de liberdade, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88, cuidando-se de direito especial de liberdade, que somente poderia ser alvo de limitação por lei e para que seu exercício não prejudique direitos de terceiros. Assim, esses doutrinadores somente admitem a suspensão de CNH como fruto de aplicação do poder geral de coerção na hipótese de substituição de prisão civil do devedor de alimentos.

Por outro lado, há doutrinadores que entendem pela possibilidade de que seja expedida medida executiva atípica consistente na suspensão de CNH, sob o argumento de que seria de todo recomendável a aplicação desse expediente em relação aos devedores que não pagam suas dívidas simplesmente porque não querem ver seu patrimônio diminuído em detrimento de seu credor. Assim, defende essa corrente:

Do exposto, é possível concluir que a apreensão de carteira de habilitação é medida altamente recomendável porque exerce uma eficácia coercitiva naturalmente 'seletiva', isso porque deixa de produzir efeitos concretos com relação ao devedor desafortunado que não age de má-fé, mas alcança com força o devedor que age e aqueles que deixam de cumprir uma determinação judicial (OLIVEIRA NETO, 2019, p.303).

Em que pesem tais argumentos, segue-se o entendimento de que não se pode, *in abstracto*, já afastar a possibilidade de expedir medida executiva ativa consistente na

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC 97876/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T. j. 05.06.2018, DJe 09.08.2018.

²⁴ Carreira; Abreu (2020, p.279)

suspensão de CNH, devendo-se ponderar sua aplicação no caso concreto, segundo os postulados acima elencados. Cumpre ressaltar, ainda, inexistir no ordenamento pátrio norma expressa que vede a expedição de medida com esse teor, não se vislumbrando qualquer ofensa aos princípios informativos da execução pelo simples fato de se cogitar da aplicação dessa medida. Ademais, como destaca Minami (2018, p.242), a suspensão de CNH não é medida definitiva, mas precária, de forma que, acaso não tenha a eficácia esperada, deve ser alterada. Logo, havendo requerimento do exequente neste sentido, deve o magistrado ponderar acerca da suspensão da CNH, mediante juízo de ponderação efetuado a partir dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso.

b) Proibição de contratar com o Poder Público

A proibição de contratar com o Poder Público é a medida que o legislador previu expressamente como sanção pela prática de ato de improbidade administrativa (Lei n.º 8.429/1992) e há discussão sobre a possibilidade de aplicá-la não somente com essa feição punitiva, mas como medida executiva atípica.

Mais uma vez, cumpre reafirmar o entendimento acima defendido, no sentido de que não se poder, *in abstracto*, já afastar a possibilidade de expedir medida com esse teor, devendo-se ponderar sua aplicação no caso concreto, mediante os postulados *supra* tratados, cabendo frisar que não há no ordenamento pátrio norma expressa que vede a expedição de tal medida, não se verificando qualquer ofensa aos princípios informativos da execução pelo simples fato de se cogitar da aplicação dessa medida. Aliás, Alexandre Freitas Câmara (2016, p. ??) reconhece a possibilidade de que “[...] uma pessoa jurídica que, não tendo cumprido decisão judicial que reconheceu uma obrigação pecuniária, seja proibida de participar de licitações até que a dívida esteja quitada”.

Destarte, nada impede que se possa cogitar que determinado executado possa, temporariamente, ter seu direito de contratar com o Poder Público suspenso, como medida para compeli-lo a pagar débito em execução, desde que o juízo de ponderação nos moldes pretendidos seja positivo.

c) Cancelamento de cartão de crédito

Quando se discute o tema em questão, debate-se a viabilidade da expedição de medida executiva atípica consistente no cancelamento de cartão de crédito do executado. Assim, seria possível que o magistrado, como forma de coagir o devedor a cumprir obrigação pecuniária, determinasse o cancelamento de cartão de crédito?

Antes de responder à pergunta, deve-se esclarecer que tal medida, em verdade, representa decisão que se imiscui em relação contratual existente entre instituição financeira e o devedor. Nesse contexto, tendo em vista as garantias inerentes ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa), não há como reconhecer a possibilidade de decisão judicial interferir em relação contratual na qual alguma das partes não tenha participado do processo executivo.

Porém, como apontam Carreira e Abreu (2020, p.286), citando voto divergente de Sérgio Shimura, seria possível, ao invés do cancelamento do cartão de crédito, ser deferido o encaminhamento de ofício a instituições financeiras para que noticiem a existência de cartões de crédito e que enviem as respectivas faturas, para que se verifique o nível de gastos do executado.

4.5 Medidas executivas atípicas referentes à informação

O Código de Processo Civil em vigência prevê três medidas executivas coercitivas relativas à veiculação de informações sobre o executado, a saber: a) o protesto notarial de decisão judicial (art. 528, § 1º, e art. 517); b) a averbação premonitória (art. 799, IX, e art. 928); e c) a inserção do nome do executado em cadastro de inadimplentes (art. 782, § 3º).

Afora tais medidas expressamente previstas pelo legislador, a doutrina cogita a aplicação de outros expedientes, que serão a partir de agora tratados.

a) Divulgação da dívida do devedor

Em relação à possibilidade do credor publicizar a inadimplência do devedor, cumpre ressaltar a discussão relativa à prática comum de condomínios em indicar em avisos nas áreas comuns as unidades autônomas que estão em atraso com o pagamento das despesas condominiais.

Em que pese muitos alegarem que os condôminos teriam direito à preservação de sua intimidade, por outro lado os demais condôminos têm direito de receber informações detalhadas acerca da gestão financeira e contábil das verbas condominiais, prerrogativa que contempla a indicação dos condôminos devedores e das quantias devidas.

Assim, à luz dos postulados já mencionados, deve-se ponderar no caso concreto qual direito deverá prevalecer, se o atinente à privacidade do devedor ou do direito de informação dos demais condôminos.

b) Restrição de acesso às redes sociais

Na atualidade, a comunicação por intermédio das redes sociais cresce de forma exponencial, sendo cada vez menos utilizados os canais tradicionais de comunicação como a telefonia fixa, fax etc. Assim, exsurge discussão sobre se poderia ser aplicada medida executiva atípica que determinasse restrição de acesso a redes sociais.

Sobre o tema, interessante solução é concebida por Oliveira Neto (2019, p.311) que defende a necessidade de verificação da finalidade da utilização de determinado *site* ou *blog*, ou seja, se para mera manifestação de pensamento ou como instrumento de utilização profissional, de sorte que não seria possível o deferimento da medida em hipóteses de divulgação com o intuito meramente intelectual, sendo possível, ao invés, sua aplicação para os casos de publicação com propósitos comerciais. Assim, conclui referido autor que “[...] a restrição de uso das redes sociais, desde que não desborde aos limites subjetivos do poder geral de coerção, represente instrumento bastante eficaz para forçar a satisfação de uma prestação ou o cumprimento de uma determinação judicial”.

Por conseguinte, como já afirmado ao analisar outras medidas, deve-se ponderar, à luz dos referidos postulados, se restrição de acesso a redes sociais é medida pertinente a determinado caso concreto, com a ressalva de que tal medida não pode ser aplicada às redes sociais que sejam utilizadas somente como instrumento de expressão do direito à livre expressão intelectual, sem qualquer finalidade lucrativa.

CONCLUSÃO

O CPC/2015, com a finalidade de concretizar o direito do exequente a uma tutela executiva eficaz e eficiente, previu, no inciso *IV* do art. 139, a possibilidade de o juiz determinar medidas executivas atípicas, de caráter indutivo, coercitivo, mandamental ou sub-rogatório, expedidas com o desiderato de assegurar o cumprimento de ordem judicial. E essa possibilidade de expedição de medidas executivas atípicas decorre de forma mediata da vedação ao *non liquet* e de forma direta da vedação ao *non factibile*.

Nesse contexto, diante da estrutura normativa do inciso *IV* do art. 139 do CPC/2015, partindo da classificação de Costa (1992) quanto às funções que as cláusulas gerais podem assumir, entende-se que o inc. *IV* do art. 139 do CPC/2015 prevê espécie de cláusula geral do tipo expansivo, uma vez que confere ao legislador a utilização de outros meios executivos previstos pelo legislador originariamente para outros casos, além de viabilizar o manuseio pelo juiz de medidas executórias não tipificadas no sistema processual civil.

Todavia, por conter o inciso *IV* do art. 139 do NCPC cláusula geral, exige que os magistrados efetuem juízo de ponderação realizado a partir dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso, tendo em vista que a utilização desse poder resultará em colisão entre o direito fundamental do exequente à satisfação de seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva e vários direitos fundamentais do executado (a depender da medida executiva atípica configurada para determinada execução).

Ademais, além de efetuar juízo de ponderação à luz de tais postulados, antes de determinar medida executiva atípica, devem os magistrados atentarem para as características do poder geral de coerção (instrumentalidade, universalidade, subsidiariedade, variabilidade e cumulatividade), assim como para observância de limites objetivos, subjetivos, temporais e procedimentais.

Assim, ao determinar o juiz medida executiva atípica em determinado caso concreto, deve fundamentar sua decisão expondo de forma pormenorizada o atendimento dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso, visto que a importância da fundamentação da decisão que impõe medida atípica reside no fato de que é por meio da análise das razões que se efetua o controle da escolha por esta ou aquela medida executiva atípica.

Há de ressaltar, ainda, que as medidas executivas atípicas podem ser agrupadas segundo o critério do bem jurídico que atinge do executado, podendo-se classificá-las em

medidas executivas atípicas limitadoras da liberdade e da livre circulação, que impõe limitação de direitos, de cunho pecuniário e referentes a informações.

Desse modo, ao deferir quaisquer das espécies de medidas executivas atípicas, devem os magistrados, sempre de acordo com as peculiaridades do caso concreto (não cabe análise *in abstracto*), fundamentar sua decisão com base dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso. De fato, como demonstrado ao longo do texto, acredita-se ser esse caminho argumentativo é o único possível a ser seguido pelos magistrados na fundamentação da aplicação do inc. IV do art. 139 do CPC/2015, de acordo com o ordenamento jurídico em vigência.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, M. *Manual de execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVES, J. C. *Direito Romano - Vol. II*. Rio de Janeiro: Florense, 1997.
- ARENHART, S. C. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000.
- ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BORGES, M. V. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BRAGA, Paula Sarna; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos art.s 139, IV, 297 e 536 §1º, CPC. *Revista de Processo*, v.267, 270/272, 2017.
- CÂMARA, A. F. *Novo CPC ampliou sobremaneira os poderes do juiz*. Disponível em: www.conjur.com.br. 23.jun.2016.
- CARREIRA, G.; ABREU, V. C. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. Em: TALAMINE, E.; MINAMI, M.Y. *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPODIVUM, 2020.
- COSTA, J. M. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 680, 51, 1992.
- _____. O Direito Privado com um sistema em Construção - As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, 1998.
- DIDIER, F. J. Cláusulas gerais processuais. *Revista Opinião Jurídica*, 117, 2010.
- DIDIER JR., F.; CUNHA, L. J.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. *Curso Direito Processual Civil: Execução*. Salvador: JusPODIVUM, 2017.
- DIDIER JR., F. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPODIVUM, 2015.
- DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil - vol IV*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRECO, L. Coações indiretas na execução pecuniária. Em: DIDIER JUNIOR, F.; MINAMI, M.; TALAMINI, E. *Grandes Temas do novo CPC - Atipicidade dos meios executivos* (pp. 412-414). Salvador: JusPodivm, 2018.
- GUERRA, M. L. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.

KOEHLER, F. A. L. A razoável duração do processo. 2.ed. Salvador: Juspodivm, Salvador, 2013.

_____. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, L. G. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 1992.

_____. Controle do poder executivo do juiz. Em: DIDIER, F. *Execução civil - Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S.; MITIDIERO, D. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Novo curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum v.II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; GONET, P. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MINAMI, M. Y. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPODIVUM, 2018.

MONTESQUIEU, C. D. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA NETO, O. *O poder geral de coerção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NEVES, D. A. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - ar. 139, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, vol. 265, 148, 2017.

SIQUEIRA, T. F. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TALAMINI, E. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001.

TALAMINI, E.; MINAMI, M. Y. *Medidas executivas atípicas*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2020

TARUFFO, M. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados. *Processo civil contemporâneo: Ensaio*, 2013.

YARSHELLL, F. L. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. Em: LUCON, P. H. *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira* (p. 76/79). Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

