



**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

João Marcelo Nogueira Moysés

**A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS  
NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO E A EFETIVAÇÃO DAS  
PRESTAÇÕES DE PAGAR QUANTIA**

**A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO E A EFETIVAÇÃO DAS PRESTAÇÕES DE PAGAR QUANTIA**

João Marcelo Nogueira Moysés

UMinho | 2018

outubro de 2018



**Universidade do Minho**

Escola de Direito

João Marcelo Nogueira Moysés

**A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS  
NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO E A EFETIVAÇÃO DAS  
PRESTAÇÕES DE PAGAR QUANTIA**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito Judiciário

(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho efetuado sob a orientação do

**Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves**

outubro de 2018

## **DECLARAÇÃO**

Nome: João Marcelo Nogueira Moysés

Endereço eletrónico: jmmoyses@globo.com

Título da dissertação: A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A EFETIVAÇÃO DAS PRESTAÇÕES DE PAGAR QUANTIA

Orientador: Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves

Ano de conclusão: 2018

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária)

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

Assinatura: \_\_\_\_\_

*“O processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo exatamente que ele tenha direito de conseguir”.*

Giuseppe Chiovenda



Aos meus pais, por me ajudarem a trilhar meus próprios caminhos. À Rosana e ao pequeno João Marcelo, meus companheiros de caminhada.



## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas por ter autorizado o afastamento de minhas funções, de modo a permitir o aperfeiçoamento profissional em instituição de ensino de excelência, como a Universidade do Minho.

Agradeço ao Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves, a quem tenho a honra de ter como orientador de mestrado, pela paciência e disponibilidade em me atender sempre que solicitado, e pelos ensinamentos transmitidos ao longo das aulas e orientações, que culminaram na realização da presente dissertação.

Agradeço à Secretaria da Escola de Direito da Universidade do Minho, e, em especial à Dra. Ana Maria Igreja Magalhães Ferreira, a quem muito incomodei, e sempre foi bastante atenciosa e solícita em atender minhas demandas por informações e documentos.

Agradeço, por fim, a todos que de alguma contribuíram para esta realização, em especial à minha esposa, Rosana, pelo suporte, carinho e incentivo nesta jornada em terras Portuguesas.





## **ADVERTÊNCIA**

A presente Dissertação encontra-se escrita conforme as regras do Novo Acordo Ortográfico, com natural exceção de citações e transcrições em que o mesmo não haja sido aplicado.



## A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A EFETIVAÇÃO DAS PRESTAÇÕES DE PAGAR QUANTIA

O novo Código de Processo Civil Brasileiro conferiu poderes gerais executivos ao juiz, como meio de assegurar a efetividade das decisões judiciais, valendo-se da técnica de cláusulas gerais, como a prevista no Art. 139, IV, que autoriza o uso de meios executivos atípicos, inclusive para efetivação de prestações pecuniárias, o que não ocorria na legislação anterior, e, ainda que a comunidade jurídica brasileira tenha recebido em geral com entusiasmo a inovação legislativa, como mecanismo de enfrentamento da grave crise de efetividade vivida pelo processo executivo, vários questionamentos surgiram quanto à interpretação e aplicação desta disposição legal, até mesmo quanto à sua constitucionalidade (questionada em abstrato junto ao Supremo Tribunal Federal por via de ação direta), muito em razão do emprego de medidas de execução atípicas polêmicas, como a suspensão do direito de dirigir veículos automotores, e apreensão de passaportes de devedores (medidas estas cuja viabilidade hipotética também se examinou neste estudo).

Assim decidiu-se por agregar contributos ao debate existente acerca da concretização das cláusulas gerais executivas, a partir do desenvolvimento de um estudo utilizando o método indutivo, subsidiado pela legislação e doutrina brasileira e estrangeira, concentrada nas áreas do Direito Constitucional e Processual Civil, e, em menor grau, pela jurisprudência, ainda incipiente acerca da matéria, com o escopo de aferir as potencialidades da adoção de meio executivos atípicos como forma de promover maior efetividade às execuções para pagamento de quantia certa, bem como estabelecer quais seriam os limites existentes à atuação do poder geral de efetivação atribuído aos juízes pelo Art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil Brasileiro, à luz da teoria dos direitos fundamentais. Procurou-se, igualmente, sempre que possível, fazer-se comparação entre as soluções legislativas previstas no direito processual civil brasileiro e no direito processual civil português.

Os resultados apontam que estas cláusulas gerais executivas se prestam a restabelecer o equilíbrio necessário entre segurança e efetividade na tutela jurisdicional, permitindo ao juiz, conforme necessário, fortalecer a posição do exequente, diante de circunstâncias concretas a indicar a inadequação ou insuficiência dos meios típicos de execução. Exige-se, entretanto, bastante prudência do juiz na difícil tarefa de buscar este ponto de equilíbrio, pelo que deverá se pautar pelos ditames da eficiência, proporcionalidade e razoabilidade no momento de exercer o dever-poder geral de efetivação outorgado pela lei processual, tanto para justificar o recurso às medidas executivas atípicas, quanto para orientar a escolha da medida a ser empregada.

Palavras-chave: Execução; meios atípicos; efetividade; constitucionalidade.



## ATYPICALITY OF EXECUTIVE MEANS IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE AND THE FULFILLMENT OF OBLIGATIONS OF PAYING AMOUNT

The new Brazilian Civil Procedure Code conferred general executive powers to the judge, as a means of ensuring the effectiveness of judicial decisions, using the technique of general clauses, such as that provided in Article 139, IV, which authorizes the use of atypical executive means, even for the fulfillment of payments obligations, which was not the case in previous legislation, and, although the Brazilian legal community has generally received with enthusiasm the legislative innovation, as a mechanism for coping with the serious crisis of effectiveness experienced by the executive process, several questions have arisen regarding the interpretation and application of this legal provision, even as to its constitutionality (questioned in the abstract at the Federal Supreme Court through direct action), largely because of the use of controversial atypical enforcement measures, such as suspension of the right to drive motor vehicles, and seizure of debtors' passports (measures whose hypothetical viability are also examined in this study).

Thus, it was decided to add contributions to the existing debate about the implementation of the general executive clauses, based on the development of a study using the inductive method, subsidized by the legislation, and Brazilian and foreign doctrine, concentrated in the areas of Constitutional and Civil Procedural Law, and, to a lesser extent, by the still incipient jurisprudence on the matter, with the scope of assessing the potentialities of adopting atypical executives means as a way to promote greater effectiveness in executions for the payment of right amounts, as well as to establish the existing limits to the performance of the general power of effectiveness attributed to the judges by Art. 139, IV, of the new Brazilian Code of Civil Procedure, in light of the theory of fundamental rights. It was also tried, whenever possible, to make a comparison between the legislative solutions provided for in Brazilian civil procedural law and in Portuguese civil procedural law.

The results indicate that these executive general clauses lend themselves to restoring the necessary balance between security and effectiveness in judicial protection, allowing the judge, as necessary, to strengthen the position of the executor, in view of concrete circumstances indicating the inadequacy or insufficiency of the typical means of execution. However, it requires a great deal of caution on the part of the judge in the difficult task of seeking this equilibrium point. Therefore, it should be guided by the dictates of efficiency, proportionality and reasonableness when exercising the general power-duty granted by procedural law, both to justify the use of atypical executive measures, and to guide the choice of the measure to be employed.

Keywords: Execution; atypical means; effectiveness; constitutionality.



## ÍNDICE

EPÍGRAFE.....	iii
DEDICATÓRIA.....	v
AGRADECIMENTOS .....	vii
ADVERTÊNCIA.....	ix
RESUMO.....	xi
ABSTRACT.....	xiii
ÍNDICE GERAL.....	xv
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	xix
INTRODUÇÃO.....	21
1. Acesso à justiça e a efetividade do processo.....	27
1.1. O direito fundamental à tutela executiva.....	30
1.2. Duração razoável do processo e a eficiência na prestação jurisdicional.....	32
1.3. Jurisdição e atividade executiva na perspectiva do processo sincrético.....	37
2. Decisões judiciais e atividade executiva à luz do novo Código de Processo Civil Brasileiro.....	39
2.1. Classificação das decisões conforme a suficiência em prestar a tutela jurisdicional.....	39
2.2 A classificação doutrinária das sentenças conforme a eficácia (ou a compreensão das sentenças condenatórias) diante das alterações na Legislação processual brasileira.....	41
2.3. O Art. 515, I do NCPC teria tratado as sentenças meramente declaratórias como títulos executivos judiciais?.....	49
3. Normas fundamentais do processo civil e a atipicidade dos meios de execução.....	51
3.1. Princípios do contraditório, da cooperação e da boa-fé.....	55
3.2. Proporcionalidade e razoabilidade.....	62



3.2.1. Princípio da concordância prática e a salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	66
3.2.2. A aplicação da proporcionalidade e a fundamentação das decisões judiciais no NCPC....	68
3.2.3. A proporcionalidade e o emprego de medidas executivas atípicas.....	74
3.2.4. Princípio da menor onerosidade da execução (Art. 805 do NCPC).....	76
4. Posicionamento doutrinário acerca da atipicidade dos meios executivos.....	80
4.1. 1ª Corrente: Não admite atipicidade em nenhuma modalidade de execução.....	80
4.2. 2ª Corrente: Defende a atipicidade dos meios executivos como regra em todas as execuções.	85
4.3. 3ª Corrente: Admite a atipicidade como regra nas execuções de prestações de fazer, não fazer, e entrega de coisa diversa de dinheiro, e, em caráter subsidiário, nas execuções por quantia.....	88
5. Execução direta e indireta sob a perspectiva do Art. 139, IV do NCPC.....	92
5.1. Prisão civil como medida executiva.....	98
§. A aplicação imediata de medida atípica na execução de alimentos.....	101
5.2. A multa como medida coercitiva atípica e sua utilização nas execuções por quantia.....	104
6. Poderes executivos do juiz e as cláusulas gerais processuais.....	106
6.1. Poder executivo como instrumento da eficiência na prestação jurisdicional.....	106
6.2. Cláusulas gerais processuais e a execução.....	113
6.3. Poder geral de efetivação e a determinação ou modificação das medidas executivas <i>ex officio</i> pelo juiz.....	121
7. Atipicidade dos meios executivos e a execução fundada em títulos extrajudiciais .....	124

8. As aguardadas manifestações dos Tribunais Superiores Brasileiros quanto à aplicação de medidas atípicas na execução por quantia.....	130
8.1. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça - Recurso em Habeas Corpus nº 97.876 – SP.....	130
8.2. Controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, do Art. 139, IV do NCPC (ADI nº 5941).....	134
9. A instrumentalidade das medidas executivas atípicas na efetivação das prestações pecuniárias e sua imprescindibilidade no enfrentamento da crise de efetividade da execução.....	144
CONCLUSÕES.....	151
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	154



## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgRg – Agravo Regimental

al. - alínea

Art. – Artigo

ampl. – ampliada

atual. – atualizada

Cap. – Capítulo

CCPt – Código Civil Português

CNH – Carteira Nacional de Habilitação

Cfr. – confira-se

Coords. – Coordenadores

CPCPt - Código de Processo Civil Português

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988

CRP – Constituição da República Portuguesa

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

ed. – edição

e.g. – *exempli gratia*

ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

HC – *Habeas Corpus*

Julg. - Julgado

Min. - Ministro

n.º - número

NCPC – novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, Brasil)

n. p. – não paginado

*op. cit.* – *opus citatum*

Orgs. – Organizadores

p. (pp.) – página (páginas)

PUC – SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rel. – Relator

Resp – Recurso Especial

rev. – revista

RHC – Recurso em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

v.g. – *verbi gratia*

Vol. - Volume

ZPO – Zivilprozeßordnung (Ordenança Processual Civil Alemã)

## INTRODUÇÃO

No Brasil, a execução sempre foi um dos maiores entraves à concretização do Direito fundamental de acesso à Justiça (Art. 5º, XXXV da CRFB/88), que pressupõe uma tutela jurisdicional efetiva, justa e entregue em prazo razoável. Esta função maior do processo judicial, enquanto instrumento de acesso à justiça, nem sempre é alcançada com a simples prolação de uma decisão, havendo a necessidade de concretizar o comando que emerge do provimento jurisdicional, entregando à parte vencedora aquilo a que tem direito.

Atento a estes valores, o legislador decidiu instituir no Art. 139, IV, do NCPC, inserido no capítulo que trata dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz, uma disposição normativa atribuindo ao juiz um “poder geral de efetivação”,<sup>1</sup> nos seguintes termos:

*“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:*

*(...)*

*IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”<sup>2</sup>*

Ao dispor desta forma, teria o legislador estendido a possibilidade de adoção de meios executivos atípicos (o que no regime do Código de Processo Civil anterior apenas se encontrava previsto para viabilizar o cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, e para entrega de coisa diversa de dinheiro) para efetivação de decisões condenatórias ao pagamento de quantia certa.

---

<sup>1</sup> Cfr., entre outros, DIDIER JR, Fredie [et al.] – *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN 978-85-442-1519-7. Vol. 5, p. 100.

<sup>2</sup> Grifo nosso.

Não obstante a inovação legislativa seja recente, considerando a entrada em vigor do novo código em 18 de março de 2016, o conteúdo da norma tem sido objeto de intenso debate doutrinário, mormente por já se ter notícias de decisões judiciais determinando providências atípicas em execuções por quantia certa, como a suspensão do direito de dirigir veículos automotores (ou apreensão da CNH) e suspensão ou apreensão de passaporte de devedores.

Ainda se espera um maior pronunciamento dos Tribunais Superiores Brasileiros acerca da matéria, e, ao tempo em que elaboramos este estudo, pende de exame pelo STF, ADI questionando a constitucionalidade de determinadas interpretações do enunciado normativo contido no Art. 139, IV do NCPC, tendo sido formulado pedido de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, e o STJ, em acórdão prolatado no julgamento do RHC nº 97.876 (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, sessão de 05.06.2018), procedeu, pela primeira vez, ao controle de forma mais abrangente de medidas executivas determinadas com base no aludido dispositivo. Além disto, muito tem se questionado em nível doutrinário acerca do real sentido e alcance deste poder-dever de efetivação atribuído aos juizes pela novel legislação processual brasileira, mormente diante da crônica ineficiência da Justiça Brasileira em propiciar a satisfação do direito já reconhecido em provimento jurisdicional ou constante em título executivo extrajudicial.

Ademais, o tema, pelo seu potencial inovador, tem sido o centro das discussões doutrinárias atuais no âmbito do novo processo civil executivo brasileiro, uma vez que muitas das disposições contidas no novo diploma processual, concernentes à execução, já haviam sido implementadas desde as reformas do antigo código, tendo havido, em geral, certa timidez do legislador, conforme observa GAJARDONI, que entende que a oportunidade deveria ter sido aproveitada para adoção de medidas como *“extrajudicializar alguns atos executivos ou, pelo menos, descentralizá-los da figura do juiz”*<sup>3</sup> (algo que já ocorre de forma bem sucedida no processo civil português).<sup>4</sup>

Pela proeminência que tem assumido no cenário jurídico brasileiro, em nosso entendimento, o tema se afigura relevante para pesquisa, por versar sobre um aspecto crítico (a execução para pagamento de quantia certa) para efetividade do processo, e haver ainda muito

---

<sup>3</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca – *A revolução silenciosa da execução por quantia* [Em linha]. atual. 24 ago. 2105. [Consult. 27 maio. 2017]. Disponível em WWW:<URL:<<https://jota.info/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>>>.

<sup>4</sup> Cfr. *infra* n.º 1.3.

espaço para agregar contributos ao debate, notadamente quanto aos limites e potencialidades do instituto.

Uma questão que se coloca bem clara é a necessidade de aferir se a adoção de medidas atípicas como as anteriormente exemplificadas se coaduna com as normas processuais e constitucionais que regem o processo executivo, em especial as que protegem a pessoa do devedor, havendo aparente tensão entre bens jurídicos constitucionalmente tutelados (acesso à justiça x direitos do executado inerentes à personalidade) a ser dirimida na atuação concreta desta cláusula geral de efetivação.

De início, a primeira questão a que buscaremos responder é se, efetivamente, foi adotado um princípio da atipicidade dos meios executivos em todas as execuções, como sustenta grande parte da doutrina, ou se tal princípio não seria admissível, como parecem rejeitar doutrinadores da envergadura de ARAKEN DE ASSIS<sup>5</sup>, para quem a atipicidade violaria o devido processo legal.

Também se pretende verificar se a aplicação do Art. 139, IV, do NCPC teria lugar nas execuções fundadas em títulos extrajudiciais, ou limitar-se-ia ao cumprimento de decisões judiciais, ou seja, se a interpretação da norma deve ser extensiva ou restrita.

Se por um lado o Art. 4.º do NCPC é incisivo ao dispor que *“as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”* (destacamos), não se pode deixar de questionar como compatibilizar esta otimização de tempo que urge para aquele que sofre com o inadimplemento e já teve o direito reconhecido no título executivo, atendendo ao princípio da máxima efetividade da execução, com o princípio da proporcionalidade, em especial com a correlata premissa de que a execução deve se dar da forma menos onerosa ao devedor, conforme comando insculpido no Art. 805 do NCPC.

Como se sabe, este sopesamento dos direitos fundamentais em aparente conflito, para determinar no plano concreto aquele que deve ser atribuído maior peso dá-se em conformidade

---

<sup>5</sup> ASSIS, Araken de – *Processo Civil Brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. 1ª ed. em ebook baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-6588-5. Vol. 2, p. 677.



com o princípio de interpretação constitucional da concordância prática ou harmonização, mediante aplicação da técnica da ponderação de bens ou interesses, haurida da teoria de ALEXY, e amplamente referida por muitos doutrinadores como CANOTILHO<sup>6</sup> e BARROSO.<sup>7</sup>

Isto se deve muito em razão da lei processual atualmente fazer uso da técnica de instituir cláusulas gerais para melhor tutelar o direito material, que conduzem ao aumento da relevância do papel da jurisprudência, visto que a observância de precedentes exercerá papel relevante na delimitação do que é possível fazer em termos de efetiva satisfação do direito do exequente, pois como muito já se tem dito, na direção do processo “*o Juiz pode muito, mas não pode tudo*”.<sup>8</sup>

Para atingir este objetivo principal, de estabelecer referenciais para a atuação válida deste poder geral de efetivação no âmbito das execuções por quantia, decidimos percorrer um itinerário que permitisse a compreensão da importância da tutela jurisdicional executiva e a necessidade de o Estado disponibilizar mecanismos que assegurem resposta adequada a todos aqueles que necessitem desta para efetiva realização da proteção jurídica prometida pelo Estado de Direito, traçando ao longo do estudo alguns paralelos com outros ordenamentos jurídicos, e, em especial, com o direito português.

Assim, houve a preocupação de, inicialmente, trabalhar a questão do acesso à justiça, relacionando-o ao dever do Estado de prover pela via judicial um sistema completo de proteção jurídica, de forma efetiva e sem lacunas. Neste contexto, desenvolveu-se a noção da tutela jurisdicional executiva como direito fundamental, a exigir a disponibilização pelo Estado, de mecanismos para que seja realizado em sua plenitude, como consectário da normatividade da Constituição e da eficácia vinculante dos direitos fundamentais.<sup>9</sup>

Em seguida, tratou-se dos princípios da duração razoável do processo e da eficiência, a partir de uma visão global do processo, a abranger a etapa satisfativa, como elo condutor para

---

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5, p. 1236-1241.

<sup>7</sup> BARROSO, Luis Roberto – *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 8502049291, p. 202.

<sup>8</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério – *Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade* [Em linha]. atual. 27 set. 2016. [Consult. 27 maio. 2017]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>>.

<sup>9</sup> Cfr., neste sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *op. cit.*, p. 1150.

compreender as alterações que promoveram a dispensa de processo autônomo para efetivação de decisões judiciais (sincretismo processual).

Discorreu-se adiante sobre a noção de execução como atividade e seu caráter jurisdicional, apontando a necessidade de maior abertura na forma de efetivação das prestações como mecanismo de assegurar a efetividade do processo.

No tópico seguinte, analisou-se como o NCPC tratou da questão das decisões judiciais e a necessidade da prática de atos materiais para completa prestação da tutela jurisdicional do direito. Procedeu-se à distinção das decisões conforme a suficiência ou não para prestar a tutela jurisdicional, para identificar as que não seriam autossuficientes e exigiriam atividade executiva para este desiderato.

Adiante, foi analisada de forma crítica a classificação doutrinária elaborada à luz do direito processual brasileiro, das decisões judiciais quanto à eficácia preponderante destas, para concluir quais seriam as decisões sujeitas à execução, a partir da necessidade ou não de revisitação do conceito de sentença condenatória. Abriu-se um parêntesis para analisar a natureza da decisão prevista no Art. 515, I, do NCPC, que teoricamente teria tornado tido executivo judicial os provimentos meramente declaratórios.

No capítulo seguinte, optou-se por tratar de algumas normas fundamentais do processo civil aplicáveis à execução e necessárias à compreensão e aplicação das cláusulas gerais executivas. Assim, foi dedicada uma seção para tratar conjuntamente do contraditório, cooperação e boa-fé, porquanto intimamente relacionados no modelo constitucional de processo civil.

A execução, principalmente por meios atípicos, inevitavelmente terá de conciliar a realização ou a preservação de direitos fundamentais em aparente conflito, pelo que se fez necessário dedicar parte relevante do trabalho ao estudo do direito constitucional. Assim, primeiro tratou-se dos chamados princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para, em seguida, adentrar na aplicação da técnica da ponderação de bens ou interesses, sua correlação com o princípio de interpretação constitucional da concordância prática ou harmonização, e a salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Deu-se especial atenção ao fato de o

NCPC ter encampado expressamente a aplicação da técnica da ponderação, e suas implicações na fundamentação das decisões judiciais. Por fim, procedeu-se a uma análise crítica do chamado princípio da menor onerosidade da execução.

Na parte seguinte, tratamos da atipicidade dos meios executivos e a efetivação de prestações pecuniárias, situando os posicionamentos doutrinários acerca do tema em três grandes correntes.

Foi analisado ainda se o Art. 139, IV, do NCPC autorizaria a adoção de medidas executivas atípicas nas execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais.

Cuidou-se, a seguir, dos conceitos de execução direta e indireta, classificando e analisando mais detidamente as medidas elencadas no Art. 139, IV, do NCPC, com a abertura de duas seções para análise mais aprofundada do emprego da multa e da prisão civil como medidas coercitivas.

Dedicou-se um capítulo para tratar sobre o crescente emprego pelo legislador da técnica de cláusulas gerais, as razões de fazê-lo, e a forma de sua aplicação, identificando-se no código a presença de cláusulas gerais executivas, sendo esta a natureza do Art. 139, IV, do NCPC. Ademais, tem-se que as cláusulas gerais referentes à execução estariam a outorgar um poder geral de efetivação ou poder geral executivo aos Juízes. Buscou-se estabelecer a correlação deste poder executivo com o dever de eficiência na prestação jurisdicional, caracterizando-o como um poder-dever. Analisou-se, ainda, se este poder geral de efetivação autorizaria a determinação ou modificação das medidas executivas de ofício pelo juiz.

Na parte seguinte do trabalho, procedeu-se à análise de Acórdão paradigmático do egrégio STJ, apreciando a aplicação de medidas atípicas como a apreensão de CNH (ou suspensão do direito de dirigir) e passaporte do executado. A partir do caso prático, discutiu-se aspectos relevantes para a válida aplicação de medidas atípicas nas execuções de prestações pecuniárias.

Em seguida, discutiu-se a constitucionalidade de medidas atípicas eventualmente determinadas com base nas cláusulas gerais de efetivação, valendo-se, para tanto, da análise dos argumentos expendidos pelo autor em ação direta autuada sob o nº 5941 (ADI), ajuizada perante o STF, em data de 11.05.2018, ainda pendente de julgamento, na qual se pretende a declaração

parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto de diversos dispositivos do NCPC, que autorizariam medidas executivas atípicas, incluindo o Art. 139, IV, do referido diploma legal, para afastar em abstrato a possibilidade de emprego de determinadas medidas, como as ventiladas acima.

Por derradeiro, aprofundou-se a questão da instrumentalidade das medidas executivas atípicas na efetivação das prestações pecuniárias, pontuando mais alguns aspectos relevantes, a reafirmar sua imprescindibilidade no enfrentamento da crise de efetividade da execução, em especial, a execução por quantia.

Em conclusão, foram estabelecidos alguns referenciais mínimos para a aplicação do Art. 139, IV do NCPC às execuções para pagamento de quantia, para, em seguida, tecer considerações finais sobre o tema.

## **1. Acesso à justiça e a efetividade do processo**

O princípio da proteção jurídica é um dos pilares do Estado de Direito e impõe, como via de consequência, que a proteção do direito através da via judiciária seja efetiva e sem lacunas, pois *“o sentido nuclear da protecção judicial dos direitos é esta: a garantia dos direitos fundamentais só pode ser efectiva quando, no caso de violação destes, houver uma instância independente que restabeleça sua integridade”*.<sup>10</sup>

CAPELLETI e GARTH vão além, ao proclamarem que *“o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”*.<sup>11</sup>

Ao que parece, sob estes mesmos auspícios foi concebido o atual Código de Processo Civil Brasileiro, ao enunciar em sua exposição de motivos que *“um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados,*

---

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 273-274.

<sup>11</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 11-12.

*que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito*".<sup>12</sup> Isto porque se o sistema processual for ineficiente "(...)todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo".<sup>13</sup>

Para que se realize este propósito, a garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional, tal como prevista no inciso XXXV, do Art. 5º, da CRFB/88 não pode ser lida sob a perspectiva de assegurar o mero acesso formal aos órgãos do Poder Judiciário, mas sim como garantia de acesso à justiça sob uma perspectiva substancial, servindo o processo para realização concreta da proteção jurídica devida por um Estado que se afirma Democrático e de Direito (Art. 1º, *caput*, da CRFB/88).

A partir desta perspectiva, impõe-se a releitura do direito de ação, como instrumento de acesso a uma ordem jurídica justa e à tutela jurisdicional efetiva.

Aliás, a efetividade do processo não é uma preocupação nova, sendo possível compreender seu significado a partir da célebre assertiva de CHIOVENDA, segundo a qual "*o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo exatamente que ele tenha direito de conseguir*".<sup>14</sup>

Firme nestas lições, OLIVEIRA JR. afirma que "*tutela efetiva é aquela que realize o direito afirmado e reconhecido pelo provimento jurisdicional, que retrate concretamente o ideal projetado pelo direito. Tanto quanto possível, importante diminuir a distância entre o resultado obtido pela atuação da tutela jurisdicional daquele derivado da realização normal do direito sem que fosse necessária a aludida intervenção*".<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> *Código de Processo Civil e Normas Correlatas*. 7ª ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. ISBN 978-85-7018-611-9, p. 24.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>14</sup> CHIOVENDA, Giuseppe *apud* BUENO, Cassio Scarpinella – *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. 1ª ed. em ebook. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978850263549-4, p. 69.

<sup>15</sup> OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *in* GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.] – *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6555-6, p. 83.

Autores como BARBOSA MOREIRA referem-se a esta ideia como princípio ou postulado da máxima coincidência possível, o que serve de suporte, em matéria de execução, à primazia, sempre que possível, da execução específica.<sup>16</sup>

Conforme aprofundaremos a seguir, nem sempre bastará a prolação da decisão para satisfazer o que se busca com o exercício do direito de ação, na medida em que poderão ser necessários a prática de atos materiais tendentes à satisfação do direito reconhecido no ato decisório. A tutela executiva compreende justamente este dever do Estado em viabilizar a prática dos atos que forem necessários à realização concreta (efetivação) do direito proclamado na decisão judicial, ou constante em título a que a lei atribua força executiva.

Este dever, sob uma perspectiva constitucional, está ligado aos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, e se traduz em direito fundamental,<sup>17</sup> que, assim como outros direitos relacionados ao processo civil, retira suas bases do devido processo legal.<sup>18</sup>

Assim, não se pode ignorar que a cláusula do devido processo legal, ao mesmo tempo que impõe que a prestação jurisdicional se realize de forma efetiva e em prazo razoável, também exige que o processo se desenvolva de forma justa e equitativa, com respeito a princípios deste decorrentes, como a ampla defesa, o contraditório, a razoabilidade e a proporcionalidade (isto implica não só o respeito a exigências de ordem formal, como também de ordem material, assim entendido como um processo que se desenvolva de forma equilibrada e gere soluções jurídicas substancialmente devidas, ou seja, dotadas de correção, razoabilidade e proporcionalidade).<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Neste sentido cfr. CARVALHO, citando a valiosa lição de BARBOSA MOREIRA, segundo a qual “o processo funciona tanto melhor quanto mais se aproximar o seu resultado prático daquele a que levaria atuação espontânea do direito”. CARVALHO, Fabiano in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.) – *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6729-1, p. 965.

<sup>17</sup> SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Antunes da – A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. vol. 271, ano 42 (set. 2017), p. 181.

<sup>18</sup> DIDIER JR, Fredie [*et al.*] – *op. cit.*, p. 65.

<sup>19</sup> DIDIER JR., Fredie – *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN 978-85-442-1010-9. Vol. 1, p. 69.

### 1.1. O direito fundamental à tutela executiva

O direito fundamental à tutela executiva decorre do princípio da efetividade do processo, atrelado à realização no âmbito dos direitos que exijam atividade executiva, do postulado da máxima coincidência possível, proposto por CHIOVENDA.

São essas as precisas lições de GUERRA, que desenvolve a ideia de um direito fundamental à tutela executiva como uma peculiar manifestação do postulado da máxima coincidência possível, transposto para o âmbito da tutela executiva:

*"No que diz com a prestação de tutela executiva, a máxima coincidência traduz-se na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo. É a essa exigência, portanto, que se pretende 'individualizar', no âmbito daqueles valores constitucionais englobados no due process, denominando-a direito fundamental à tutela executiva e que consiste, repita-se, na exigência de um sistema completo de tutela executiva".<sup>20</sup>*

Reforça-se a partir do reconhecimento de um direito fundamental à tutela executiva uma vez mais a ideia de que o processo só cumpre a sua finalidade enquanto instrumento de garantia de direitos subjetivos, quando além de reconhecê-los em provimento jurisdicional, o Estado também ofereça, quando se revelar necessário, meios bastantes para tornar concreto aquilo que foi proclamado.

Esta preocupação com a efetivação das decisões judiciais culminou com a inclusão de disposição específica na parte geral do NCPC (Art. 139, IV) a conferir expressamente aos Juízes o instrumental necessário para assegurar o cumprimento das decisões judiciais, com expressa menção inclusive às prestações pecuniárias.

Conforme aprofundaremos adiante, na mesma medida em que houve o incremento dos poderes executivos atribuídos aos juízes, criou-se um verdadeiro dever de efetivação, o que leva

---

<sup>20</sup> GUERRA, Marcelo Lima – *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ISBN 978-85-203-2330-4, p. 102.

GAJARDONI à seguinte exortação: “*Que os juízes se conscientizem que a efetivação é tão, ou até mais importante, do que a própria declaração do direito (vide art. 297 do CPC/2015)*”.<sup>21</sup>

A doutrina majoritária já reconhecia nas reformas implementadas no Código de Processo Civil anterior que estaria autorizada a adoção de providências executivas atípicas na execução das obrigações de fazer e não fazer,<sup>22</sup> e entregar coisa diversa de dinheiro. No novo Código, ao lado de manter o tratamento já existente para estas espécies de prestação, que seguiriam um regime de atipicidade executiva, teria o legislador estendido o emprego de medidas executivas atípicas para implementação de obrigações de pagar quantia.

A este propósito, colhe-se na doutrina brasileira algumas variações terminológicas para se referir à efetivação das decisões judiciais, havendo alternância das expressões “meios executivos”, “medidas executivas” e “técnicas executivas”, inclusive na mesma obra doutrinária,<sup>23</sup> razão pela qual tomar-se-á as mesmas como sinônimas, para se referir ao que pode ser determinado pelo juiz para tornar concreta a tutela do direito certificado em decisão judicial ou constante em título executivo extrajudicial.

A partir do reconhecimento de que a efetividade constitui um dos valores centrais do NCPC, e da preocupação do legislador em dotar o juiz com maiores poderes para fazer cumprir os provimentos judiciais, com a flexibilização (ou quebra para alguns) do princípio da tipicidade dos meios executivos, tem-se um redimensionamento do direito de ação, para passar a abranger o direito ao meio executivo adequado ao caso concreto.<sup>24</sup>

Conforme demonstrar-se-á ao longo deste trabalho, esta opção do legislador em instituir cláusulas gerais executivas resulta em maior liberdade do julgador na escolha do meio a ser

---

<sup>21</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.) – *op. cit.*, p. 312.

<sup>22</sup> Correspondentes às execuções para prestações de facto positivo e negativo, reguladas nos Artigos 868.º a 877.º do CPC/2015 em vigor.

<sup>23</sup> Neste sentido cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3ª ed. em ebook baseada na 3ª ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7174-9. Vol. 2, *passim*.

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *op. cit.* p. 337.



utilizado para efetivação da decisão, mas, em contrapartida, passa a exigir outra linha argumentativa do juiz na construção da norma aplicável ao caso concreto, a ser exteriorizada de forma clara e substancial na fundamentação da decisão, como mecanismo de legitimação democrática e controle do ato jurisdicional.

## **1.2. A duração razoável do processo e a eficiência na prestação jurisdicional**

LEBRE DE FREITAS, ilustre processualista português, já advertia que, ao se pensar na duração razoável do processo, não se podia olvidar de eventual tutela executiva:

*“O entendimento do direito de acesso à justiça como direito efectivo a jurisdição implica ainda que a resposta judicial à pretensão deduzida tenha lugar em prazo razoável, pois uma decisão ou providência executiva tardia pode equivaler à denegação de justiça”.*<sup>25</sup>

Aliás, a CRP é mais clara e incisiva neste sentido, como se extrai do seu Art. 20º, n.º 5, que se refere ao *“acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva”*, e dispõe que *“para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”*.

O legislador brasileiro seguiu a orientação de mencionar expressamente na parte introdutória do NCPC diversos princípios de matriz constitucional aplicáveis ao processo, sob o título de *“normas fundamentais processuais”*, tendo dado especial ênfase à efetividade da tutela jurisdicional. DIDIER JR. inclusive afirma que houve clara inspiração no CPCPt, e comenta que a enumeração feita no capítulo I do código brasileiro não é exaustiva.<sup>26</sup>

Tal técnica legislativa contribui para densificar princípios constitucionais e aclarar seu sentido e alcance, cabendo especial menção à duração razoável do processo, prevista

---

<sup>25</sup> FREITAS, José Lebre de – *Introdução ao Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1457-4, p. 125.

<sup>26</sup> DIDIER JR., Fredie in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.) – *op. cit.*, p. 34.

constitucionalmente no Art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88, sendo a gestão equilibrada do tempo no processo um elemento decisivo para efetiva tutela de direitos.

O Art. 4º do NCPC veio deixar claro que *“as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”* (grifo nosso).<sup>27</sup>

Não nos parece despropositado o excesso de zelo do constituinte e do legislador infraconstitucional, cuja intenção parece ter sido a de afastar quaisquer dúvidas interpretativas quanto ao alcance do direito à tutela jurisdicional efetiva. A rigor, o direito à duração razoável do processo, ainda que não estivesse previsto textualmente no NCPC, é consectário lógico do direito de acesso à justiça, e da cláusula do devido processo legal (Art. 5º, LIV, da CRFB/88), eis que o direito ao processo justo somente se efetiva quando a prestação jurisdicional, incluindo a atividade satisfativa, é implementada em tempo razoável.

Destarte, explica THEODORO JÚNIOR:

*“É que condenação sem execução não dispensa à parte a tutela jurisdicional a que tem direito. A função jurisdicional compreende, pois, tanto a certificação do direito da parte, como sua efetiva realização. Tudo isso deve ocorrer dentro de um prazo que seja razoável, segundo as necessidades do caso concreto”*.<sup>28</sup>

Note-se que as mesmas ponderações feitas pela doutrina no tocante à atividade cognitiva se aplicam à execução, no sentido de que celeridade não é sinônimo de razoabilidade na duração do processo, de forma que não deve haver uma busca desenfreada por resultados rápidos a qualquer preço. Neste sentido, CÂMARA observa com maestria *“que se todos têm direito a um processo sem dilações indevidas, daí se extrai que ninguém tem direito a um processo sem as*

---

<sup>27</sup> Neste ponto, parece clara a inspiração do legislador Brasileiro no Art. 2.º, n.º 1, do CPCPt, ao dispor que *“a proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar.”* (grifo nosso).

<sup>28</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto – *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 58ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7427-5. Vol. I, p. 94.

*dilações devidas (...) porque um processo que respeita as garantias fundamentais é, necessariamente, um processo que demora algum tempo*".<sup>29</sup>

DIDIER JR. é ainda mais assertivo a este respeito, a ponto de refutar a existência de um princípio da celeridade: *"Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido ou célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional"*.<sup>30</sup>

Com efeito, não há um prazo fixo em abstrato a se considerar na aferição da razoabilidade do tempo necessário à entrega da tutela jurisdicional (compreendida também a atividade satisfativa). Há de se considerar a compatibilidade entre o tempo decorrido e variáveis como a complexidade do feito, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Por esta razão se justifica a abordagem do princípio da eficiência juntamente com a duração razoável do processo, já que não se busca um processo rápido independente de quaisquer outros fatores, descurando das garantias inerentes ao modelo constitucional de processo civil. *"A questão merece ser tratada, muito mais, em tons de otimização da prestação da tutela jurisdicional e, portanto, de eficiência, vale dizer, da obtenção do maior número de resultados com o menor número possível de atos processuais"*.<sup>31</sup>

A noção de eficiência acima mencionada não é propriamente uma ideia nova, razão pela qual DIDIER JR. diz tratar-se de uma nova roupagem do chamado princípio da economia processual,<sup>32</sup> que já encerrava a ideia de se buscar o máximo de efetividade com o mínimo possível de atividade processual.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas – *As normas fundamentais do processo civil brasileiro*. in CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JUNIOR, Herval (Orgs.) - *Os Juizes e o Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN 978-85-442-1362-9, p. 21.

<sup>30</sup> DIDIER JR., Fredie in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.) – *op. cit.*, p. 45

<sup>31</sup> BUENO, Cassio Scarpinella – *op. cit.*, p. 79. O competente doutrinador, nesta medida sustenta que tanto a eficiência quanto a duração razoável do processo retiram suas bases dos mesmos dispositivos, no plano constitucional do Art. 5º, LXXXVIII da CRFB/88, e no infraconstitucional do Art. 4º do NCPC.

<sup>32</sup> DIDIER JR, Fredie – *op. cit.*, p. 115.

<sup>33</sup> Cfr., neste sentido, AMARAL, Jorge Augusto Pais de – *Direito Processual Civil*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5952-5, p. 24.

DIDIER JR. [et al.] afirmam, outrossim, citando os ensinamentos de ÁVILA, que se pode sintetizar a eficiência “como o resultado de uma atuação que observa dois deveres: a) o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (efficiency); b) o de, com um meio, atingir o fim ao máximo (effectiveness)”.<sup>34</sup>

BUENO observa com acuidade que o Art. 4º do NCPC também revela uma função didática, ao permitir uma compreensão mais adequada do processo sincrético, na medida em que assinala que a função jurisdicional pode não se esgotar com a declaração dos direitos, e, se necessário for, deverá prosseguir-se no caminho de sua concretização.<sup>35 36</sup>

Esta visão global do processo, abrangendo a etapa satisfativa, deve orientar a atuação eficiente do órgão jurisdicional de modo a permitir que a execução atinja a sua finalidade, sem dilações indevidas, quer através da coibição de expedientes protelatórios e da má-fé processual, por parte do executado, de forma a frustrar a concretização de direitos, quer através da escolha do meio executivo mais apropriado ao caso concreto, ou seja, pautada pela eficiência, que traz implícita a ideia de medida mais equilibrada (maior efetividade X menor sacrifício ao devedor, conforme será desenvolvido adiante).

Conforme leciona GONÇALVES, o atual CPCPt, à semelhança do que se operou no direito brasileiro, na reforma promovida no Código de Processo Civil anterior pela Lei nº 11.232/2005, também passou a prever o processamento da execução de decisão judicial condenatória nos próprios autos do processo declarativo no qual foi proferida, nos termos do Art. 626.<sup>o</sup>.<sup>37</sup> Com efeito, pode-se afirmar que, em Portugal, tal como no Brasil, adotou-se um modelo de processo sincrético

---

<sup>34</sup> ÁVILA, Humberto *apud* DIDIER JR, Fredie [et al.] – *op. cit.* . p. 112.

<sup>35</sup> BUENO, Cassio Scarpinella – *op. cit.*, pp. 79-80.

<sup>36</sup> Reforçando a visão global do processo, Cfr. CÂMARA, Alexandre Freitas – *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-970-0993-4, p. 22. “A garantia de duração razoável do processo deve ser compreendida, então, de forma panorâmica, pensando-se na duração total do processo, e não só no tempo necessário para se produzir a sentença do processo de conhecimento”.

<sup>37</sup> GONÇALVES, Marco Carvalho – *Lições de Processo Civil Executivo*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7486-3, p. 31.

para efetivação de decisões condenatórias, constituindo a atividade executiva uma fase subsequente e complementar à declarativa.

Isto é consequência inarredável da constatação *“de que a condenação é apenas uma fase para a integral prestação da tutela jurisdicional e, especialmente, pela nova fisionomia que o Estado assumiu na sociedade contemporânea”*.<sup>38</sup> Hodiernamente, não se concebe mais a atuação da função jurisdicional do estado descompromissada com a realidade e a obtenção de resultados concretos, uma vez que a Constituição vincula positivamente o Estado a prover um sistema completo de tutela jurisdicional, abrangente de eventual atividade satisfativa, que pressupõe a existência de mecanismos adequados à disposição do juiz, para que esta ocorra sem dilações indevidas, conforme já advertia GUERRA.<sup>39</sup>

A execução, por sua vez, só atinge a sua consumação normal quando se atenda à máxima propugnada por CHIOVENDA e bem assimilada por doutrinadores como BARBOSA MOREIRA, ou seja, *“desde que se estabeleça a correspondência, tão perfeita quanto possível, entre a situação real e a indicada na norma jurídica concreta”*,<sup>40</sup> sendo este desfecho o único desejável sob a ótica daquele que necessita da tutela executiva.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme – As novas sentenças e os poderes do juiz para prestação da tutela jurisdicional efetiva. *Revista Jus Navigandi* [Em linha]. Teresina. ano 9, n.º 317 (20 mai. 2004). [Consult. 23 maio. 2018]. Disponível em WWW:<URL:https://jus.com.br/artigos/5045>. ISSN 1518-4862.

<sup>39</sup> GUERRA, Marcelo Lima, *op. cit.*, p. 110.

<sup>40</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa – *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. ISBN 978-85-309-4102-4, p. 224.

<sup>41</sup> É o que aponta o Art. 797 do NCPC, ao dispor que a execução se processa no interesse do credor, tendo como único objetivo a satisfação do crédito exequendo, encerraria o chamado princípio do desfecho único do processo ou módulo executivo, sendo anômalas as demais formas de extinção da execução. Cfr. Neste sentido CÂMARA, Alexandre Freitas – *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 278.

### 1.3. Jurisdição e atividade executiva na perspectiva do processo sincrético

CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, em clássica obra sobre teoria geral do processo, observam que nem sempre houve consenso acerca do caráter jurisdicional do processo executivo.<sup>42</sup>

Hoje em dia, dúvida não há de que, no âmbito da execução, as tensões entre direitos fundamentais das partes se revelam de forma contundente, com abertura de espaço para prolação de diversas decisões no curso desta etapa satisfativa. Ademais, pensada a jurisdição como um dever do Estado em oferecer um sistema completo de tutela efetiva dos direitos, conforme defendem Autores como GUERRA,<sup>43</sup> e MARINONI, ARENHART e MITIDIERO,<sup>44</sup> é forçoso reconhecer que não se esgota a atividade jurisdicional com a simples prolação de decisão, quando houver a necessidade de atos ulteriores para realização prática do direito certificado no *decisum*.

Conforme assinalamos na parte introdutória, o Brasil ainda segue um modelo no qual cabe ao juiz toda a direção do processo executivo, enquanto Portugal, a exemplo de outros países europeus (e.g.: França, Alemanha, Áustria, Luxemburgo e Bélgica<sup>45</sup>), avançou na desjudicialização da prática de alguns atos eminentemente executivos, que passaram a caber à figura do “agente de execução”<sup>46</sup>, que, segundo LEBRE DE FREITAS, seria um misto de profissional liberal e funcionário público, inspirado na figura do *huissier* francês, com o juiz a exercer funções de tutela e controle, com possibilidade de conhecer de reclamações pelos atos e omissões praticados pelo

---

<sup>42</sup> “Houve autores, em tempos não muito distantes, que vislumbraram na execução uma atividade puramente administrativa, não jurisdicional. E também houve quem, ligado à ideia da lide ao centro do sistema processual (Carnelutti), reconhecia o caráter jurisdicional da execução, mas negava peremptoriamente que ali existisse uma lide. E houve ainda quem, limitando a jurisdição ao processo de conhecimento, no qual se pronuncia o direito (*juris dictio*), sustentava que na execução forçada haveria o exercício de uma função que se chamaria *juris-satisfativa* não jurisdicional (Celso Neves). Todas essas concepções estão superadas na doutrina moderna”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel - *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 85-392-0277-8, pp. 352-353.

<sup>43</sup> GUERRA, Marcelo Lima – *op. cit., passim*.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *op. cit., passim*.

<sup>45</sup> GONÇALVES, Marco Carvalho – *op. cit.*, p. 31.

<sup>46</sup> O Art. 719.º, n.º 1, do CPC/2015, atribuiu ao agente de execução a competência para “efetuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas à secretaria ou sejam da competência do juiz (...)”. RIBEIRO e REBELO, em comentários ao referido dispositivo, afirmam que ao estabelecer a repartição de competências, “o legislador pretendeu afirmar, de forma inequívoca, que o principal órgão da execução é o agente de execução e que todos os outros intervenientes apenas dispõem das competências expressamente previstas na lei”. RIBEIRO, Virgínio da Costa; REBELO, Sérgio – *A Ação Executiva Anotada e Comentada*. 2ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6509-0, p. 193.

primeiro (Art. 723.º, n.º 1, al. c) do CPCPt).<sup>47</sup> Observa, contudo, o eminente Doutrinador, que o agente de execução, por seu estatuto de auxiliar da justiça detém poderes de autoridade, e sua presença, por mais que implique uma menor intervenção do juiz, e redução dos atos praticados pela secretaria, não retira a natureza jurisdicional do processo executivo.<sup>48</sup>

CÂMARA sintetiza, com o brilhantismo que lhe é peculiar, que a “*execução é a atividade processual de transformação da realidade prática. Trata-se de uma atividade de natureza jurisdicional, destinada a fazer com que aquilo que deve ser, seja. Dito de outro modo: havendo algum ato certificador de um direito (como uma sentença, ou algum ato cuja eficácia lhe seja equiparada), a atividade processual destinada a transformar em realidade*”.<sup>49</sup>

A execução deve ser compreendida, então, como atividade, e não necessariamente como processo autónomo, mesmo porque “*não é absoluta, quando cabível, a diferenciação em fases dedicadas à atividade cognitiva e à executiva. No terreno coberto por uma delas não raro se inserem atos pertinentes à outra. Subsiste, porém, a distinção ontológica entre as duas atividades*”.<sup>50</sup>

Por esta razão, conforme veremos adiante, perde terreno a clássica elaboração de uma classificação estanque de ações ou sentenças dentre as que ensejam a prática de atos executivos, sendo melhor deslocar a abordagem para a autossuficiência ou não da decisão em promover a efetiva tutela jurisdicional do direito (que já se adianta, é o que ocorre nas decisões/sentenças tidas como meramente declaratórias e constitutivas).

No direito brasileiro, conforme já salientado, desde as reformas implementadas no Código de Processo Civil revogado, deixou-se de conferir autonomia ao processo de execução, quando fundada em decisões judiciais. As atividades de cognição e execução foram trazidas para o âmbito da mesma relação processual, naquilo que a doutrina majoritária convencionou chamar de “processo sincrético”, onde a execução deixa de constituir processo autónomo para ser tratada

---

<sup>47</sup> Cfr., neste sentido, FREITAS, José Lebre de – *A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*. 7ª ed. Coimbra: GESTLEGAL, 2017. ISBN 978-989-99824-3-7, pp. 33-36.

<sup>48</sup> FREITAS, José Lebre de – *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>49</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas – *O Novo Processo Civil Brasileiro*. *op. cit.*, p. 277.

<sup>50</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa – *op. cit.*, p. 224.

como fase natural do reconhecimento do direito, permanecendo no capítulo correspondente ao processo de conhecimento, sob o título de “cumprimento da sentença”.

O processo autônomo de execução, contudo, permanece vigente quando se pretende dar cumprimento às prestações constantes em títulos extrajudiciais, no qual há maior amplitude para impugnação da pretensão executiva. Destarte, quando aqui nos referirmos à execução, sem maiores especificações, deverá o termo ser compreendido como expressão de atividade executiva.

## **2. Decisões judiciais e atividade executiva à luz do novo Código de Processo Civil Brasileiro**

### **2.1. Classificação das decisões conforme a suficiência em prestar a tutela jurisdicional**

MARINONI [et al.] dividem as sentenças (decisões), conforme sua suficiência para prestar a tutela jurisdicional do direito, denominando como autossuficientes os provimentos jurisdicionais que prescindem da atividade executiva para terem efetividade. Ao passo que as decisões que irão reclamar a prática de atos posteriores para efetiva prestação da tutela seriam consideradas não autossuficientes.<sup>51</sup>

Consideram, assim, autossuficientes as sentenças que prestam tutela meramente declaratória (que corresponderia às decorrentes das chamadas ações de simples apreciação no processo civil português, pelas definições de LEBRE DE FREITAS<sup>52</sup>) ou constitutiva, por prescindirem de atividade ulterior, inserindo no âmbito das não autossuficientes todas as demais sentenças, nas quais a tutela exija meios de execução adequados para ser efetivamente prestada<sup>53</sup> (como veremos, esta incompletude da sentença em prestar a tutela jurisdicional contribui para

---

<sup>51</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *op. cit.*, p. 613.

<sup>52</sup> FREITAS, José Lebre de – *A ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013. op. cit.*, p. 50.

<sup>53</sup> *ibidem*, p. 50.



justificar a adoção de um processo sincrético, no qual uma fase satisfativa se segue à atividade cognitiva).

Isto ocorre pois a sentença meramente declaratória se presta ao reconhecimento judicial acerca da existência ou não de direito ou fato jurídico, nada acrescentando quanto à esta existência.<sup>54</sup> Já nas sentenças constitutivas, a eficácia se produz automaticamente no plano jurídico, sem operar no mundo material.<sup>55</sup> Percebe-se que, em ambos os casos, a tutela jurisdicional do direito se esgota com a prolação da decisão, nada restando a realizar no plano material (execução).

Já as sentenças condenatórias, por excelência, irão depender da prática de atos posteriores para realização concreta do direito declarado, na medida em que impõem o cumprimento de uma prestação.

Aqui se está a falar das cargas preponderantes nestas decisões, pois, como observa LEBRE DE FREITAS, pode haver a cumulação de efeitos condenatórios no bojo destas sentenças,<sup>56</sup> como seria o caso da condenação em custas e honorários advocatícios, ou mesmo ao pagamento de multa por litigância de má-fé, podendo estar presentes tais componentes nas mais diversas sentenças. Além disso, conforme explica GONÇALVES, podem haver outras componentes condenatórias implícitas ou explícitas nas sentenças constitutivas, sendo este segmento passível de execução, tal como ocorre, por exemplo, na obrigação de entrega de coisa em decorrência da anulação ou resolução de um contrato.<sup>57</sup> A título ilustrativo, o mesmo ocorreria na sentença que decreta o divórcio, na qual podem haver prestações a executar, como a condenação ao pagamento de alimentos.

A presença destes elementos condenatórios é circunstancial (sendo, nesta parte, exequíveis), e não alteram os efeitos preponderantemente declaratórios ou constitutivos das

---

<sup>54</sup> FREITAS, José Lebre de – *A ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013. op. cit.*, p. 51.

<sup>55</sup> MANDRIOLI, Crisanto *apud* FREITAS, José Lebre de – *Ibidem*, p. 49.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>57</sup> GONÇALVES, Marco Carvalho – *op. cit.*, pp. 59 e 60.

sentenças. “*Tratam-se, em qualquer caso, de condenações que extravasam o objeto inicial da ação*”.<sup>58</sup>

A grande questão que se coloca é se há real necessidade de distinguir outras espécies de sentenças de acordo com a eficácia,<sup>59</sup> ou bastaria a classificação das mesmas enquanto declaratórias, constitutivas ou condenatórias.<sup>60 61</sup>

## **2.2. Classificação doutrinária das sentenças conforme a eficácia (ou a compreensão das sentenças condenatórias), diante das alterações na legislação processual brasileira**

Não se pode desconsiderar que historicamente a doutrina construiu classificações das ações de conhecimento de acordo com os efeitos das sentenças resultantes da propositura destas. No atual estágio de desenvolvimento doutrinário, grande parte dos processualistas tem rejeitado que se proceda a esta correspondência, por não ser o efeito jurídico da sentença decorrência do exercício do direito de ação, mas sim ditada pelas necessidades do direito material que se busca tutelar através do processo. Por isso, Autores como BUENO entendem que a “classificação das ações” seria uma designação equivocada, posto que o direito de ação não poderia ser adjetivado ou qualificado, e prefere referir à classificação da tutela jurisdicional.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> GONÇALVES, Marco Carvalho – *op. cit.*, p. 62.

<sup>59</sup> Eficácia diz respeito à propensão de algo a produzir determinados efeitos. Neste sentido, cfr. BUENO, Cassio Scarpinella - *op. cit.*, p. 72.

<sup>60</sup> Conforme ver-se-á adiante, a discussão em verdade se centra na superação da noção de decisão condenatória, ou na suficiência deste conceito para abarcar todos os provimentos que reclamem a necessidade de execução para efetiva prestação da tutela prometida pelo Estado de Direito.

<sup>61</sup> BUENO, por exemplo, propõe que se abandone por completo as classificações tradicionais, passando a substituir estas por outra que faça distinção apenas quanto à suficiência ou não do reconhecimento do direito para satisfação pretendida, sugerindo, no entanto, denominação diversa da referida por MARINONI e LEBRE DE FREITAS. Sugere o autor distinguir “*tutela jurisdicional não executiva*” e “*tutela jurisdicional executiva*”. “*Naquela, o reconhecimento do direito coincide com a satisfação pretendida; nesta, a despeito do reconhecimento do direito – que sequer precisa ser estatal –, faz-se necessária a atuação jurisdicional também para sua satisfação.*” BUENO, Cássio Scarpinella – *op. cit.*, p. 72.

<sup>62</sup> BUENO, Cássio Scarpinella, *apud* DIDIER JR., Fredie – *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. op. cit.*, p. 320.

Já Autores como DIDIER JR.<sup>63</sup> e GRECO, permanecem defendendo ser possível tal classificação, e o fazem a partir da distinção entre direito de ação (autônomo em relação ao direito material afirmado) e “ação como demanda, como conjunto de elementos propostos pelo autor que delimitam o objeto litigioso, a res in judicium deducta, tanto objetiva quanto subjetivamente”.<sup>64</sup> Em verdade, classificar as ações de acordo com o direito material deduzido está diretamente relacionado à eficácia do provimento jurisdicional adequado à tutela deste direito (trata-se da mesma coisa vista de ângulos diferentes). Somente se justificaria tomar por base a ação para efeito de classificação, por reverência à construção da doutrina clássica, a levantar críticas como a feita por BUENO, já que ação não possui um sentido unívoco.

A nosso sentir, diante do dissenso doutrinário, é preferível deslocar o foco para a jurisdição, e optar por uma classificação doutrinária das sentenças (aplicável às decisões em geral, incluindo decisões provisórias e acórdãos), conforme a eficácia preponderante destes provimentos.

Na doutrina brasileira, prevalece atualmente a chamada classificação trinária das sentenças, que estariam divididas em meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias. Para esta corrente, as sentenças chamadas mandamentais e executivas *lato sensu* seriam subespécies da sentença condenatória.

MEDINA, em longa exposição acerca da eficácia das decisões judiciais, observa que a doutrina que propunha a autonomia das sentenças mandamental e executiva *lato sensu* em relação às condenatórias, totalizando cinco espécies de eficácias, foi construída em momento anterior às reformas implementadas no Código de Processo Civil de 1973, onde havia clara separação entre o processo de conhecimento e o processo executivo, e foi historicamente defendida no Brasil por Autores como PONTES DE MIRANDA e OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA.<sup>65</sup> Atualmente, tem adeptos de relevo como MARINONI, que constrói toda sua teoria em torno das necessidades do direito material a ser tutelado no processo, e considera não ser possível encontrar dentro da classificação trinária das sentenças, e no conceito clássico de condenação, a via

---

<sup>63</sup> DIDIER JR., Fredie – *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. op. cit., p. 320.

<sup>64</sup> GRECO, Leonardo *apud* DIDIER JR., Fredie – *Ibidem*, p. 320.

<sup>65</sup> MEDINA, José Miguel Garcia – *Execução: Teoria geral, princípios fundamentais e procedimento* [livro eletrônico]. 1ª ed. em ebook baseada na 5ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISBN 978-85-203-7320-0, n.p.

adequada para a tutela de direitos não patrimoniais. Enxergava o Autor, desde as reformas do Código de Processo Civil revogado, que tratava em seu Art. 461 do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, e no Art. 461-A da efetivação da entrega de coisa, uma nova roupagem, respectivamente, para a sentença mandamental e executiva *lato sensu*.<sup>66</sup>

No tocante à natureza mandamental, a doutrina clássica (PONTES DE MIRANDA e SILVA) situa neste âmbito as sentenças nas quais é emitida uma ordem judicial, usualmente destinada a outro agente público (como ocorre na ação de mandado de segurança, previsto constitucionalmente no direito brasileiro<sup>67</sup>), para praticar ou abster-se de praticar determinada conduta.<sup>68</sup> Nesta senda, sustenta MEDINA, que somente seriam verdadeiramente mandamentais as decisões que contivessem pura e simplesmente uma ordem, sem cominação expressa de consequências, uma vez que a consequência do não cumprimento seria a responsabilização criminal por crime de desobediência (previsto no Art. 330, do Código Penal Brasileiro).<sup>69</sup>

Assim, rejeita o entendimento sustentado por MARINONI, de ser mandamental a sentença que determina um fazer ou não fazer sob pena de multa, enxergando caráter condenatório (condenação para o futuro) na natureza deste provimento. Para MEDINA, as decisões mandamentais possuem características que as diferem das condenatórias, pois haveria uma declaração de um direito e uma ordem para que se expeça um mandado (o mandado conteria a ordem a ser cumprida e a advertência quanto ao descumprimento configurar crime).<sup>70</sup> Percebe-se que ambos os Autores autonomizam as decisões mandamentais, mas o fazem com divergentes fundamentos. Ou seja, para MARINONI seriam mandamentais as decisões que veiculassem medidas de execução indireta, assim entendidas como aquelas que visam atuar sobre a vontade do devedor, para que faça ou se abstenha de fazer algo. Para o referido Autor, por sua vez, seriam executivas em sentido amplo as decisões que em seu bojo já veiculassem medidas executivas sub-

---

<sup>66</sup> MARINONI, Luiz Guilherme – As novas sentenças e os poderes do juiz para prestação da tutela jurisdicional efetiva. *op. cit.*

<sup>67</sup> Cfr. Art. 5º, LXIX, da CRFB/88: “LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;”.

<sup>68</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes; SILVA, Ovidio Baptista da *apud* MEDINA, José Miguel – *op. cit.*, n.p.

<sup>69</sup> MEDINA, José Miguel – *op. cit.*, n.p.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

rogatórias para sua efetivação (e.g.: interdição de local, busca e apreensão de coisa móvel). Tanto uma, quanto outra espécie, teriam como característica uma executividade intrínseca, no sentido de já veicularem medidas para realização no plano concreto do direito reconhecido no provimento jurisdicional, a dispensar a instauração de um processo autônomo de execução.<sup>71</sup>

Como se sabe, ulteriormente, o antigo Código de Processo Civil de 1973 (Lei n.º 5.869), seria mais uma vez alterado para estender esta dispensa de execução autônoma para dar cumprimento a outras sentenças proferidas no processo de conhecimento, passando a abranger as prestações pecuniárias, com a introdução do Art. 475-J pela Lei n.º 11.232/2005.

Contudo, é preciso salientar que, mesmo antes das normas processuais brasileiras serem modificadas para eliminar a necessidade de um processo autônomo para efetivação de todas as sentenças que exigissem atividade executiva, Autores como DINAMARCO, BARBOSA MOREIRA e THEODORO JÚNIOR, já sustentavam ser inapropriado tomar por base distintiva a circunstância de se exigir ou não um processo posterior para determinar a natureza da decisão.<sup>72</sup>

Os aludidos Doutrinadores (como se já anteviessem as profundas reformas processuais brasileiras), apontavam que a desnecessidade de novo processo para efetivar o direito declarado não constituiria uma característica relevante para definir tais decisões como condenatórias. Já vislumbravam que esta dispensa de processo executivo autônomo para efetivar o direito reconhecido em processo de conhecimento seria algo meramente circunstancial, decorrente da lei processual em vigor, e não do conteúdo das decisões.

Entendemos que, mesmo com o advento do novo código, permanece tendo razão a corrente doutrinária capitaneada por DINAMARCO, BARBOSA MOREIRA e THEODORO JÚNIOR, não constituindo elemento decisivo para autonomia da eficácia mandamental ou executiva *lato sensu* em relação à condenatória, a veiculação ou não, no próprio ato jurisdicional, da forma de efetivação do que restou decidido.

---

<sup>71</sup> MARINONI, Luiz Guilherme – As novas sentenças e os poderes do juiz para prestação da tutela jurisdicional efetiva. *op. cit.*

<sup>72</sup> Cfr. CARVALHO, Pedro Henrique Bicalho – Classificação das ações de conhecimento: uma releitura. *Revista Jus Navigandi* [Em linha]. Teresina, ano 19, n.º 3959 (4 mai. 2014) [Consult. 17 jul. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://jus.com.br/artigos/27739>>. ISSN 1518-4862.

Aliás, a forma de implementação da decisão não se encontra acobertada pela coisa julgada, sendo modificável conforme necessário for à efetivação concreta do direito certificado na decisão judicial.<sup>73</sup> Por isso, a necessidade ou não de se requerer em separado a execução do julgado não deve ser elemento determinante para negar o caráter condenatório à decisão.

Com efeito, as sentenças proferidas em ações fundadas em direito real (e.g.: reivindicatórias), ainda que se baseiem na violação de um dever jurídico, e não no inadimplemento de uma obrigação *stricto sensu*, também estariam inseridas nesta noção ampla de sentença condenatória. Para os adeptos da classificação quinária das sentenças, este seria um exemplo típico de sentença executiva *lato sensu*, pois o provimento judicial já conteria a determinação de restituição da coisa (ou seja, executividade).

Entendemos, na mesma linha defendida por MEDINA, que o fato de, nas ações fundadas em direito real, haver o reconhecimento de um ato ilícito e, por via de consequência, o réu ter retirado de seu domínio e posse uma coisa que não lhe pertence, de modo diverso ao que ocorre quando há simples inadimplemento obrigacional, em que medidas para suprir tal inadimplemento incidirão sobre o patrimônio do réu, ou seja, algo que lhe pertence, não constitui elemento suficiente para autonomizar tais decisões em relação às condenatórias.<sup>74</sup>

Tanto em uma, quanto em outra hipótese, a tutela do direito da parte autora exigirá a prática de atos executivos, somente diferindo quanto ao momento de sua determinação (no primeiro caso a expedição do mandado executivo é determinada na decisão que julgar a causa, enquanto no outro, não havendo cumprimento voluntário no prazo legal, seguir-se-á a prática de atos executivos).

Note-se que, no direito anterior à reforma do antigo Código de Processo Civil brasileiro, conforme salientamos, havia autonomia do processo executivo, o que servia, de certa forma, como sustentáculo para o entendimento doutrinário que via na sentença condenatória apenas a aptidão para embasar futura ação de execução, enquanto as sentenças mandamentais e executivas em sentido amplo dispensariam execução autônoma. Com o advento das Leis n<sup>o</sup>s 8.952/94,

---

<sup>73</sup> Cfr., neste sentido, DIDIER JR., Fredie [et al.] – *op. cit.*, p. 121.

<sup>74</sup> Cfr., neste sentido, MEDINA, José Miguel Garcia – *op. cit.*, n.p.

10.444/2002 e 11.232/2005, que modificaram o Código de Processo Civil anterior, respectivamente, quanto à forma de implementar as prestações de fazer ou não fazer, entregar coisa, e pagar quantia, houve a gradativa eliminação desta dicotomia conhecimento/execução, constituindo o cumprimento da sentença simples complementação da fase cognitiva.

Como visto, neste modelo chamado pela doutrina de processo sincrético, as atividades de cognição e execução são praticadas no âmbito de um mesmo processo, como medidas necessárias à efetiva tutela do direito (a atividade executiva é subsequente e complementar à fase de formação do título).

Assim, consolidou-se a doutrina majoritariamente no sentido de ter havido a superação da classificação proposta por aqueles que identificavam como elemento distintivo a necessidade de propositura de ação autônoma para efetivação da tutela jurisdicional, pois, afinal, todas as ações de conhecimento passaram a ser processadas de forma sincrética.

O problema é que se verifica o mesmo erro metodológico apontado por BARBOSA MOREIRA, DINAMARCO E THEODORO JÚNIOR, na medida em que houve a adesão à classificação trinária das sentenças em decorrência das alterações promovidas no direito positivo, agora no sentido de dispensar o aforamento de ação executiva para efetivar sentenças condenatórias, à semelhança do que já ocorria com as sentenças tidas como mandamentais e executivas *lato sensu*.

Tanto as sentenças classificadas como mandamentais, quanto as executivas, teriam como característica comum a imposição de medidas para realização prática do direito proclamado desde o momento da prolação da decisão judicial, sendo no primeiro caso medidas de coerção, e no segundo caso medidas sub-rogatórias.

Para nós, o mais importante é que, tanto na tutela condenatória, como mandamental e executiva *lato sensu*, somente se pode considerar que o Estado cumpriu o seu papel de entregar uma prestação jurisdicional efetiva, quando realizado integralmente no plano da realidade sensível, o direito reconhecido na sentença (decisão).

A partir dos ensinamentos de THEODORO JÚNIOR, podemos afirmar que são condenatórias todas as decisões que declarem a situação jurídica dos litigantes e ordenem uma

prestação, ainda que haja diferença na forma de realizar processualmente essa prestação, ou seja, sua execução.<sup>75</sup>

Com efeito, não se afigura equivocado considerar como condenatória toda decisão que deflagre ou autorize atividade executiva, para integral e efetiva prestação da tutela jurisdicional,<sup>76</sup> sendo isto essencial para compreender a possibilidade de modificação dos meios de efetivação, ainda que tenham sido especificados na sentença.

Mesmo que haja indicação da forma de implementação da decisão no bojo do julgado, nada obsta que haja modificação da medida executiva pré-determinada. Se a forma de executar é modificável posteriormente na medida do que for adequado e exigível para realização do direito, evidentemente tal elemento não é suficiente para conferir autonomia à determinadas decisões em relação às condenatórias.

Isto implica dizer que há espaço para determinação de medidas executivas atípicas para implementação de sentenças condenatórias em geral, independente de já haver carga executiva na referida decisão. Ilustrativamente, este seria o caso das chamadas ações executivas *lato sensu* (e.g.: o juiz determina a reintegração do autor na posse de bem móvel, e expede mandado de execução. Caso não se logre êxito na busca e apreensão de coisa móvel, medida sub-rogatória, é possível alternar ou cumular outra medida como a incidência de multa, medida coercitiva, para efetivação da ordem judicial).

A ressalva que nos parece apropriada é feita por MEDINA, relativamente às sentenças tidas como mandamentais. Explica o Autor que, se o caráter mandamental decorre da advertência quanto à eventual responsabilização criminal por crime de desobediência (Código Penal Brasileiro, Art. 330: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público”), não faria sentido admitir que pudesse haver a alternância ou cumulação com qualquer outra medida, uma vez que a incidência da lei penal se reveste de caráter subsidiário,<sup>77</sup> constituindo a *ultima ratio* o exercício da pretensão

---

<sup>75</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto – *op. cit.*, p. 1367.

<sup>76</sup> Cfr., neste sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas – *op. cit.*, p. 255.

<sup>77</sup> No Brasil, a jurisprudência do STJ é pacífica ao reconhecer a subsidiariedade do crime de desobediência (Art. 330 do Código Penal), de modo a só incidir o referido tipo penal quando não prevista outra medida ou sanção pelo incumprimento da ordem, salvo disposição legal expressa em sentido contrário, a exemplo do que ocorre no Art. 536,§3º do NCPC, que permite sancionar a má-fé no âmbito processual, sem prejuízo das



punitiva estatal por crime de desobediência. Logo, se o julgador indicou o caminho do indiciamento criminal do destinatário da ordem em caso de seu descumprimento, não poderia haver outra medida processual adequada para execução da sentença, pois seria desproporcional a opção pela medida mandamental.

É possível inferir que, os que seguem a orientação proposta por MEDINA, ou seja, de que somente seriam mandamentais as decisões que ordenassem a notificação do requerido para cumprimento da ordem sob pena de responsabilidade criminal, devem reconhecer que não há espaço para determinação de qualquer outra providência executiva, já que eventual consequência pelo incumprimento da ordem dar-se-á na esfera penal, esgotando na sentença proferida a atividade jurisdicional do juízo processante.

Já para os que seguem a orientação de MARINONI, haveria a possibilidade de modificação ou cumulação de medidas executivas em momento posterior à prolação da decisão mandamental (compreendida como aquela que veicula ordem para fazer ou não fazer algo, ou mesmo entregar coisa diversa de dinheiro, sob pena de incidir medida processual coercitiva), com vistas à efetiva tutela do direito.

Como consectário lógico da corrente que reconhece o esgotamento da função jurisdicional na prolação de sentença mandamental “pura” (ordem sob pena de responsabilização criminal), ter-se-ia uma categoria de sentenças, que não se afigura compatível com a determinação de outras medidas executivas, já que bastante e imutável a ordem contida na sentença para o seu cumprimento forçado.

Em outras palavras, no magistério de MEDINA, a escolha da via mandamental é um caminho sem volta, por ser a ameaça de responsabilização criminal somente aplicável quando nenhuma outra medida for suficiente.

Neste rumo, o Art. 139, IV, do NCPC teria de ser interpretado no sentido de não se permitir cumulação ou alternância de medidas típicas ou atípicas, quando decidisse o julgador promover o cumprimento desde o início pela via mandamental, que pressupõe insuficiência ou inadequação de qualquer outra medida (lembremos que isto somente dar-se-ia para os que

---

sanções penais cabíveis por crime de desobediência. Cfr., neste sentido, *inter plures*, AgRg no REsp 1582710/DF, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 22.03.2017.

sustentam que a mandamentalidade somente comportaria uma ordem cujo descumprimento desbordaria na esfera criminal).

Contudo, esta limitação é inexistente para a corrente defendida por Autores como MARINONI, em decorrência da compreensão diferenciada da eficácia mandamental, que consistiria na veiculação de medidas coercitivas na própria decisão, usualmente para efetivação de prestações infungíveis, mas não limitada a estas (MARINONI sustenta o uso amplo da tutela mandamental, aduzindo, por exemplo, poder ser menos dispendiosa a execução específica de uma obrigação de fazer fungível, do que a realização por terceiros às custas do executado).<sup>78</sup>

Embora a forma de implementação da decisão não altere a natureza condenatória da mesma, conforme por nós sustentado com esteio no magistério de THEODORO JÚNIOR, a discussão em torno do efeito mandamental é aspecto relevante para a compreensão das espécies de medidas executivas descritas no Art. 139, IV, do NCPC, impondo o conhecimento das posições doutrinárias aqui expostas, conforme retomaremos mais adiante.

### **2.3. O Art. 515, I do NCPC teria tratado as sentenças meramente declaratórias como títulos executivos judiciais?**

É interessante notar que o legislador brasileiro, ao elencar os títulos executivos judiciais aptos a instrumentalizar o “cumprimento forçado” da prestação, teria teoricamente optado por não restringir a executoriedade às decisões condenatórias. A abertura redacional do Art. 515, I, do NCPC<sup>79</sup> confere executoriedade às decisões que reconheçam a exigibilidade de obrigações de pagar quantia, de fazer ou não fazer, e de entregar coisa, positivando assim, entendimento consolidado do STJ, e defendido há anos por doutrinadores de escol, como o saudoso Min. TEORI ZAVASKI, cujas lições pedimos *venia* para transcrever:

---

<sup>78</sup> MARINONI, Luiz Guilherme – As novas sentenças e os poderes do juiz para prestação da tutela jurisdicional efetiva. *op. cit.*

<sup>79</sup> “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

*I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;”*

*“Se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, por sentença, não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. Instaurar a cognição sem oferecer às partes e principalmente ao juiz outra alternativa de resultado que não um já prefixado representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional”.*<sup>80</sup>

Exemplificativamente, seria este o caso de provimento jurisdicional no qual se reconheceu a validade ou fixou-se a interpretação de determinada cláusula contratual concernente à obrigação já vencida (exigível). Em vez de se propor nova demanda para dar cumprimento ao contrato, bastaria, em tese, um requerimento da parte a quem aproveita a cláusula, para execução desta obrigação. Tal possibilidade constitui medida significativa de otimização do tempo no processo, dando máxima efetividade ao direito proclamado, com menor atividade processual, o que se conforma com o primado do princípio da eficiência processual.

Ao assim dispor, teria o legislador realmente passado a atribuir força executiva às decisões meramente declaratórias? CÂMARA sustenta que não, pois, ao reconhecer a existência de uma obrigação exigível, e permitir o desenvolvimento de atividade executiva, estaria o órgão jurisdicional a prolatar decisão de natureza condenatória.<sup>81</sup>

Igual entendimento é partilhado por MARINONI [*et al.*], que explicam que a percepção equivocada se deve em razão da relutância ou dificuldade em compreender o processo civil a partir da tutela dos direitos. Ora, se a decisão está a reconhecer todos os elementos de um direito a uma prestação, e por algum fundamento esta prestação já é exigível, não bastará a sentença ou decisão (que são técnicas processuais) para tutela do direito ao adimplemento, hipótese em que

---

<sup>80</sup> ZAVASKI, Teori Albino - Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Vol. 28, n.º 109 (jan. a mar. 2003), p. 109.

<sup>81</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas - *O Novo Processo Civil Brasileiro*. *op. cit.*, p. 256.

há evidente necessidade do emprego de meios executivos, para que se promova a efetiva tutela do direito.<sup>82</sup>

A distinção segundo estes Autores, é que a sentença meramente declaratória não pode, e nem precisa, ser executada, ao passo que, na decisão prevista no Art. 515, I, do NCPC, a tutela é prestada pela sentença e completada pela atividade executiva,<sup>83</sup> e, como vimos, estas decisões, que reconhecem a exigibilidade do direito a uma prestação e possibilitam a atividade executiva, são condenatórias para maioria da doutrina.

Por isso, continua válida a premissa aqui estabelecida de que somente são passíveis de execução as decisões condenatórias. Note-se que, ao empregar o vocábulo “decisão”, quis o legislador indicar que as disposições relativas à execução se aplicam no que couber às tutelas provisórias, notadamente à antecipação dos efeitos da tutela meritória, ou providências cautelares (onde há campo fértil para incidência de medidas executivas), conforme se extrai ainda da remissão expressa contida no Art. 519,<sup>84</sup> e no Art. 297<sup>85</sup> do NCPC, que dialogam harmonicamente.

### **3. Normas fundamentais do processo civil e a atipicidade dos meios de execução**

Assim como fazem SCALABRIN e CUNHA, convém advertir que *“a questão dos princípios jurídicos tem causado intenso debate doutrinário, especialmente pelas dificuldades de identificação, aplicação e controle”*.<sup>86</sup> O dissenso começa na própria definição do que seriam princípios, expressão de sentido variável, conforme a teoria e perspectiva que se adote.

---

<sup>82</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *op. cit.*, p. 585.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 585.

<sup>84</sup> “Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”.

<sup>85</sup> “Art. 519. Aplicam-se as disposições relativas ao cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, e à liquidação, no que couber, às decisões que concederem tutela provisória”.

<sup>86</sup> SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Antunes da – *op. cit.*, p. 180.

Tampouco há uniformidade ou consenso na enunciação dos princípios que seriam aplicáveis ao processo civil e à atividade executiva, em especial, razão pela qual não se pretende discorrer sobre todos os princípios apontados na doutrina dedicada ao processo executivo, optando-se por tratar daqueles que julgamos essenciais na compreensão e aplicação de cláusulas gerais processuais que permitem um regime de atipicidade dos meios executivos.

O que tem se verificado com uma certa tranquilidade é o reconhecimento de que a Constituição, e o ordenamento jurídico como um todo, devem ser compreendidos como um sistema aberto, composto por diferentes espécies normativas, que podem ser classificadas como princípios ou regras jurídicas, conforme aponta BARCELLOS,<sup>87</sup> citando ser esta a opinião, dentre outros, de BONAVIDES, BARROSO, CANOTILHO, DWORKIN e ALEXY.

Assim, princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica, e como tal, são dotados de imperatividade.<sup>88</sup> O problema começa na não uniformidade dos critérios utilizados para distinguir regras de princípios, o que, em certa medida, justifica a opção do próprio legislador ordinário em lançar mão no NCPC da expressão “normas fundamentais do processo civil”, com o escopo de abarcar eventuais divergências conceituais, ciente que estas normas fundamentais poderão assumir a natureza de regras ou princípios, conforme observado por DIDIER JR.<sup>89</sup>

Mesmo diante das dificuldades apontadas, e sem pretensão de esgotar o tema, que por si só poderia ser objeto de monografia, podemos nos basear nos elementos trazidos pelos estudos de DWORKIN, e desenvolvidos posteriormente na teoria de ALEXY, para buscar estabelecer os caracteres distintivos quanto à estrutura e aplicação das regras e princípios.

ÁVILA explica que os grandes publicistas dos séculos XIX e XX, como LARENZ, ESSER e CANARIS, tendiam a situar a diferenciação no campo da existência de um maior ou menor grau

---

<sup>87</sup> BARCELLOS, Ana Paula – *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. ISBN 978857147-801-5, p. 50.

<sup>88</sup> BOBBIO, Norberto *apud* BARCELLOS, Ana Paula – *ibidem*, p. 51.

<sup>89</sup> DIDIER JR., Fredie *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.) – *op. cit.*, p. 34.

de indeterminação das normas, o que parte da doutrina se refere à “distinção fraca” entre princípios e regras, na medida em que teriam as mesmas propriedades, mas em graus diferentes.<sup>90</sup>

Essa teoria clássica do direito público sustenta que os princípios são normas caracterizadas por um elevado grau de abstração e generalidade, que se destinam a um número indeterminado de situações, e dirigem-se a um número indeterminado de pessoas. Por estas razões, exigem uma aplicação influenciada por um alto grau de subjetividade por parte do aplicador. Já as regras, em oposição, denotam pouco ou nenhum grau de abstração, se destinam a um número praticamente determinado de situações, e dirigem-se a um número praticamente determinado de pessoas. Consequentemente, sua aplicação confere pouco ou nenhum espaço para a subjetividade do intérprete.<sup>91</sup>

Esta corrente de pensamento também situa os princípios como alicerces, valores fundamentais do ordenamento jurídico, normas nucleares que irradiam seus efeitos sobre todo o sistema (o que enseja a assertiva de que os princípios se contrapõem às regras por veicularem valores).

Já uma posterior corrente de pensamento, na qual podemos situar DWORKIN e ALEXI, irá diferenciar as espécies normativas quanto ao modo de aplicação, e de como solucionar as antinomias existentes entre elas. O fundamento da distinção estaria na própria estrutura normativa, o que doutrinadores como ÁVILA se referem como “distinção forte” entre regras e princípios, já que estas espécies normativas não têm as mesmas propriedades.<sup>92</sup>

As regras estabelecem mandamentos definitivos e são aplicadas por subsunção, enquanto os princípios estabelecem deveres provisórios e se aplicam mediante ponderação. Conforme explica BARCELLOS, as regras apresentam estrutura biunívoca, aplicando-se consoante um modelo de tudo ou nada (*all or nothing fashion*) referido por DWORKIN, e, segundo ALEXI admitiriam dois tipos de situações: ou são válidas e se aplicam, ou não se aplicam porquanto

---

<sup>90</sup> ÁVILA, Humberto – *Princípios e regras e a segurança jurídica*. Revista de Direito do Estado: RDE. Rio de Janeiro: Renovar. ISSN 1609-550X. n.º 1, ano 1 (jan. a mar. 2006), pp. 190-191.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 192.

inválidas, não admitindo gradações. Já os princípios são referidos por ALEXY como sendo comandos de otimização (as regras seriam comandos de definição) que “*determinam que algo seja realizado na maior medida do possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes*”.<sup>93 94</sup>

Relativamente às possibilidades jurídicas, uma das limitações à otimização seria o concurso de outros princípios.<sup>95</sup> Conforme aprofundaremos ao tratar da proporcionalidade, para ALEXY, diferentemente das regras, a solução do conflito entre princípios dá-se do campo da eficácia, com ambos os princípios envolvidos preservando sua validade após a aplicação da técnica da ponderação ou sopesamento. Assim, diante de uma dada situação concreta um princípio incidirá em relação a outro com menor ou maior peso, sendo uma questão não de “tudo ou nada”, mas sim de “mais ou menos”.<sup>96</sup>

A grande parte das normas tratadas no novo código como fundamentais do processo civil possuem matriz constitucional e são definidoras de direitos e garantias fundamentais, tendo, por conseguinte, inegável caráter principiológico.<sup>97</sup> Isto implica dizer que o recurso ao sopesamento ou ponderação se fará necessário na aplicação destas normas, pois, em se tratando de direitos fundamentais, frequentemente haverá zonas de tensão, em situações concretas onde estas normas não poderão ser “*realizadas ou otimizadas em todas suas potencialidades*”.<sup>98</sup>

A duração razoável do processo e a efetividade já foram por nós abordados no início deste trabalho (*supra* n.º 1.2.). Destarte, passaremos à análise de outras normas fundamentais correlacionados à aplicação das cláusulas gerais executivas.

---

<sup>93</sup> BARCELLOS, Ana Paula de – *op. cit.*, pp. 56-57.

<sup>94</sup> Cfr., em igual sentido, CANOTILHO, Joaquim José Gomes – *op. cit.* p. 1161. “*Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos*”.

<sup>95</sup> BARCELLOS, Ana Paula – *op. cit.* p. 57.

<sup>96</sup> Cfr., neste sentido, ÁVILA, Humberto – Princípios e regras e a segurança jurídica. *op. cit.* pp. 192-193.

<sup>97</sup> Cfr. ALEXY, Robert – *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. ISBN 978-85-392-0073-3, p. 86.

<sup>98</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes – *op. cit.*, p. 620.

### 3.1. Princípios do contraditório, da cooperação e da boa-fé

O NCPC previu expressamente no Art. 6º o princípio da cooperação (assim como o fez o CPCPt, que se refere ao princípio, em termos gerais em seu Art. 7º, e em disposições específicas ao longo do código, conforme veremos adiante).

Aqui cabem as mesmas considerações feitas quando se analisou a eficiência, eis que se trata de princípio radicado em normas constitucionais de viés processual, tendo como fundamentos o devido processo legal e o contraditório. O legislador ordinário ao positivizar o princípio, deixa clara a necessidade de adoção de um modelo cooperativo de processo civil, onde *“todos os participantes têm o dever de cooperar na construção uma decisão justa e efetiva”* (Art. 6º do NCPC).

Por isto BUENO assevera que a carga inovativa do Art. 6º do NCPC é menor do que se imagina, pois, conforme há muito sustentava o referido processualista, o princípio cooperativo já é decorrência do modelo constitucional de processo civil. Ademais, ressalta a necessidade de compreensão deste modelo cooperativo do processo civil a partir de outros elementos trazidos pelo NCPC (conforme já tivemos oportunidade de tratar), notadamente os artigos 4º e 5º, que tratam da efetividade e da boa-fé, se não, vejamos:

*“Esse ‘modelo de processo cooperativo’, máxime quando compreendido também à luz de outros elementos trazidos pelo CPC de 2015 (cabe destacar, aqui, os arts. 4º e 5º), convida a todos a terem presente a concepção do processo como método de solução (estatal) de conflitos – como “comunidade de trabalho”, como sustentam alguns com base na doutrina alemã – em que os seus sujeitos, cômnicos de suas funções institucionais, agem com boa-fé e em regime de cooperação entre si para viabilizar a efetiva prestação da tutela jurisdicional a quem dela for merecedor; um processo, destarte, que seja, a um só tempo, o devido e eficiente”.*<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> BUENO, Cassio Scarpinella – *op. cit.*, pp. 83-84.



Este dever de cooperação espraia-se por diversos outros dispositivos no NCPC, com certas especificidades, sendo o Art. 6º do NCPC uma norma de caráter geral, a vincular não só as partes como o juiz, orientando sua atuação na gestão eficiente do processo, com o que deverá contar com a colaboração dos demais sujeitos processuais.

Conforme já tivemos oportunidade de mencionar, DIDIER JR. aponta que o legislador brasileiro inspirou-se no CPCPt ao elaborar toda esta parte introdutória do NCPC,<sup>100</sup> de sorte que há disposição semelhante na aludida lei adjetiva portuguesa, mais especificamente no Art. 7.º, n.º 1, do Código, ao dispor que *“na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”*.

Para MITIDIERO, o juiz do processo cooperativo *“desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão”*.<sup>101</sup> Contrapõe-se ao papel de mero fiscal da Lei desempenhado num modelo de processo liberal clássico, para assumir uma postura participativa de diálogo com as partes, na construção da decisão judicial, que, uma vez proferida, será imposta pelo caráter de imperatividade da função jurisdicional (a decisão judicial mesmo sendo construída de forma cooperativa, não tem retirado seus atributos como ato de poder estatal, daí se falar em necessária assimetria neste momento processual).

Em verdade, há um equilíbrio a ser buscado no exercício da função jurisdicional, de forma que o juiz não deve assumir uma postura passiva, tampouco deve agir de forma autoritária na condução do processo. DIDIER JR., sustenta que *“esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes”*.<sup>102</sup>

Esta condução comparticipativa e equilibrada do processo, por ser corolária ao contraditório, retira igualmente suas bases do devido processo legal (processo justo como processo equilibrado), como já sustentava a doutrina antes do advento do NCPC. Como

---

<sup>100</sup> Vide nota n.º 26.

<sup>101</sup> MITIDIERO, Daniel - *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, ISBN 978-85-203-6502-1, p. 81.

<sup>102</sup> DIDIER JR., Fredie, in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.) – *op. cit.*, p. 53.

consequência tem-se neste modelo de gestão processual um *tertium genus*, que se coloca equidistante de um modelo primordialmente adversarial e dispositivo (marca do processo no estado liberal), bem como de um modelo inquisitorial, com permanente assimetria na atuação do órgão jurisdicional.<sup>103</sup>

A interpretação sistemática do Art. 6º do NCPC conduz à incidência do princípio cooperativo também em sede de execução, obrigando os sujeitos processuais a agir de acordo com a boa-fé e a cooperar não só para o julgamento da causa, como para eventual realização prática do que restar decidido.

Embora a execução se processe no interesse do credor (Art. 797 do NCPC) e só atinja o seu fim natural quando haja a satisfação com a maior identidade possível do direito constante no título (o que parte da doutrina denomina como princípio do desfecho único<sup>104</sup> ou do resultado<sup>105</sup>), não se pode negar a existência do direito do executado ao contraditório, ainda que mitigado, principalmente quando fundada a execução em título extrajudicial, cuja formação não foi precedida de uma etapa processual cognitiva. Assim, há inegável predominância da posição processual do credor no processo executivo, não incidindo plenamente a lógica da paridade de armas, conforme observam MARINONI [*et al.*],<sup>106</sup> mas nem por isso há de se dispensar a participação do executado na etapa satisfativa, pois o contraditório assume dimensões outras no processo civil cooperativo, onde cabe ao juiz advertir as partes, preveni-las quanto ao comportamento processual inadequado, e evitar a adoção de decisões “surpresa”, mormente quando se afaste de um modelo típico.

Por isso, ABELHA observa que o contraditório “*constitui elemento natural do processo, posto que faz parte da sua essência e atua diretamente como fator de sua legitimação como instrumento realizador do direito*”,<sup>107</sup> e se faz presente na execução, mesmo que não assuma as

---

<sup>103</sup> DIDIER JR., Fredie, *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.) – *op. cit.*, p. 53.

<sup>104</sup> Cfr. nota n.º 41.

<sup>105</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - *op. cit.*, p. 590.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 590.

<sup>107</sup> ABELHA, Marcelo - *Manual de Execução Civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6462-7, p. 104.

mesmas feições que no processo cognitivo, e o réu (executado) “*tem o direito de ser ouvido dentro da perspectiva relativa à atuação da norma jurídica concreta*”.<sup>108</sup>

Quando há referência legal ao direito ao contraditório efetivo (Art. 7º do NCPC<sup>109</sup>), como visto, dimensionado pelo modelo cooperativo de processo civil, deve-se compreender como uma garantia às partes de poder influir nas decisões judiciais, que devem espelhar em sua fundamentação os elementos trazidos por esta participação.<sup>110 111</sup>

Se não há risco de ineficácia da medida executiva a ser determinada pelo juiz, se afigura plausível a oitiva das partes quanto à medida não prevista em lei cogitada pelo julgador, podendo o executado apresentar as justificativas que entender cabíveis, modificar o comportamento processual, ou até mesmo resolver adimplir a prestação ante a iminência de medidas coativas indesejáveis, ou mesmo de sanções processuais quando ilícito for, o seu comportamento.

Neste ponto, são magistrais as observações de MARINONI [*et al.*], acerca da importância da participação das partes em contraditório para cooperar na obtenção de uma execução equilibrada:

*“Em especial para que o magistrado possa encontrar a execução equilibrada – ou seja, o equilíbrio entre os princípios do resultado e da menor onerosidade – é importante que se permita às partes realmente participar do processo, a fim de encontrar o ponto de melhor performance da efetivação judicial das prestações”*.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> ABELHA, Marcelo - *Manual de Execução Civil. op. cit.*, p. 104.

<sup>109</sup> Art.7º do NCPC: “*É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório*”.

<sup>110</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas – *As normas fundamentais do processo civil brasileiro*, in CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JUNIOR, Herval (Orgs.) - *Os Juizes e o Novo CPC*, Salvador: JusPodivm, 2017, p. 32.

<sup>111</sup> São em semelhante sentido as lições de LEBRE DE FREITAS, citado por PAIS DE AMARAL, ao tratar da dimensão do contraditório no processo civil português, que passa a ter o escopo principal de garantir a participação efetiva das partes, com possibilidade de “*influência, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo*”. FREITAS, José Lebre de *Apud* AMARAL, Jorge Augusto Pais de – *op. cit.*, p. 19.

<sup>112</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - *op. cit.*, p. 594.

Como se vê, optamos por uma análise conjunta da boa-fé, do contraditório e da cooperação processual, por entendermos que se tratam de questões intimamente ligadas. Não há como se pensar um modelo em que os sujeitos processuais atuem de forma cooperativa, com participação efetiva na construção das decisões, sem que haja uma observância de um comportamento ético no processo.

Claro que, a depender do contexto, a boa-fé pode assumir variados significados, como, por exemplo, o de vetor hermenêutico na interpretação dos pedidos formulados pelas partes (Art. 322, §2º, do NCPC), e das decisões judiciais (Art. 489, §3º, do NCPC). Aqui nos preocuparemos com a boa-fé relativamente à atuação daqueles que participam do processo.

O NCPC dispõe em seu Art. 5º que *“aquele que participa de qualquer forma do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”*. Para CARNEIRO *“esta diretriz tem uma razão muito simples. Se o processo é composto de pessoas, é evidente que quanto mais adequado for o comportamento destas, maior será a probabilidade daquele alcançar a sua finalidade”*.<sup>113</sup>

Ao lado da norma geral prevista no Art. 5º, o NCPC traz disposições específicas relacionadas à boa-fé, e ao comportamento ético das partes no processo, impondo o cumprimento de uma série de deveres processuais, que compreendem prestações positivas, ou restrições e proibições de atos considerados abusivos. É este o caso do Art. 77 do NCPC, que trata dos deveres atribuídos às partes, procuradores, e todos aqueles que de qualquer forma participem do processo (o dispositivo prevê ainda que a violação de alguns destes deveres, como os descritos nos incisos IV e VI, pode ainda ensejar a punição da conduta como ato atentatório à dignidade da justiça). No Art. 80 do NCPC, trata o código da “litigância de má-fé”, prevendo sanções e responsabilização civil por danos decorrentes dos atos praticados pelo litigante de má-fé. Há ainda disposições relacionadas à boa-fé aplicáveis especificamente ao processo executivo, como faz o Código, ao elencar no Art. 774, outras hipóteses de atos atentatórios a dignidade da justiça.

O CPCPt trata de forma semelhante da litigância de má-fé em seus Artigos 542º e 543º, prevendo tanto a cominação de multa, como a indenização pelos danos causados à parte

---

<sup>113</sup> CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro, *In* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (Coords.) - *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 978-85-203-5932-7, p. 19.

contrária, sendo enumerados nas alíneas do Art. 542.º, n.º 2, atos que, se praticados com dolo ou negligência grave, configuram litigância de má-fé.

A Lei Portuguesa, tanto na norma geral prevista em seu Art. 8º, quanto na disposição específica contida no Art. 542.º, n.º 2, al. c), que reputa como litigante de má-fé quem “*tiver praticado omissão grave do dever de cooperação*”<sup>114</sup> reforçam a íntima relação entre os princípios aqui referidos. Isto ocorre por ser a boa-fé “*um princípio fundamental em todo ambiente de colaboração*”, e, como visto, o princípio da cooperação tende a “*transformar o processo civil numa comunidade de trabalho*”.<sup>115</sup>

Conforme aprofundaremos adiante, a violação à boa-fé processual, quando se amolde especificamente à comportamentos proibidos previstos em lei, quer como litigância de má-fé, quer como atos atentatórios à dignidade da justiça, além de poder ensejar a aplicação de sanções, como a multa de que trata o Art. 77, § 2º, do NCPC, poderá indiciar a necessidade de se recorrer à adoção de medidas executivas atípicas, embora estas tenham caráter instrumental e finalidade de coação indireta ao cumprimento da prestação (ou mesmo de deveres processuais acessórios, como será demonstrado no decorrer deste estudo<sup>116</sup>).

Mais um exemplo da ligação entre os princípios aqui analisados pode ser encontrado na recomendação de prévia advertência contida no Art. 77, § 1.º, NCPC, que estabelece, dentre outras coisas, que o juiz deverá advertir as partes e terceiros de que a violação do dever de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais pode ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça. Tal recomendação por parte do juiz constitui reflexo do princípio da cooperação (art. 6.º do NCPC).<sup>117</sup>

A distinção a ser feita entre a boa-fé como norma geral, e as situações que ensejam a punição do litigante de má-fé, tanto no Direito Processual Civil Brasileiro quanto no Português, consiste na exigência de avaliação, nestes últimos, do elemento subjetivo, ou seja, a consciência de que se está a agir contrariamente ao direito, de forma dolosa, ou ao menos com culpa grave

---

<sup>114</sup> AMARAL, Jorge Augusto Pais de – *op. cit.* p. 27.

<sup>115</sup> SOUZA, Miguel Teixeira de *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto – *op. cit.*, p. 99.

<sup>116</sup> Cfr. *infra* n.º 9.

<sup>117</sup> Cfr., neste sentido, GAJARDONI, Fernando da Fonseca *In* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [*et al.*] (Coords.) – *op. cit.*, p. 224.

(na modalidade de negligência no caso do CPCPt).<sup>118</sup> Então tem-se formas qualificadas de violação do dever geral de lealdade e probidade que deve orientar a atuação das partes, conforme aduzem NERY JÚNIOR e ANDRADE NERY, para quem o *improbis litigatur* “é a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária”.<sup>119</sup>

Segundo BUENO, a boa-fé objetivamente considerada é uma cláusula geral “que encerra uma série de comportamentos desejados ou esperados dos agentes em geral e aqui, no plano do processo, de todos os sujeitos processuais que, em última análise, conduzem à proteção da confiança legítima”.<sup>120</sup>

Com efeito, a noção de boa-fé objetiva conduz à expectativa de determinados padrões comportamentais de todos aqueles que de alguma forma participem do processo, estando correlacionada a deveres de lealdade e cooperação entre estes participantes, para que o processo atinja sua finalidade como instrumento de acesso a uma ordem jurídica justa.

Não se quer aqui estabelecer uma visão romantizada da realidade, principalmente em se tratando de execução, que já denota a ideia de cumprimento forçado de deveres jurídicos ou obrigações, e a resistência do devedor é elemento eminentemente característico. Contudo há, evidentemente, um certo limite do aceitável, certos *standards*, a serem observados, pelos sujeitos processuais, mesmo em sede de tutela executiva, pois avilta a ideia de processo cooperativo que quaisquer das partes assumam postura egoística, cabendo ao juiz atuar no sentido de manter a ordem e equilíbrio da execução, e conduzi-la ao atingimento do resultado desejado, de dar, “quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> Cfr., neste sentido, AMARAL, Jorge Augusto Pais de – *op. cit.* p. 28.

<sup>119</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed. em ebook baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-5939-6, p. 460.

<sup>120</sup> BUENO, Cassio Scarpinella – *op. cit.*, p. 80.

<sup>121</sup> CHIOVENDA, Giuseppe *apud* BUENO, Cassio Scarpinella – *Ibidem*, p. 69.

### 3.2. Proporcionalidade e razoabilidade

Conforme aponta DIDIER JR., “o art. 8º do CPC consagra, expressamente, o dever de o órgão jurisdicional observar a proporcionalidade e a razoabilidade ao aplicar o ordenamento jurídico”,<sup>122</sup> dispondo nos seguintes termos, *in verbis*:

*“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”.*

A temática da proporcionalidade e razoabilidade, além de bastante complexa, tem sido objeto de inúmeras controvérsias. Conforme adverte NEVES, “não é tranquila a doutrina na conceituação da natureza jurídica da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo considerados postulados, princípios e regras a depender do doutrinador que enfrenta o tema”,<sup>123</sup> o mesmo ocorrendo em relação à existência ou não de diferenciação entre os termos.<sup>124 125</sup>

Para grande parte da doutrina e da jurisprudência consolidada do STF, a proporcionalidade e a razoabilidade seriam princípios constitucionais implícitos, e o legislador, ao enunciá-los no dispositivo supramencionado, nada mais teria feito que explicitar algo que já decorre da força normativa da Constituição.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> DIDIER JR., Fredie – *op. cit.*, p. 81.

<sup>123</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção - *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016. ISBN 978-85-442-0694-2, p. 37.

<sup>124</sup> Em igual sentido, cfr. DIDIER JR., Fredie [*et al.*] – *op. cit.*, pp. 82-83. CÂMARA, Alexandre Freitas - *op. cit.*, p. 25.

<sup>125</sup> Por exemplo, na concepção de ÁVILA, a proporcionalidade e a razoabilidade seriam considerados postulados normativos e não princípios. Para o autor o postulado é uma norma que atua sobre a aplicação de outras normas. Assim seriam parâmetros a serem utilizados para mediar a incidência dos princípios, já que estes também são normas jurídicas. ÁVILA, Humberto – *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN 85-7420-620-2, pp. 87-88.

<sup>126</sup> Neste sentido, cfr. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo – *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo*. 5ª ed. em e-book baseada na 16ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6699-8. Vol. 1, p. 38. Para os autores a proporcionalidade já seria inerente à exigência de processo razoável, e se extrai do princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF), de modo que o Art. 8º do CPC apenas reitera o dever do juiz em observar a razoabilidade e a proporcionalidade.

BARROSO esclarece a gênese destes princípios, que teriam paralelo em outros ordenamentos jurídicos, ainda que não previstos de forma explícita no texto constitucional. Frisa haver autores que tratam da proporcionalidade e razoabilidade como expressões sinônimas, não obstante existam particularidades próprias de cada um, e advenham de diferentes contextos históricos. Segundo o Autor, o princípio da proporcionalidade está ligado à tradição do direito alemão, e encerra a ideia essencial de vedação ao excesso estatal, pelo que é inerente à própria noção de Estado de Direito, de modo que os que defendem tal orientação, com algumas variações, apontam como base no direito brasileiro, o Art. 1º da CRFB/88. A razoabilidade, por sua vez, teve o seu desenvolvimento no direito Anglo-saxão, a partir da cláusula do devido processo legal, e representaria o seu sentido material (*substantive due process*), enquanto norma protetiva de liberdades e direitos individuais contra abusos estatais. Tal norma também encontra paralelo em diversos ordenamentos jurídicos e está consagrada no Art. 5º, LIV, da CRFB/88, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ao proceder à análise histórica dos aludidos princípios, BARROSO aponta a ligação da razoabilidade, de modo geral, ao controle dos atos do poder público, ao passo que, para o autor, a proporcionalidade ligar-se-ia historicamente à análise de leis restritivas direitos.<sup>127</sup>

Já no entendimento de SILVA, um dos maiores estudiosos desta matéria e tradutor da obra de Robert Alexy no Brasil,<sup>128</sup> “a regra da proporcionalidade não encontra seu fundamento em dispositivo legal do direito positivo brasileiro, mas decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos”.<sup>129</sup>

Há doutrinadores que não fazem distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, tomando-as como expressões sinônimas e intercambiáveis, apenas diferindo quanto à origem, como é o caso de BARROS, para quem “O princípio da proporcionalidade, (...) como uma

---

<sup>127</sup> BARROSO, Luis Roberto – *op. cit.*, pp. 218-245.

<sup>128</sup> Vide nota n.º 97.

<sup>129</sup> SILVA, Virgílio Afonso da – O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. p. 23-50, São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0034-9275. ano 91, n.º 798 (abr. 2002), p. 45.



*construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos*".<sup>130 131</sup>

SILVA objeta tal posicionamento, salientando que a análise da jurisprudência constitucional alemã, que serviu por base para elaboração da teoria dos direitos fundamentais por ALEXY, não autoriza tal entendimento. Assim, afirma o Autor acerca da proporcionalidade:

*"Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade".*<sup>132</sup>

Constata-se, assim, distinções tanto quanto à origem dos institutos, quanto à forma de manejo dos mesmos, o que dá suporte ao segmento doutrinário que defende a necessidade de diferenciação entre razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, a se partir da premissa de que o legislador brasileiro teria sido técnico ao elaborar a redação do Art. 8º do NCPC, e que a lei não deve conter palavras inúteis, não há como tomar proporcionalidade e razoabilidade como sendo termos com idêntico significado. Destarte, cabe então estabelecer qual seria o conteúdo do chamado princípio da razoabilidade.

MEDINA assinala a controvérsia em torno da sinonímia no tratamento dos termos, para em seguida traçar a seguinte distinção: *"A regra da proporcionalidade, no entanto, opera ao lidar-se com direitos fundamentais cotejados, no contexto da criação da solução jurídica. Razoabilidade,*

---

<sup>130</sup> BARROS, Suzana de Toledo - *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. ISBN 978-85-746-9214-2 p. 57.

<sup>131</sup> Em igual sentido, cfr. BARROSO, Luis Roberto – *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-020-9126-9, p. 258.

<sup>132</sup> SILVA, Virgílio Afonso – *op. cit.* p. 30.

*de sua vez, diz respeito à compatibilidade entre meios e fins de uma medida. Atos imoderados e abusivos, assim, ferem a razoabilidade”.*<sup>133</sup>

Assim a razoabilidade compreenderia a exigência de que o Estado, ao limitar direitos individuais, verifique a legitimidade dos fins da medida adotada. Em verdade, se está a repelir a adoção de medidas (leis, decisões etc.) aberrantes da razão, ou seja, seria mais um juízo quanto à irrazoabilidade do ato estatal, de modo a se chegar a *contrario sensu* à conclusão de que algo é razoável.<sup>134</sup>

Em conclusão, pode-se afirmar que *“a razoabilidade trata da legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais o Estado irá agir, enquanto a proporcionalidade averigua se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos”.*<sup>135</sup>

Então, podemos afirmar que, na forma como foi construída no direito brasileiro, a razoabilidade é considerada como princípio, no sentido de norma fundamental do sistema, e que se centra na ideia de vedação ao excesso (arbitrio estatal), a partir da existência de um limite máximo de intervenção (limite do razoável), cujas bases, para grande parte da doutrina e jurisprudência do STF, se encontram radicadas na cláusula do devido processo legal.

Retomaremos, adiante, a análise da proporcionalidade e suas implicações na fundamentação das decisões judiciais.

---

<sup>133</sup> MEDINA, José Miguel Garcia – *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3ª ed. em ebook baseada na 3ª ed. impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7152-7, p. 41.

<sup>134</sup> SILVA, Virgílio Afonso – *op. cit., passim*.

<sup>135</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da *in* STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.) – *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed, São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-63558-6, p. 72.

### **3.2.1. Princípio da concordância prática e a salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais**

Esta necessidade de harmonização dos direitos fundamentais em aparente conflito, que, para ALEXY, decorre da natureza principiológica das normas definidoras de direitos fundamentais, é tratada por diversos autores sob o nome de princípio da concordância prática (ou harmonização).

BARCELLOS esclarece que, não obstante tenha sido inicialmente concebida como uma técnica alternativa à ponderação, pois se acreditava que esta sempre levasse a preeminência de um direito fundamental sobre outro, a concordância prática acabou sendo incorporada à ponderação pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, sendo a harmonização um ideal a ser buscado, como decorrência da unidade da constituição.<sup>136</sup>

Por força do princípio da concordância prática ou harmonização, cabe ao intérprete resolver eventuais antinomias entre normas definidoras de direitos fundamentais no momento de sua aplicação, razão pela qual se *“impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”*.<sup>137</sup> A resolução do aparente conflito dá-se no momento da concretização da norma, mediante aplicação da técnica da ponderação de interesses (ou ponderação de bens), valendo-se o intérprete do princípio da proporcionalidade para determinar o direito a que deva ser atribuído maior peso em uma determinada situação concreta, conforme lecionam, dentre outros, CANOTILHO<sup>138</sup> e BARROSO.<sup>139</sup>

O conflito seria aparente, pois a unidade da constituição pressupõe um sistema hígido e harmônico, com mecanismos de solução de antinomias que conciliem a coexistência de suas normas no momento de sua concretização, de modo que se otimize a realização de todos os bens protegidos, sem que haja o sacrifício completo de nenhum (este último aspecto decorrente do chamado princípio da salvaguarda do núcleo essencial, conforme ver-se-á adiante) em relação ao outro, daí falar-se em concordância prática.

---

<sup>136</sup> BARCELLOS, Ana Paula de – *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN 85-7147-511-3, p.84.

<sup>137</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *op. cit.*, p. 228.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 378.

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto – *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. *op. cit.*, p. 202.

Como conseqüência desta necessidade de harmonização, tem-se a impossibilidade de afastar completamente um dos direitos constitucionalmente assegurados, pois harmonizar implica a coexistência de ambos os bens em aparente conflito, pelo que há o imperativo de preservar o núcleo essencial do direito que estará sendo alvo da menor realização no caso concreto.

Por isto, CANOTILHO aponta para existência do chamado princípio da salvaguarda do núcleo essencial, previsto no Art. 18.º, 3 da CRP.<sup>140</sup> Segundo o Autor, a ideia é de que haveria um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode em caso algum ser violado. Ou seja, um núcleo duro intransponível que não pode ser atingido por nenhuma medida restritiva.<sup>141</sup>

O grande problema é determinar qual seria este conteúdo mínimo essencial do direito, tendo surgido diversas teorias a este respeito. Em apertada síntese, quanto ao objeto da proteção, há quem trate a proteção ao núcleo essencial como norma objetiva (teoria objetiva), independente da posição jurídica do titular do direito fundamental (teoria subjetiva). CANOTILHO observa a prevalência de teorias mistas, pois, ainda que se possa divisar algum conteúdo mínimo à norma positivada, bem como sua função e impactos na vida comunitária em geral, não se pode abdicar de uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, de modo que a restrição não pode se dar a ponto de retirar todo o significado da proteção jurídica conferida ao indivíduo.<sup>142</sup> Quanto ao valor da proteção (conteúdo axiológico), identifica-se uma teoria relativa, que sustenta a necessidade de consideração de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos na definição do conteúdo mínimo de proteção, o que aproxima o núcleo essencial do resultado de um processo de ponderação ou sopesamento. Há de outro lado uma teoria absoluta, que sustenta que o núcleo essencial *“é uma posição subjectiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto”*.<sup>143</sup> Mais uma vez, o eminente doutrinador português adverte que se devem evitar radicalismos, de forma que prevaleceria uma teoria mista, pois uma perspectiva relativa reconduziria o núcleo essencial ao princípio da proporcionalidade (de modo

---

<sup>140</sup> CRP, Artigo 18.º, n.º3: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

<sup>141</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *op. cit.*, pp. 458-461.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 459.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 460.

que sequer seria preciso falar de forma autônoma em núcleo essencial), ao passo que uma teoria absoluta desconsidera que a delimitação do âmbito de proteção de um direito pressupõe a equação com outros bens, de forma que poderia, excepcionalmente, o núcleo de certos direitos ser relativizado diante da necessidade de defender outros bens constitucionalmente protegidos.<sup>144</sup>

Por não haver uma resposta universal para esta equação, BARCELLOS aponta que a tarefa de estabelecer certos *standards* quanto ao núcleo essencial de direitos em aparente conflito caberá à doutrina e à jurisprudência dos tribunais, neste último caso a partir do estabelecimento de uma cultura de respeito aos precedentes. Assim, pelo estabelecimento de certos padrões, diz, a autora, que a ponderação dar-se-ia em dois momentos, primeiro numa ponderação preventiva ou abstrata, e posteriormente em ponderação real ou concreta.<sup>145</sup>

Isto corrobora a assertiva de que a tarefa concretizadora atribuída ao julgador ao aplicar princípios jurídicos está longe de ser algo sem balizamentos e gerador de insegurança jurídica, desde que obedecidos os parâmetros aqui expostos, e devidamente transposta para fundamentação da decisão judicial, a linha argumentativa utilizada nesta concretização.

### **3.2.2. A aplicação da proporcionalidade e a fundamentação das decisões judiciais no NCP**

Abalizada doutrina sustenta que o NCP, em seu Art. 489, §2º, teria adotado expressamente a teoria de ALEXY, ao dispor nos seguintes termos:

*“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:*

*(...)*

*§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões*

---

<sup>144</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *op. cit.*, p. 460.

<sup>145</sup> BARCELLOS, Ana Paula de – *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. op. cit., passim.*

*que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.*

Com efeito, em que pese a divergência doutrinária quanto à natureza da proporcionalidade, não se pode desconsiderar as razões por trás da terminologia originariamente empregada por ALEXY, que, ao sistematizar o exame da proporcionalidade tratou-a como máxima ou regra jurídica (em intencional diferenciação com sua definição de princípios, que junto com as regras comporiam o universo das normas jurídicas),<sup>146</sup> e teria sido a teoria encampada pelo NCPD, pelas disposições contidas no Art. 489, §2º, conforme afirma STRECK:

*“Por isso, a expressão ‘normas’ do parágrafo segundo do art. 489 não pode ser lida como sinônimo de leis ou regras. Do mesmo modo, parece evidente que a palavra ponderação também não pode ser entendida como simplesmente alguém dizendo ‘ponderando melhor, vou fazer tal coisa...’. Logo, quando o dispositivo alude à ‘ponderação’, temos de entender o termo como proveniente da palavra Abwägung da Teoria da Argumentação proposta por R. Alexy. Do mesmo modo, ao invocar uma ‘colisão entre normas’, o dispositivo reportou-se a isso, o que acarreta gravíssimas consequências”.*<sup>147</sup>

Todavia, ainda que não seja considerado propriamente um princípio, segundo a doutrina de ALEXY, o uso da expressão “princípio da proporcionalidade” é consagrado na linguagem jurídica, conforme observa SILVA, sendo empregada com o significado de “disposição fundamental”. Ou seja, há de se ter em conta que o sentido dado ao termo princípio não é unívoco, e a intenção de seu uso é realçar a importância da proporcionalidade na aplicação do direito. Contudo, deve-se ressaltar que o significado não é o mesmo dado por ALEXY na distinção que faz

---

<sup>146</sup> Cfr., neste sentido, as justificativas apresentadas na nota do tradutor, aprovadas pelo autor, quando da publicação no Brasil da “Teoria dos Direitos Fundamentais”, baseada na 5ª edição da Theorie der Grundrechte Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. ALEXY, Robert - *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 09-13. Cfr., ainda, SILVA, Virgílio Afonso da – *op. cit.*, pp. 25-26.

<sup>147</sup> STRECK, Lenio Luiz, in STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.) – *op. cit.*, p. 1084.

entre princípios e regras jurídicas (proporcionalidade e razoabilidade seriam máximas ou regras jurídicas na concepção do Autor).<sup>148</sup>

Relativamente à pluralidade de entendimentos verificada na doutrina e na jurisprudência brasileiras acerca de quais normas constitucionais de caráter principiológico serviriam de fundamento para os “princípios” da proporcionalidade ou razoabilidade, se afigura pertinente a observação feita por DIDIER JR., citando CANARIS:

*“É sempre bom lembrar a lição de Canaris de que os princípios não têm pretensão de exclusividade”: um mesmo efeito jurídico (proporcionalidade e razoabilidade) pode ser resultado de diversos princípios (isonomia ou devido processo legal).”<sup>149</sup>*

Com efeito, não há como repudiar construções doutrinárias e jurisprudenciais que tratem a proporcionalidade e a razoabilidade enquanto princípios (não na concepção Alexyana, mas como normas fundamentais do sistema) ou que busquem retirar o fundamento a partir de outros princípios constitucionais explícitos. Não é despidendo lembrar que a própria CRFB/88 dá abertura de forma expressa à existência de princípios implícitos, ao dispor no seu Art. 5º, §2º, que *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

LIMA assim sintetiza as premissas básicas, necessariamente interligadas, de que parte ALEXY na formulação de sua teoria dos direitos fundamentais, e que resulta na aplicação da técnica da ponderação:

*“(a) em primeiro lugar, a idéia de que os direitos fundamentais possuem, em grande medida, a estrutura de princípios, sendo, portanto, mandamentos de otimização que devem ser efetivados ao*

---

<sup>148</sup> Cfr., neste sentido, SILVA, Virgílio Afonso da – *op. cit.* p. 26.

<sup>149</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, *apud* DIDIER JR. – *op. cit.*, p. 80.

*máximo, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas que surjam concretamente;*

*(b) em segundo lugar, o reconhecimento de que, em um sistema comprometido com os valores constitucionais, é freqüente a ocorrência de colisões entre os princípios que, invariavelmente, acarretará restrições recíprocas entre essas normas (daí a relativização dos direitos fundamentais);*

*(c) em terceiro lugar, a conclusão de que, para solucionar o problema das colisões de princípios, a ponderação ou sopesamento (ou ainda proporcionalidade em sentido estrito) é uma técnica indispensável;*

*(d) por fim, mas não menos importante, que o sopesamento deve ser bem fundamentado, calcado em uma sólida e objetiva argumentação jurídica, para não ser arbitrário e irracional."<sup>150</sup>*

Destarte, “O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade”,<sup>151</sup> pelo que se infere haver amplo campo de sua aplicação na realização da atividade executiva, onde haverá inevitável cotejo entre o fim almejado e o meio (ou os meios) utilizado para que se atinja tal fim.

Para ALEXY, regras são aplicadas sempre por subsunção, ao passo que os princípios são aplicados por sopesamento. STRECK, como visto, faz pertinente crítica à redação do Art. 489, §2º, do NCPC, por duas principais razões, a saber: o dispositivo faz menção à colisão entre normas, o que englobaria regras e princípios. Contudo o conflito de regras não se resolve pela técnica apontada na lei processual, já que a incidência de uma afasta completamente a incidência de outra. Já na aplicação de princípios, por sua natureza, sempre haverá a necessidade de sopesamento. A impropriedade redacional também foi observada por NERY JUNIOR e ANDRADE

---

<sup>150</sup> LIMA, GEORGE MARMELSTEIN – *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga* [Em linha]. [Consult. 15 jun. 2018]. Disponível em: WWW:<URL:http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>.

<sup>151</sup> Ávila, Humberto – *Teoria dos Princípios. op. cit.*, p. 113.



NERY, que asseveram que *“o dispositivo deve, portanto, ser interpretado no sentido de que se refere às normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios constitucionais [aos quais se aplicaria a técnica descrita no enunciado normativo]”*.<sup>152</sup>

A finalidade precípua visada pelo legislador ao instituir um dever de fundamentação clara quanto aos critérios utilizados na ponderação ou sopesamento, foi o de permitir um maior controle do poder decisório do juiz quando invocados na fundamentação normas de caráter principiológico, e conseqüentemente de conteúdo mais fluido, como os direitos fundamentais. A preocupação do legislador é fundada, pois, na prática até mesmo os Tribunais Superiores Brasileiros não têm tido o cuidado necessário ao indicar concretamente em que bases se deu a aferição da proporcionalidade e suas submáximas.

Seguiu-se a orientação já defendida por MARINONI, que, antes da vigência do novo código, já aduzia que *“as sub-regras da proporcionalidade, embora façam parte do raciocínio decisório, pois viabilizam a decisão, obviamente não podem ser ignoradas quando da justificativa. Até porque tais regras não servem apenas para facilitar a decisão, mas muito mais para que possa justificá-la de modo racional, permitindo-se o seu controle pelas partes”*.<sup>153</sup>

Nesse sentido, o exame da proporcionalidade, necessário à mediação da aplicação de normas de caráter principiológico, como os direitos fundamentais (pela aplicação da técnica da ponderação ou sopesamento) passa pela análise de três submáximas ou sub-regras: 1) adequação ou idoneidade. 2) necessidade ou exigibilidade 3) proporcionalidade em sentido estrito.

O exame da adequação consiste em aferir se o meio utilizado é apto a promover o fim a que se destina. O exame da necessidade implica perquirir se há algum meio menos restritivo e igualmente apto a promover com mesma intensidade um determinado fim. E o exame da proporcionalidade em sentido estrito, por fim, consiste no sopesamento entre o grau de realização dos fins pretendidos e a intensidade da restrição causada para promoção destes fins (afere-se a relação entre o custo e o benefício da medida).<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – *op. cit.*, p. 1226.

<sup>153</sup> MARINONI, Luiz Guilherme – Controle do poder executivo do juiz. *Revista Jus Navigandi* [Em linha]. Teresina. ano 9, n.º 506 (25 nov. 2004). [Consult. 5 jul. 2018]. Disponível em: WWW:<URL:https://jus.com.br/artigos/5974>. ISSN 1518-4862.

<sup>154</sup> Cfr., neste sentido, SILVA, Virgílio Afonso – *op. cit., passim*. Em sentido análogo, Cfr. ÁVILA, Humberto – *Teoria dos Princípios. op. cit.*, p. 114.

SILVA adverte que, embora seja recorrente na Doutrina Brasileira a referência às sub-regras da proporcionalidade, “*muitas vezes é fornecido apenas um conceito sintético de cada uma delas, sem que se analise, no entanto, a relação entre elas, nem a forma de aplicá-las*”.<sup>155</sup> Segundo o eminente doutrinador, isto tem resultado em recorrentes erros na aplicação da proporcionalidade pelos tribunais brasileiros, já que há uma ordem pré-definida na qual as sub-regras se relacionam (a simples enumeração sem critérios pode dar a falsa ideia de que tanto faria a ordem de análise das sub-regras).<sup>156</sup>

Assim, não basta a simples menção às sub-regras da proporcionalidade na fundamentação da decisão (isto não passa de mero recurso retórico). É preciso demonstrar em que medida estas se aplicam ao caso concreto, pois do contrário é como se não houvesse na prática qualquer fundamentação (esta parece ser a *ratio legis* da norma introduzida no NCPC, concernente às decisões judiciais).

Por isto, apesar das críticas, a previsão expressa da ponderação ou sopesamento no Art. 489, §2º, do NCPC nos parece bastante apropriada, na medida em que recorrentemente, até o STF, não tem observado que a aplicação desta técnica implica a necessidade de reforçar a carga argumentativa da decisão. Pelo contrário, o que se tem verificado é a invocação do princípio (*rectius* regra) da proporcionalidade para na prática o julgador não apresentar qualquer fundamentação concreta, como foi observado por diversos autores, como LIMA,<sup>157</sup> SILVA<sup>158</sup> e STRECK.<sup>159</sup>

SILVA, por exemplo, colaciona diversos julgados do STF no qual se fez alusões à proporcionalidade e também à razoabilidade sem qualquer compromisso com uma análise sistemática, que demonstre como se deu a mensuração da proporcionalidade e de seus elementos no caso em julgamento, decidindo de forma simplista e silogística, a saber: A) A proporcionalidade

---

<sup>155</sup> SILVA, Virgílio Afonso da – *op. cit.*, p. 34.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>157</sup> LIMA, GEORGE MARMELESTEIN – *op. cit.*

<sup>158</sup> SILVA, Virgílio Afonso da – *op. cit.*, p. 46.

<sup>159</sup> STRECK, Lenio Luiz *in* STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.) – *op. cit.*, p. 1084.

está prevista como princípio na Constituição; B) O ato impugnado se revela desproporcional (sem detalhar como se deu a aferição dos elementos que compõem a proporcionalidade; C) Por ser desproporcional declara-se a inconstitucionalidade do ato.

Conforme apontado, não se trata de simples preciosismo ou rigorismo formal. Há uma relação de subsidiariedade entre adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, uma precedendo a análise da outra, de modo que a aplicação da proporcionalidade *“nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras”*.<sup>160</sup>

Com efeito, a correta aplicação da proporcionalidade no modelo proposto por ALEXY compõe-se de três fases, cuja incidência é subsidiária, somente se passando à análise da necessidade ou exigibilidade da medida, se o juízo feito quanto à adequação ou idoneidade for afirmativo. Em também sendo constatada a necessidade/exigibilidade de uma medida cuja adequação/idoneidade se faz presente, é que se passará ao exame da proporcionalidade em sentido estrito.

É importante ter firme tais diretrizes, pois a proporcionalidade irá se fazer invariavelmente presente na aplicação das chamadas cláusulas gerais executivas pelo juiz do processo, a cumprir a dupla finalidade de justificar o afastamento do modelo típico, aplicável em regra às execuções por quantia, bem como presidir a escolha da medida executiva a ser aplicada ao caso concreto, devendo o manejo correto das máximas da proporcionalidade ser vazado na fundamentação da decisão que determinar as providências cabíveis, conforme desenvolver-se-á a seguir.

### **3.2.3. A proporcionalidade e o emprego de medidas executivas atípicas**

A concretização das cláusulas gerais executivas pelo julgador deve obedecer a tudo o que aqui se mencionou, pois haverá inexoravelmente a necessidade de conciliar direitos, liberdades e garantias das partes envolvidas na relação jurídico-processual. Assim, na

---

<sup>160</sup> SILVA, Virgílio Afonso da – *op. cit.* p. 34.

determinação de medidas executivas atípicas, deve o juiz levar em consideração a eficiência, proporcionalidade e razoabilidade destas, observando ainda os correlatos princípios da concordância prática e preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais dos litigantes.

Pela menção expressa do legislador à técnica da ponderação no Art. 489, §2º, do NCPC, que remete à doutrina de ALEXY, se afigura plausível optar pelo método proposto pelo autor quando da verificação da proporcionalidade, tanto no que tange à fundamentação do recurso à atipicidade, quando não for esta a regra geral, bem como na escolha da medida atípica cabível.

Com efeito, diante de um determinado caso concreto, deve o julgador aferir se a medida atípica aventada se revela apta a promover o cumprimento da decisão judicial (adequação), se não há uma medida menos gravosa e igualmente eficaz (necessidade), e, por fim, se as vantagens propiciadas pelo seu estabelecimento superam os prejuízos provocados pela restrição aos direitos do exequente (proporcionalidade em sentido estrito).

Já no que se refere às medidas executivas típicas, há uma presunção relativa de proporcionalidade, pois se pressupõe que o legislador aferiu *ex-ante* a adequação, exigibilidade e proporcionalidade *stricto sensu* do meio a promover a efetividade da tutela jurisdicional, antes de positivá-lo na lei processual. Por isso, há quem afirme que a aplicação das medidas típicas a proporcionalidade cede lugar à legalidade.<sup>161</sup> É o que ocorre na previsão da prisão como meio de coação pessoal para constranger o devedor ao adimplemento de prestação de alimentos. O constituinte brasileiro considerou razoável e proporcional permitir para esta espécie de prestação, a prisão como medida executiva (e, como veremos adiante, o legislador infraconstitucional não estabeleceu expressamente qualquer gradação entre as medidas executivas cabíveis para promover a satisfação do credor de alimentos).

Evidentemente, o teste da proporcionalidade e a aplicação da técnica da ponderação nos moldes propostos por ALEXY não está imune a críticas.<sup>162</sup> Contudo, nos parece um método de

---

<sup>161</sup>Cfr., neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do processo civil*. 3ª ed. em ebook baseada na 3ª ed. impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7172-5. Vol. 1, p. 295.

<sup>162</sup> Cfr., dentre outros, STRECK, Lenio Luiz, *in* STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.) – *op. cit.*, p. 1084.

grande valia, não só por ser capaz de orientar de forma mais balizada o julgador na tomada de uma decisão, como por permitir estabelecer alguns parâmetros de controle da validade material desta mesma decisão, quando se trate da concretização de cláusulas abertas, como é o caso do complexo de normas que outorgam poderes gerais de efetivação aos juízes.

Com isso, percebe-se o nítido propósito do legislador ao estatuir um especial dever de fundamentação, quando o julgador valer-se de conceitos jurídicos indeterminados, ou tiver de recorrer à técnica da ponderação de interesses na formulação da norma concreta (Art. 489, §1º, II, e §2º, do NCPC), qual seja: na mesma medida em que ampliou os poderes do juiz, com especial destaque à execução, tratou de estabelecer um dever maior de fundamentação, ao lado de uma maior participação das partes (contraditório efetivo e cooperação), como mecanismos de controle e legitimação das decisões judiciais.

Este incremento de poderes judiciais exige bastante prudência do juiz no exercício de suas funções, cabendo aqui a advertência contida na célebre assertiva, atribuída à variadas fontes, de que *“com grandes poderes vêm grandes responsabilidades”*.<sup>163</sup>

#### **3.2.4. Princípio da menor onerosidade da execução**

O chamado princípio da menor onerosidade da execução tem por escopo a proteção do executado ou seu patrimônio contra eventuais excessos, no sentido não ser lícito prejudicar um ou outro *“mais do que o indispensável para satisfazer o direito do credor”*.<sup>164</sup> Ou seja, sua função é evitar uma *“execução desnecessariamente onerosa ao executado”*.<sup>165</sup>

No NCPC, a menor onerosidade está consagrada no Art. 805, cujo teor é o que segue, *in verbis*:

---

<sup>163</sup> “With great power comes great responsibility”[Em linha]. tradução livre. Disponível em WWW:<URL:https://quoteinvestigator.com/2015/07/23/great-power>.

<sup>164</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel - *Execução Civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. ISBN 85-7420-168-5, p. 166.

<sup>165</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel *apud* DIDIER JR., Fredie [et al.] – *op. cit.*, p. 56.

*“Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.*

*Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”.*

Doutrinadores como SCALABRIN e CUNHA, apontam que, no processo civil construído dentro do contexto das constituições liberais, havia uma tendência de proteger em demasia a posição do devedor, valorizando mais princípios como o devido processo legal e segurança jurídica em detrimento de outros valores, como se fosse de somenos importância o direito fundamental do exequente à efetividade da tutela jurisdicional.<sup>166 167</sup>

Afirmam ainda que numa perspectiva histórica o Art. 805 do NCPC encontraria suas raízes no *favor debitoris*, instituto que remonta ao direito Romano, e *“(...) estampa nítida impressão não de justiça e nem equidade, mas sim de uma cultura de piedade que, lenta e gradativamente, reduziu a força da tutela executiva”*.<sup>168</sup>

Ao longo do tempo, foi-se percebendo de forma gradativa que havia uma evidente necessidade de reequilíbrio desta relação processual *in executivis*, fortalecendo a posição do exequente, na medida em que se passou a reconhecer que este também tem direito fundamental à uma tutela jurisdicional que efetivamente concretize direitos, como nitidamente parece ter caminhado o NCPC.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Antunes da – *op. cit.*, pp. 209-210.

<sup>167</sup> Nesta época inclusive vigia o dogma da incoercibilidade da vontade do devedor, o que tornava impossível a execução específica de algumas obrigações (de fazer infungíveis), ante a exigência da necessária concorrência da vontade do devedor, de sorte que a solução dar-se-ia sempre pela conversão em perdas e danos. DIDIER JR., Fredie [et al.] – *op. cit.*, p. 72.

<sup>168</sup> SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Antunes da – *op. cit.*, p. 225.

<sup>169</sup> Aliás, esta tendência de fortalecimento da posição do exequente também é verificável nas reformas da execução no Código de Processo Civil Italiano, conforme aponta BONATO, ao salientar *“que a maioria das inovações introduzidas visa a uma aceleração do processo executivo, aprimorando a sua efetividade e prestigiando, notadamente, a posição do credor”*. BONATO, Giovanni – As reformas da execução na Itália. *Civil Procedure Review* [Em linha]. Vol. 6, n.º 3 (set. a dec. 2015). [Consult. 17 jul. 2018]. Disponível em

Aliás, conforme tivemos a oportunidade de analisar, há doutrinadores<sup>170</sup> que sustentam que o direito à tutela jurisdicional efetiva também retira suas bases do princípio da segurança jurídica, porquanto indispensável à compreensão de um Estado Constitucional de Direito, que haja meios de concretizar através do processo, a tutela jurídica conferida abstratamente pela norma. É esta certeza de que o Estado irá fazer valer as posições jurídicas atribuídas pelo direito material, que confere segurança e estabilidade às relações sociais.

DIDIER JR. [et al.] asseveram que o foco da menor onerosidade não se centra no resultado, mas sim no caminho percorrido, este é que deve ser menos oneroso,<sup>171</sup> tratando-se então de norma que recai sobre a forma de se atingir um determinado fim.

O art. 805 caput do NCPD, lido sob a ótica de que os atos executivos serão determinados pelo juiz, e que havendo vários meios igualmente eficazes deverá optar-se pelo menos gravoso ao executado, acaba por identificar a aplicação de algumas das submáximas da proporcionalidade.

Como vimos, a máxima da necessidade ou exigibilidade já impõe a opção pelo meio que promova em maior grau a satisfação da prestação devida, e menos sacrifício cause ao executado,<sup>172</sup> e a máxima da proporcionalidade em sentido estrito também conduz à aferição do gravame causado ao executado, sopesando-se as vantagens a serem obtidas com o emprego de uma dada medida, e as restrições a serem causadas.

Cumpre notar que aqui residem as mesmas controvérsias apontadas quando da análise da proporcionalidade, discutindo-se em sede doutrinária quanto à natureza da menor onerosidade enquanto norma jurídica (princípio, regra ou postulado), assunto desenvolvido de forma aprofundada por SCALABRIN e CUNHA, que concluem no sentido de se tratar de regra jurídica,

---

WWW:<URL:http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com\_content&view=article&id=487%3Aas-reformas-da-execucao-na-italia-giovanni-bonato&catid=86%3Apdf-revista-n3-2015&Itemid=80&lang=pt>. ISSN 2191-1339, pp. 129-158.

<sup>170</sup> Cfr., neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do processo civil*. 3ª ed. em ebook baseada na 3ª ed. Imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 1, p. 201. *“A tutela jurisdicional tem de ser efetiva. Trata-se de imposição que respeita aos próprios fundamentos do Estado Constitucional, já que é fácil perceber que a força normativa do direito fica obviamente combatida quando esse carece de atuabilidade. Não por acaso a efetividade compõe o princípio da segurança jurídica – um ordenamento jurídico só é seguro se há confiança na realização do direito que se conhece.”*

<sup>171</sup> DIDIER JR., Fredie – *op. cit.*, pp. 79-80.

<sup>172</sup> Aliás, o que diferencia o exame das máximas da adequação e necessidade é justamente esta escolha, eis que *“o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto”*. SILVA, Virgílio Afonso – *op. cit.*, p. 38.

ainda que reconheçam que historicamente a doutrina tenha considerado a menor onerosidade um princípio.<sup>173</sup>

Sob este prisma, enquanto critério norteador do juiz na escolha do meio executivo, porquanto não vinculado à eventual indicação do exequente, seria a regra da menor onerosidade uma manifestação particular da máxima da proporcionalidade aplicada no âmbito da execução, impondo ao julgador quando houver meios executivos com mesmo grau de eficácia, a escolha daquele que implique menor gravame ao devedor.

Merece ainda ser comentada a regra prevista no parágrafo único do Art. 805 do NCP, que atribui ao executado, ao alegar a excessiva onerosidade do meio executivo, o ônus de indicar “*outros meios mais eficazes e menos onerosos*” para satisfação da prestação devida.

Entendemos, com lastro no magistério de CAMARA JUNIOR, que a referida exigência desafia claramente a razoabilidade, e pode inviabilizar a aplicação da menor onerosidade.<sup>174</sup> Não faz sentido exigir que os meios sejam necessariamente mais eficazes que os anteriormente empregados. A nosso sentir, cabe ao executado apontar alternativas viáveis para satisfação da prestação, ao menos em intensidade semelhante à da medida escolhida anteriormente, e que, em seu entender, restrinja em menor escala seus direitos individuais.

Isto ocorre pois o sopesamento da proporcionalidade em sentido estrito não ocorre com uma precisão matemática, e o sacrifício imposto não pode ultrapassar o núcleo essencial do direito fundamental objeto de restrição, conforme abordamos em momento anterior (vide *supra* n° 3.2.1.), o que leva à situações em que deverá, o julgador, aceitar a indicação de outros meios executivos pelo devedor, ainda que não apresentem mesmo grau de efetividade.

Em última análise, a finalidade do chamado princípio da menor onerosidade é promover uma execução equilibrada, sendo tarefa do juiz, coadjuvado pelos demais sujeitos processuais

---

<sup>173</sup> Para maior aprofundamento do assunto, cfr. SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Antunes da – A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Vol. 271, ano 42 (set. 2017), pp. 179-228.

<sup>174</sup> CAMARA JUNIOR, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [*et al.*] – *op. cit.*, p. 1819.



(princípio da cooperação), buscar o *“justo ponto de equilíbrio entre o interesse na efetividade da execução e a necessidade de não onerar o devedor além da medida razoável”*.<sup>175</sup>

Conclusão semelhante à que chegam MARINONI [et al.], que, além de asseverarem a necessidade de equilibrar os interesses das partes envolvidas na execução, apontam a finalidade da menor onerosidade em impedir que a execução seja desvirtuada de modo a transformá-la em mecanismo de vingança e punição do devedor, realçando a finalidade instrumental dos meios executivos,<sup>176</sup> aspecto muito importante a ter em conta na aplicação de medidas atípicas, conforme abordar-se-á mais adiante.

#### **4. Posicionamento doutrinário acerca da atipicidade dos meios executivos**

##### **4.1. 1ª Corrente: Não admite atipicidade em nenhuma modalidade de execução.**

ASSIS, desde as reformas implementadas no antigo Código de Processo Civil Brasileiro, já rechaçava a interpretação dada pela maior parte da doutrina, no sentido de que o legislador, ao se valer de rol exemplificativo para elencar as medidas cabíveis para propiciar a execução das obrigações de fazer, não fazer, ou entregar coisa diversa de dinheiro, teria adotado o princípio da atipicidade das medidas executivas, não admitindo tal aplicação sequer em caráter subsidiário, por implicar, no seu entendimento, violação ao devido processo legal. É o que se infere dos comentários tecidos pelo autor ao Art. 536, §1º do NCPC, que repete a técnica utilizada na legislação pretérita, ao empregar a cláusula geral “dentre outras medidas”, e exemplificar o que seria cabível para efetivação das obrigações a que nos referimos. Pedimos vênias para trazer à colação as observações do Autor sobre a norma em apreço:

---

<sup>175</sup> ABELHA, Marcelo – Manual de Direito Processual Civil. 6ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-7075-8, p. 716.

<sup>176</sup> “Em última análise, a efetivação de interesses no processo deve manter um equilíbrio entre o interesse do exequente – que merece ser satisfeito da forma mais expedita e efetiva possível – e a esfera do executado – que não pode ter o processo desvirtuado contra si, de modo a transformá-lo em simples mecanismo de vingança pelo não cumprimento da prestação”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2, op. cit., p. 592.

*“Um aspecto particularmente importante dos limites políticos da execução avulta na tipicidade ou atipicidade dos meios executórios. A cláusula “entre outras medidas”, inserida no art. 536, § 1.º, emprestando caráter exemplificativo ao catálogo das medidas em seguida enumeradas – imposição e multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, e assim por diante –, sugeriu aos espíritos mais impressionáveis e autoritários a teoria da atipicidade. Se a regra comportasse essa interpretação, revelar-se-ia inconstitucional neste ponto. E a razão repousa no disposto no art. 5.º, LIV, da CF/1998, segundo o qual ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal, ou seja, de modo diferente do modelo prefixado na lei processual. O problema se entronca nas bases ideológicas do processo civil. O caráter social, a intervenção do juiz no processo, posto sob sua direção material, não lhe autoriza, entretanto, repelir a aplicação das regras processuais, porque supostamente estorvam a satisfação do exequente. Resta-lhe aplicá-las ou declará-las inconstitucionais. E, neste último caso, nem sequer a corte constitucional (STF) arvora-se explicitamente em legislador positivo. Por conseguinte, mostrar-se-ia ilegítimo engendrar um mecanismo próprio, específico para o caso concreto, em benefício de uma das partes e em detrimento da outra. Nada disso impede a incidência da adequação do meio ao fim como método de concretizar direitos; porém, no âmbito da tipicidade.”<sup>177</sup>*

Ainda com o advento do NCPC, e desenvolvimento de produção doutrinária advogando a atipicidade dos meios executivos, inclusive para prestações pecuniárias, por força do Art. 139, IV, do NCPC, o referido Autor voltou a reafirmar seu entendimento, apontando ainda razões de ordem prática pelas quais entende não dever prosperar esta orientação, já que os defensores

---

<sup>177</sup> ASSIS, Araken de – *Processo Civil Brasileiro: parte geral: institutos fundamentais. op. cit.*, p. 677.

desta corrente sustentam que haveria exigência de aprofundada fundamentação para justificação do uso de meios executivos atípicos.

Segundo ASSIS, a exigência deste ônus argumentativo diferenciado por parte do julgador ao fundamentar a opção por medidas não previstas na lei processual é um motivo a mais para rechaçar esse modelo de execução. Para o Autor, seria melhor seguir o roteiro pré-determinado na lei processual, já que *“enfrentaria o órgão judicial construção trabalhosa e artificial essa permanente ponderação de valores, pouco condizente com as reais condições de trabalho da pessoa investida na função judicante no direito pátrio, devendo se optar pela previsibilidade e segurança”*.<sup>178</sup>

Ocorre que este maior ônus argumentativo funciona justamente como freio ao arbítrio judicial, porquanto serve como mecanismo de controle da legitimidade das decisões que conduzam à aplicação de medidas atípicas de execução, cabendo ao julgador a exteriorização clara de como se deu o processo de ponderação no caso concreto, como observado com propriedade por ALCÂNTARA e RODRIGUES.<sup>179</sup>

Uma fundamentação analítica, nos moldes previstos no Art. 489 do NCPC, de modo a permitir uma maior sindicabilidade dos argumentos utilizados pelo julgador, conjugada à observância do contraditório substancial, tem aptidão de conferir maior legitimidade democrática à decisão tomada pelo órgão jurisdicional, eis que a previsibilidade e segurança não são os únicos valores em que se deve fundar a jurisdição.

Ademais, quis o legislador dotar o juiz de maiores poderes para gerir de forma eficiente o processo como parte da solução do problema da crise de acesso à justiça. As outras deficiências a serem resolvidas, não passam pela legislação processual, mas pela administração judiciária.

---

<sup>178</sup> ASSIS, Araken de – *Manual da Execução*. 2ª ed em ebook baseada na 18ª ed. impressa. rev. atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6635-6, p. 78.

<sup>179</sup> ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves; RODRIGUES, Daniel Colnago – O (b)ônus argumentativo necessário à aplicação das medidas executórias atípicas – notas para um instrumentalismo processual constitucionalmente adequado. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP* [Em linha]. Rio de Janeiro: UERJ. Ano 11. Vol. 18, nº 2 (mai. a ago. 2017), pp. 219-244. [Consult. 27 mai. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.redp.com.br>. ISSN 1982-7636.

Deve-se atuar para resolver esta outra parte do problema, em vez de usá-la como argumento para invalidar as reformas processuais empreendidas.<sup>180</sup>

Com a devida vênia, não se vislumbra inconstitucionalidade simplesmente pelo fato de o sistema dar abertura a que o juiz utilize técnicas processuais atípicas para efetivação de suas decisões. Para ASSIS, os dispositivos mencionados não dariam suporte a qualquer atipicidade e autorizaria o juiz apenas a escolher, dentre as medidas típicas, a que for mais adequada à tutela executiva, ainda que sejam insuficientes e comprometam a satisfação do exequente.

BUENO, afirma que *“a razão da tipicidade dos atos executivos é justificada a partir de uma perspectiva tradicional da compreensão do princípio do ‘devido processo legal’”*.<sup>181</sup> Segundo o Autor, tal visão busca limitar os “poderes-deveres” do magistrado para atuar em desfavor do executado ou seu patrimônio, ainda que possa deixar sem resposta adequadas situações que exijam a tutela executiva. Esta forma de “ler” o devido processo legal não se coaduna sequer com as reformas empreendidas desde o Código de Processo Civil de 1973, e com o modelo constitucional de direito processual civil.<sup>182</sup>

MARINONI [et al.] enxergam na abertura do sistema de proteção dos créditos à atipicidade das formas executivas, uma verdadeira *“luz no fim do túnel”*. Para os Autores, é necessário se desvincular da clássica e liberal visão da atividade jurisdicional no que se refere à tutela das prestações pecuniárias, pois do contrário, o direito de ação (entendido como direito à

---

<sup>180</sup> Cfr., neste sentido, as lições de CÂMARA, que reconhece potencial nas reformas empreendidas pelo novo código para, por exemplo, diminuir o tempo médio de duração dos processos judiciais, embora advirta que a solução não passa somente pelo plano legislativo, havendo a necessidade de investimento em questões como estrutura das unidades judiciárias, número de servidores, capacitação técnica, automação, bem como adoção de medidas para redução do número médio de processos por magistrado, como emprego de meios alternativos de solução de conflitos, prevenção da litigiosidade em massa, pela correta atuação de agências reguladoras etc. CÂMARA, Alexandre Freitas – *O novo CPC e a duração dos processos* [Em Linha]. Atual. 23 mar. 2015. [Consult. 23. abr. 2018] Disponível em WWW:<URL:<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/27/o-novo-cpc-e-a-duracao-dos-processos/>>.

<sup>181</sup> BUENO, Cassio Scarpinella – *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21817-8. Vol. 3, p. 51.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 52.

tutela jurisdicional efetiva) relativo a estas prestações, continuaria padecendo de insuficiência normativa e proteção deficiente.<sup>183</sup>

Em outras palavras, a legislação processual deveria propiciar aos magistrados os instrumentos necessários e suficientes para a garantia da efetividade de suas decisões, consectário também do próprio devido processo legal, que não deve ser lido exclusivamente sob a ótica de sempre haver a necessidade de previsão de formas específicas previamente estabelecidas (típicas) de se proceder à execução.

Conforme ver-se-á adiante, o entendimento restrito proposto por ASSIS, a pretexto de proteger valores como a segurança jurídica, acaba por não se compatibilizar com os demais princípios constitucionais aplicáveis ao processo (notadamente a efetividade), e pode conduzir ao completo esvaziamento do direito de acesso à Justiça, como se depreende das críticas anteriormente referidas, que têm por base um triste histórico de inefetividade nas execuções por quantia na realidade brasileira (há consenso doutrinário a este respeito, e pode ser constatado em levantamento feito por RODRIGUES<sup>184</sup>), e que, segundo estudo comparatístico de GRECO, há tempos também se verifica em outros países.<sup>185</sup>

A nosso sentir, tem-se como premissa fundamental para admissibilidade de um sistema aberto de medidas executivas, a compreensão da execução enquanto instrumento de concretização do direito fundamental de acesso à justiça, assim entendido como um direito à prestação jurisdicional efetiva.

É utópico acreditar que um sistema restrito a medidas executivas pré-determinadas sempre será adequado a propiciar a tutela efetiva do direito. Ainda que isto ocorra como regra geral, inevitavelmente haverá situações em que as medidas típicas serão imprestáveis ou

---

<sup>183</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3ª. ed. em ebook baseada na 3ª. Ed. impressa, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 2, p. 583.

<sup>184</sup> Cfr., neste sentido, RODRIGUES, Marcelo Abelha – *O executado cafajuste II: medida coercitiva como instrumento da medida sub-rogatória* [Em linha]. Atual. 19 out. 2017. [Consult. 27 maio. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267289,31047-O+executado+cafajuste+II+medida+coercitiva+como+instrumento+da+medida>>.

<sup>185</sup> GRECO, Leonardo – A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Ano 24, Vol. 94, (abr. a jun. 1999), p. 38.

insuficientes para este desiderato, e o Estado falhará miseravelmente em seu dever de prestar a jurisdição.

Para que isto não aconteça, há de se buscar um ponto de equilíbrio entre segurança e efetividade, permitindo-se alguma abertura sistêmica que possibilite resposta adequada à todas as situações que reclamem a tutela executiva, o que leva à opção de conferir maiores poderes ao órgão jurisdicional para concretizar suas decisões (poder este que encontra limitações e mecanismos próprios de controle, não constituindo uma “carta branca” ao arbítrio como fazem crer alguns autores).<sup>186</sup> Tem-se como consequência a formação de mais duas correntes de pensamento entre os operadores do direito. Os que vão admitir o emprego direto e primário de formas executivas atípicas, para todas as modalidades de execução, e os que vão admitir tal incidência de forma primária às execuções referentes à prestação de fazer, não fazer e entrega de coisa diversa de dinheiro, e subsidiária às execuções de prestação pecuniária, que seguirão preferencialmente um modelo típico.

#### **4.2. 2ª Corrente: Defende a atipicidade dos meios executivos como regra em todas as execuções.**

Esta corrente de pensamento tem como maiores expoentes MARINONI [*et al.*] e GUERRA, que como vimos sustentam que o direito à tutela jurisdicional efetiva impõe ao Estado o oferecimento de um sistema completo de tutela executiva, o que implica autorizar a utilização dos meios necessários à efetivação das decisões que exijam atividade executiva, ainda que não previstos tipicamente na Lei processual, ou mesmo quando insuficientes ou inadequados os concebidos pelo legislador.

Para MARINONI [*et al.*], a não previsão de meios idôneos à tutela efetiva do direito daquele que executa prestação pecuniária constituiria uma omissão inconstitucional do legislador,

---

<sup>186</sup> STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle - *Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?*[Em linha]. Atual. 25 ago. 2016. [Consult. 27 jun. 2017]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>.

e a abertura do sistema promovida pelo NCPC teria vindo a suprir esta lacuna legislativa inconstitucional. Veja-se:

*“Essa abertura do sistema, como é evidente, significa nova ruptura paradigmática no modelo processual brasileiro. Ao passo que dá novo significado à atividade jurisdicional, valorizando o imperium contido na decisão judicial, confere novos mecanismos de proteção dos direitos. A regra, ademais, supre a lacuna inconstitucional da legislação brasileira, colocando a tutela das prestações pecuniárias no mesmo nível que aquela oferecida às outras formas de interesses. O código brasileiro, então, dá passos importantes para uma tutela mais efetiva, adequada e tempestiva de todos os direitos”.*<sup>187</sup>

Em sentido semelhante, temos os ensinamentos de GUERRA, que extrai a legitimidade do emprego de meios executivos atípicos diretamente da Constituição, a partir da identificação de um direito fundamental à tutela executiva. É este direito fundamental que impõe ao Estado o dever de dar a resposta adequada às situações de insuficiência dos meios executivos previstos em lei. *“Realmente, sempre que o meio executivo previsto na lei não for capaz de proporcionar uma pronta e integral satisfação do credor, tem-se uma denegação de tutela executiva, o que consiste em autêntica violação do direito fundamental à tutela executiva.”*<sup>188</sup> Ainda, segundo o referido Autor, é o direito fundamental à tutela executiva que autoriza o juiz, independente da natureza da obrigação a ser tutelada em sede de execução, e do título em que esta se funda, a adotar as medidas que se revelem mais adequadas a proporcionar a pronta e integral tutela executiva, servindo ainda de norte interpretativo para extrair das normas vigentes a máxima eficácia dos meios executivos, com evidente observância do quadro completo dos direitos fundamentais, aplicando-se a harmonização ou concordância prática, na resolução de eventual conflito,<sup>189</sup> conforme já tivemos oportunidade de tratar.

---

<sup>187</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, p. 584.

<sup>188</sup> GUERRA, Marcelo Lima – *op. cit.*, p. 104.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 105.

Ora, se mesmo na ausência de disposição infraconstitucional expressa, MARINONI [et al.] já defendiam a existência de um poder geral de efetivação, com o advento do NCPC, a interpretação do Art. 139, IV não poderia ser outra senão conferir máxima efetividade à disposição legal. Eis a leitura que fazem os aludidos doutrinadores:

*“A norma em destaque é fruto do direito fundamental de ação, que tem como corolário o direito aos meios executivos adequados. Se do direito fundamental de ação (art. 5.º, XXXV, da CF) decorre o direito ao meio executivo capaz de dar efetividade ao direito material, não há como aceitar a ideia de que o juiz somente pode admitir o uso dos meios executivos expressamente tipificados na lei, uma vez que a adequação dos meios de execução depende das circunstâncias do caso concreto”.*<sup>190</sup>

Por isso, os referidos Autores irão atribuir ao Art. 139, IV do NCPC importância fundamental para o sistema de tutela de direitos. Seria uma verdadeira cláusula de encerramento do sistema, a presidir a efetivação de toda e qualquer decisão judicial, a partir da atribuição ao órgão jurisdicional de poderes amplos para fazer cumprir suas ordens.<sup>191</sup>

Em que pese o brilhantismo dos autores que defendem esta corrente, não é este o entendimento que tem prevalecido em sede doutrinária e jurisprudencial, conforme demonstrar-se-á adiante.

---

<sup>190</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, p. 694.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 622.



### **4.3. 3ª Corrente: Admite a atipicidade como regra nas execuções de prestações de fazer, não fazer, e entrega de coisa diversa de dinheiro, e, em caráter subsidiário, nas execuções por quantia.**

Tem-se, por fim, uma corrente de pensamento intermediária, considerando-se os extremos representados pelas duas outras correntes, que, de um lado, ou adotam interpretação que não confere qualquer efetividade às cláusulas gerais executivas previstas no NCPC, limitando a execução sempre ao emprego de meios típicos (ASSIS), ou dão máxima efetividade à estas disposições legais, admitindo que a execução se processe sempre de forma atípica, independente da natureza da prestação e da origem do título executivo (GUERRA), ou restrita ao cumprimento de decisões judiciais, qualquer que seja a modalidade da prestação (MARINONI [*et al.*], conforme veremos no tópico destinado aos títulos executivos extrajudiciais.

DIDIER JR. [*et al.*], ao sustentarem o caráter subsidiário dos meios executivos atípicos na efetivação de prestações pecuniárias, obtemperam que há uma centena de artigos no NCPC regulando a execução por quantia,<sup>192</sup> e que são consequência de uma longa construção histórica, de modo que não poderiam ser simplesmente ignorados em prol de um regime de atipicidade. Aduzem ainda que o inciso IV, do Art. 139, do NCPC não poderia ser compreendido como um dispositivo capaz de simplesmente tornar opcional todo o extenso regramento da execução por quantia, já que tal interpretação retiraria o princípio de sistema do novo código, e, assim estaria a violar o postulado hermenêutico da integridade.<sup>193 194</sup>

Realmente nos parece correta a abordagem dos Autores, pois a ideia de sistema pressupõe que haja uniformidade e coerência, e não faria nenhum sentido regular extensamente uma determinada matéria em capítulo próprio do código, para ao mesmo tempo admitir que tudo isso pudesse ser substituído por uma única disposição contida neste mesmo código. Além disso, o caráter subsidiário da incidência do Art. 139, IV, do NCPC nas execuções por quantia nos parece algo bastante plausível, pois se há uma determinada técnica executiva prevista expressamente no

---

<sup>192</sup> DIDIER JR., Fredie [*et al.*] – *op. cit.*, p. 108.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>194</sup> Cfr., em semelhante sentido, TALAMINI, Eduardo – Poder geral de adoção de medidas executivas atípicas e a execução por quantia certa *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini* [Em linha]. Curitiba. n.º 121 (mar. 2017). [Consult. 12 set. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.justen.com.br/informativo>>.

código, tudo indica que em regra o seu emprego será adequado e suficiente à efetiva tutela do direito. Em não sendo assim, abre-se a oportunidade para incidência de outras técnicas atípicas, em substituição àquelas que falharam em cumprir o propósito para o qual foram concebidas.

No que se refere à eficácia em geral do modelo tipicamente previsto na lei processual, são magistrais as lições do saudoso mestre BARBOSA MOREIRA, que adverte:

*"(...) quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorar lhe a fundo as virtualidades."<sup>195</sup>*

Note-se que MARINONI [et al.], mesmo advogando a atipicidade como regra geral, admitem que a leitura das disposições concernentes ao “cumprimento de sentença” indicaria uma opção clara do legislador pela tipicidade executiva nas prestações de pagar quantia, mas veem a possibilidade de releitura da execução por quantia a partir da inserção do Art. 139, IV, na parte geral do NCPC.<sup>196</sup>

Por isto, nos parece temerário sustentar a incidência imediata de medidas atípicas para efetivação de prestações pecuniárias, quando paralelamente ao Art. 139, IV, do NCPC, o legislador manteve diversos dispositivos regulando a fundo a execução destas prestações, dando preferência à medidas sub-rogatórias típicas para satisfação do crédito exequendo.

Aliás, ainda que não houvesse normas expressas neste sentido, por critérios lógicos e de ordem prática, os meios expropriatórios se revelariam, em regra, os mais adequados e eficazes à execução das prestações pecuniárias. Isto ocorre pela expropriação incidir preferencialmente sobre dinheiro (em espécie, ou em ativos financeiros), possibilitando a execução específica da

---

<sup>195</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa – Efetividade do processo e técnica processual. in *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997. ISBN 8502023829, p. 28.

<sup>196</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, p. 583.

prestação e pronto pagamento do exequente, ou por penhora e avaliação de outros bens ou direitos, que poderão ser desde logo adjudicados pelo exequente, ou, em última hipótese, transformados em dinheiro para seu pagamento.

Com efeito, salvo situações em que, desde logo, se vislumbre a inadequação ou ineficácia do modelo típico, como em hipótese de notório conhecimento prévio da insolvência formal do executado (aparenta elevado poder aquisitivo, mas não tem nada sob sua titularidade, havendo indícios de ocultação patrimonial), deverão ser primeiro utilizados os meios sub-rogoratórios previstos na lei para efetivação da prestação de pagar quantia em dinheiro.

Destarte, para a maioria dos autores, coexistiriam, enquanto princípios do processo executivo, a atipicidade e a tipicidade,<sup>197</sup> sendo esta última a regra nas execuções para pagamento de quantia, apenas diferindo a forma de abordagem dos doutrinadores.

MEDINA, por exemplo, afirma que, no processo civil brasileiro, o regime seria híbrido, porquanto haveria um regime de medidas típicas, temperada pela atipicidade.<sup>198</sup> Ou seja, tipicidade como regra, com abertura a medidas atípicas.

Em linha semelhante, GRECO afirma não se poder falar “(...) de modo irrestrito em atipicidade dos meios executórios, mas em relativa atipicidade, subsidiária e excepcional destes meios”.<sup>199</sup>

ABELHA admite que o legislador não deve ter se sentido suficientemente seguro para permitir a execução de títulos judiciais e extrajudiciais para pagamento de quantia sem urgência, de forma atípica, optando por manter no NCPC a regra da tipicidade dos meios executivos para este tipo de prestação, aplicando-se excepcionalmente a atipicidade.<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup> Cfr., neste sentido, DIDIER JR., Fredie [et al.] – *op. cit.*, Cap. 3.

<sup>198</sup> MEDINA, José Miguel Garcia – *Execução: Teoria geral, princípios fundamentais e procedimento* [livro eletrônico]. 1ª ed. em ebook baseada na 5ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, n.p.

<sup>199</sup> GRECO, Leonardo – Coações indiretas na execução pecuniária. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ. ISSN 1415-4951. Vol. 20, n.º 1, (Jan. a Abr. de 2018), p. 126.

<sup>200</sup> ABELHA, Marcelo – *Manual de Execução Civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6462-7, p.98.

BUENO igualmente sustenta a subsidiariedade da atipicidade nas execuções por quantia, na medida em que afirma que o disposto no Art. 139, IV, do CPC *“deve ser interpretado no sentido de ser correto ao magistrado, consoante se mostrem ineficazes ou inadequadas as soluções codificadas para a prestação da tutela jurisdicional das obrigações de pagar quantia, variá-las em prol de uma maior eficiência”*.<sup>201</sup>

Foi este entendimento que encontrou maior acolhimento até então entre os operadores do direito no Brasil, conforme permite inferir o enunciado n.º 12 do FPPC<sup>202</sup> e o enunciado n.º 48 da ENFAM.<sup>203</sup>

Para YARSHELL, a controvérsia estaria centrada não na questão da adoção de meios atípicos na execução, mas sim no emprego de meios indiretos (indutivos e coercitivos) na execução por quantia. Afirma isto, baseado no fato de não haver discussão relevante acerca da constitucionalidade do emprego de expressões que legitimavam a atipicidade executiva desde o Código de Processo Civil revogado (v.g.: “tais como”, Art. 461, §5º do CPC/1973), nas execuções fundadas em obrigação de fazer ou não fazer, e entrega de coisa, e que de forma semelhante se repetem no novo código (“entre outras medidas”, Art. 536, § 1º do NCPC).<sup>204</sup>

Até certo ponto, tem razão o Autor, pois, até ao momento, somente foram aplicadas medidas atípicas deste jaez (os casos mais comuns têm sido de apreensão de carta de condução ou suspensão do direito de dirigir veículos automotores, e apreensão de passaportes), mas, em

---

<sup>201</sup> BUENO, Cassio Scarpinella – *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. 1ª ed. em ebook. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 412.

<sup>202</sup> *“A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”*.

<sup>203</sup> *“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.”*

<sup>204</sup> YARSHELL, Flávio Luiz – *Medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia* [Em linha]. atual. 03 jul. 2017. [Consult. 27 maio. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.cartataforense.com.br/conteudo/colunas/medidas-indutivas-e-coercitivas-nas-obrigacoes-de-pagamento-de-quantia/17692>>.

tese, a cláusula geral de efetivação autoriza a adoção de medidas atípicas de natureza sub-rogatória.

## **5. Execução direta e indireta sob a perspectiva do Art. 139, IV do NCPC**

Para alguns autores, só se pode falar verdadeiramente em execução forçada quando esta é desenvolvida por sub-rogação. Esta atividade sub-rogatória se verifica quando o Estado (juiz) substitui-se à vontade da parte para assegurar a satisfação forçada daquele que tem a seu favor título executivo. É forçada a satisfação pois opera-se através de atos de invasão patrimonial, que prescindem do concurso da vontade do executado, ou até mesmo contra esta, para proporcionar o mesmo benefício, ou, ao menos, equivalente, ao que se obteria se cumprida voluntariamente a prestação.<sup>205</sup>

Esta execução através de meios sub-rogatórios, pelos quais o Estado se substitui ao devedor para satisfazer diretamente a prestação, é chamada por alguns de execução direta, em contraposição à execução indireta, na qual não se opera esta substituição, por haver a necessidade de colaboração do devedor.

Na tradição do Estado liberal em França, ainda sob a égide do Código de Napoleão, onde cabia ao juiz não mais do que revelar a vontade concreta da lei, predominava a ideia da incoercibilidade ou intangibilidade da vontade humana, a afastar qualquer admissibilidade de tutela específica das obrigações de fazer infungíveis, cujo inadimplemento resolver-se-ia inexoravelmente na tutela compensatória pelo equivalente monetário, exequível somente por sub-rogação.<sup>206</sup>

Na atual feição estatal, onde se espera um judiciário capaz de realizar de forma efetiva a tutela prometida pelo direito material, na forma e limites previstos na lei e na Constituição (devido

---

<sup>205</sup> Cfr., neste sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto – *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7437-4. Vol. III, p. 301.

<sup>206</sup> DIDIER JR., Fredie [et al.] – *op. cit.*, p. 73.

processo legal), há como consequência a necessidade de ampliação dos mecanismos existentes de forma a privilegiar, sempre que possível, a tutela específica das obrigações.

De forma a atender tais diretrizes, tratou o legislador infraconstitucional de prever meios de execução cuja finalidade é atuar sobre a vontade do executado, no sentido de convencê-lo à realização da prestação devida. Por não promover diretamente a satisfação da prestação, mas procurar vencer a resistência do executado em adimplir o que é devido, quer através de estímulos (medidas indutivas) ou pressões psicológicas (medidas coercitivas e mandamentais), diz-se que a execução é indireta.

Dito de outra forma, na execução indireta, o juiz lança mão de meios executivos com o escopo de eliminar a resistência do executado em adimplir a prestação, por não se poder realizar a prestação sem o concurso da vontade do obrigado (prestações de fazer infungíveis), ou mesmo quando for possível a realização por terceiros (tutela pelo equivalente), nas prestações de fazer fungíveis, na medida em que, muitas vezes, se revela mais adequado, célere, e menos dispendioso, obter a satisfação da obrigação pelo próprio devedor.<sup>207</sup> Nada obsta, aliás, que se valha, o juiz, de medidas de execução indireta para efetivação de qualquer tipo de prestação, desde que seja o meio mais adequado, eficaz, e que cause menor gravame ao executado (ressalvando-se o entendimento atualmente majoritário do caráter, em regra, subsidiário da atipicidade na execução das prestações de pagar quantia).

Colhe-se das lições de ASSIS que a execução por sub-rogação (direta) abrange atos de expropriação (Art. 824 do NCPC), desapossamento (Art. 806, §2º do NCPC), e transformação (Art. 817 do NCPC), que se correlacionam respectivamente à efetivação de prestações pecuniárias, entrega de coisa, e prestações de fazer fungíveis.<sup>208</sup>

Na enumeração do Art. 139, IV, do NCPC, há a previsão tanto de medidas de execução direta (sub-rogatórias), que, como visto, são aquelas que permitem que o direito seja realizado independente da vontade do executado, caso em que o Estado se substitui à parte para promover

---

<sup>207</sup> Cfr., neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, p. 599.

<sup>208</sup> ASSIS, Araken de – *Processo Civil Brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. 1ª ed em ebook baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-2013-6586-1. Vol. 1, p. 249.

a satisfação da prestação, como de medidas de execução indireta, pois lhes falta potencialidade para, por si sós, promoverem a atuação concreta do direito (indutivas, coercitivas e mandamentais).

Note-se que, na distinção do que seriam tais medidas de execução indireta, deve-se levar em consideração as mesmas ponderações feitas quando da análise da classificação doutrinária das decisões judiciais de acordo com a eficácia preponderante (ou conforme a tutela jurisdicional prestada, como sugere parte da doutrina<sup>209</sup>), e a necessidade de execução (vide *supra* n.º 2.2.). Na oportunidade, divisamos, em síntese, a existência de duas correntes doutrinárias principais: a majoritária (por nós aderida), a defender que todas as decisões que dependem de atividade executiva para tutela do direito reconhecido judicialmente seriam condenatórias, a englobar as chamadas decisões classificadas como executivas *lato sensu* e mandamentais, e outra minoritária, a sustentar a autonomia destas duas últimas espécies relativamente às condenatórias.

Naquele tópico ainda se registrou a divergência doutrinária quanto à compreensão da eficácia (ou tutela) mandamental, para os que advogam a autonomia desta em relação à condenatória, o que tem implicações na forma que os autores abordam as medidas não sub-rogatórias previstas no Art. 139, IV, do NCPC. Basta lembrar que, para MARINONI, são mandamentais as decisões que certifiquem o direito a uma prestação e prevejam meios de execução indireta para sua efetivação,<sup>210</sup> no que é acompanhado por DIDIER JR. [*et al.*],<sup>211</sup> o que leva estes Autores a afirmar que as medidas não sub-rogatórias previstas no Art. 139, IV, do NCPC seriam, a rigor, a mesma coisa, não tendo sido técnico na enumeração, o legislador.<sup>212</sup> MARINONI, em obra elaborada ao lado de ARENHART e MITIDIERO, também afirma haver atecnia legislativa, pela incorreta compreensão do efeito mandamental. Ademais, os autores situam as medidas coercitivas como sendo espécies pertencentes ao gênero medidas indutivas, conforme se infere dos seguintes comentários ao Art. 139, IV, do NCPC:

---

<sup>209</sup> Cfr., dentre outros, DONIZETTI, Elpidio – *O novo CPC e as tutelas jurisdicionais* [em linha]. Atual. 26 fev. 2016. [Consult. 21 jun. 2018]. Disponível em WWW:<URL:https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/308559214/o-novo-cpc-e-as-tutelas-jurisdicionais>.

<sup>210</sup> MARINONI, Luiz Guilherme – *As novas sentenças e os poderes do juiz para prestação da tutela jurisdicional efetiva. op. cit.*

<sup>211</sup> Cfr., em igual sentido, DIDIER JR., Fredie [*et al.*] – *op. cit.*, p. 52.

<sup>212</sup> “*O texto legal sofre de uma atecnia: medidas mandamentais, indutivas e coercitivas são, rigorosamente, a mesma coisa. Trata-se de meios de execução indireta do comando judicial. Sem distinções*”. *Ibidem*, p. 102.

*“Há evidente excesso nas expressões empregadas (‘medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias’), na medida em que as medidas coercitivas são espécie de medidas indutivas (as medidas indutivas podem ser de pressão positiva, quando se oferece uma vantagem para o cumprimento da ordem judicial, ou coercitiva, quando se ameaça com um mal para a obtenção da satisfação do comando). Há também confusão de categorias, já que o efeito mandamental - ao lado do efeito executivo - é o efeito típico das ordens judiciais (que veiculam medidas indutivas e sub-rogatórias). Essa falta de rigor técnico, porém, não compromete a intenção do preceito, que é dotar o magistrado de amplo espectro de instrumentos para o cumprimento das ordens judiciais, inclusive para a tutela de prestações pecuniárias (art. 536, CPC)”.*<sup>213</sup>

Tem-se que a posição sustentada acima é uma questão de coerência lógica com o tratamento dado pelos autores ao discorrer sobre os efeitos das decisões judiciais. Se, para os autores, a decisão que veicula medida coercitiva é mandamental, não caberia mesmo a distinção feita pelo legislador, e a verbosidade do enunciado normativo teria sido atécnica e desnecessária.

Ocorre que, como alhures salientado, entendemos que a razão está com Autores como THEODORO JÚNIOR, que tratam o chamado efeito mandamental e efeito executivo *lato sensu* como sendo formas de efetivar a decisão, sem impactar a natureza desta que, em sua essência, continuará a ser condenatória.<sup>214</sup>

Ademais, conforme apontamos, THEODORO JÚNIOR, MEDINA e grande parte da doutrina (com especial menção a FUX, um dos principais responsáveis pelo anteprojeto do

---

<sup>213</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7241-8, p. 284.

<sup>214</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto – *op. cit.* p. 413.



código<sup>215</sup>) entendem que a mandamentalidade consiste na expedição da ordem sob advertência quanto ao incumprimento configurar crime de desobediência (Art. 330, do Código Penal Brasileiro), e poder ensejar a aplicação das sanções penais cabíveis.<sup>216</sup> Ou seja, eventual desdobramento do descumprimento da ordem dá-se na esfera criminal, sendo a efetivação estranha ao processo e ao juízo cível que a proferiu.

Estas particularidades são determinantes para concluir que as medidas mandamentais diferem das demais elencadas, tendo em comum apenas o caráter dissuasivo do descumprimento da ordem, porquanto se tratam de mecanismos de execução indireta.

Embora haja semelhante finalidade (captar a vontade do executado para que satisfaça a prestação), não são sinônimas nenhuma das expressões utilizadas pelo legislador ao tratar das medidas atípicas de execução, conforme demonstrou MEIRELES, em ensaio sobre o tema.<sup>217</sup>

No que se refere às medidas indutivas, encontra-se na doutrina a alusão de que a expressão compreenderia uma atuação positiva sobre a vontade do devedor, através do oferecimento de alguma vantagem, algum incentivo, no sentido de estimular o executado a adimplir o que lhe cabe.<sup>218</sup> Há também o emprego da expressão “sanção premial” para se referir a esta espécie de medida, o que a nosso ver constitui *contradictio in terminis*, pois esta não possui caráter sancionatório, e não se concebe que a aplicação de uma punição possa ser proveitosa àquele que é punido. É verdadeiramente uma forma de tornar vantajoso ao executado, o adimplemento da prestação, relativamente ao que era originariamente devido.

---

<sup>215</sup> FUX, Luiz – O novo processo civil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo: LexMagister. ISSN 0103-7978. Vol. 80, n.º 4, (out. a dez. 2014), p. 287.

<sup>216</sup> Sem pretender aprofundar em demasia a discussão no âmbito do direito penal, cabe observar que, atualmente o tipo previsto no Art. 330 do Código Penal Brasileiro é enquadrado como infração de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei nº 9.099/95, sendo processado e julgado perante os Juizados Especiais Criminais, onde se admite, atendidos determinados requisitos, a aplicação de medidas despenalizadoras, como a suspensão condicional do processo, composição civil e transação penal (vide Artigos. 61, 72, 74 e 89 da Lei nº 9.099/95). Isto implica dizer que no Brasil, à exceção do inadimplemento inescusável de alimentos, é na prática muito remota a possibilidade de alguém vir a ser mantido preso pelo descumprimento de ordens expedidas no processo civil.

<sup>217</sup> MEIRELES, Edilton – Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981, Vol. 247 (set. 2015), pp. 231-246.

<sup>218</sup> *Ibidem*.

Colhe-se no próprio NCPC alguns exemplos de medidas indutivas típicas, como é o caso da redução à metade dos honorários advocatícios arbitrados em execução fundada em título extrajudicial, quando houver pagamento no prazo legal (Art. 827, §1º, do NCPC).

Cabe assinalar que, ao estipular medida indutiva não prevista expressamente em lei, é defeso ao julgador dispor sobre direitos alheios,<sup>219</sup> de sorte que não seria possível, por exemplo, reduzir o valor da prestação devida, sem prévia e expressa anuência do exequente.

As medidas coercitivas, por sua vez, objetivam compelir o executado a cumprir a prestação através de mecanismos de pressão psicológica, podendo a coerção ser tanto de caráter patrimonial, como é o caso da multa cominatória ou *astreinte*, como pessoal, como seria o caso da prisão civil.

Há ainda outros meios alternativos, embora típicos, de coerção ao cumprimento de decisões judiciais que impliquem o pagamento de quantia, como a possibilidade de levar a protesto a sentença transitada em julgado (Art. 517 do NCPC), bem como a inclusão do nome do devedor em cadastro de inadimplentes (Art. 782, §3º, do NCPC).

Neste tocante, cabe a menção à previsão no direito português, tanto de um “registo informático de execuções”, previsto no Art. 717.º do CPCPt, e regulado em especial no Decreto-Lei n.º 201/2003, norma esta que também prevê, ao lado do registo informático, uma lista pública de execuções. A diferença consiste no fato do primeiro ser de acesso restrito e se destinar primordialmente a fornecer elementos para tutela processual, orientando principalmente o agente de execução e (ou) o juiz. Já a segunda, visa à disponibilização por via eletrônica de uma lista pública de execuções que tenham sido extintas por não se encontrarem bens penhoráveis para pagamento total ou parcial da dívida,<sup>220</sup> na forma e prazo previstos no Art. 750.º do CPCPt.

Ou seja, visa-se dar publicidade à situação de inadimplência, prevenindo terceiros acerca da condição do devedor. No Brasil o receio de inclusão nestes cadastros negativos tende a

---

<sup>219</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, p. 608.

<sup>220</sup> Cfr., neste sentido, PINTO, Rui Gonçalves – *Notas ao Código de Processo Civil. 2ª ed.* Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-32-2357-3, p. 234.

funcionar efetivamente como medida coercitiva, estimulando o adimplemento, pois há sistemática consulta destes bancos de dados por instituições financeiras em geral, inibindo o acesso do inadimplente a linhas de crédito, o que impõe sérias limitações à celebração de novos contratos e aquisição de produtos e serviços.

### **5.1. Prisão civil como medida executiva**

No tocante à prisão, dispõe a CRFB/88, em seu Art. 5º, LXVII, que “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”. A prisão do infiel depositário teve sua inconstitucionalidade reconhecida pelo STF,<sup>221</sup> em razão da incorporação como direito fundamental das normas estabelecidas em tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil for signatário (Art. 5º, §3º, e §4º da CRFB/88). O Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, através do Decreto Legislativo n.º 226/91, e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica, de 1969, através do Decreto Legislativo n.º 27/92), que dispõem no sentido de proibir tal espécie de prisão civil, a remanescer apenas a prisão como medida coercitiva para o adimplemento de prestação de natureza alimentícia.<sup>222</sup>

MARINONI [*et al.*] interpretam o dispositivo constitucional no sentido de ser admissível a prisão civil, desde que a prestação devida não tenha conteúdo patrimonial (e não só não pecuniário). Ou seja, entendem que o constituinte foi estrito ao se referir à dívida, pelo que, em tese, seria cabível o emprego da prisão para forçar o cumprimento de decisões judiciais que tutelem direitos fundamentais, evidentemente em caráter excepcional, quando a medida passe pelo crivo de um juízo de proporcionalidade, com ênfase na impossibilidade obter de outro modo a realização da prestação devida (necessidade), o que deve restar evidenciado de forma clara na decisão que subsidiar a ordem prisional.<sup>223</sup> Seria este, exemplificativamente, o caso em que é

---

<sup>221</sup> Cfr. Súmula vinculante n.º 25 do STF, cujo enunciado tem o seguinte teor, *in verbis*. “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”.

<sup>222</sup> Neste sentido, cfr. ARENHART, Sérgio Cruz – *A Prisão como meio coercitivo* [Em linha]. [Consult. 20 jul. 2018] Disponível em <[https://www.academia.edu/214441/A\\_PRIS%C3%83O\\_CIVIL\\_COMO\\_MEIO\\_COERCITIVO](https://www.academia.edu/214441/A_PRIS%C3%83O_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO)>.

<sup>223</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, pp. 606-607.

expedida ordem para o fornecimento de medicamentos, realização de intervenção médica, interrupção de atividades nocivas à saúde ou outras inerentes à tutela dos direitos da personalidade, que, no caso concreto, se revelem em posição tão ou mais relevante que a liberdade ambulatorial do executado, por dizerem respeito à saúde, vida e a própria dignidade humana do exequente (dimensão esta que se amplifica quando a tutela se destinar à proteção de interesses difusos ou coletivos).

Para os referidos Autores *“não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que o ordenamento jurídico apenas proclama, de forma retórica, os direitos que não podem ser efetivamente tutelados sem que a jurisdição a tenha em suas mãos para prestar tutela jurisdicional efetiva”*.<sup>224</sup>

Não é de mais lembrar que a aferição da proporcionalidade da prisão civil deve ser exteriorizada de forma clara na decisão que a fundamentar, principalmente no tocante à sua exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, que pressupõe não haver nenhum meio menos restritivo à esfera do executado, e ao mesmo tempo apto a tutelar de forma efetiva o direito do exequente, e ser a restrição justificável do ponto de vista da importância e grau de promoção do direito a ser realizado no plano prático. Por isso BUENO, ainda que admita o emprego desta medida coercitiva, obtempera que *“a prisão civil, destarte, tem de mostrar-se necessária, adequada e concretamente justificável no caso para tutelar um interesse de maior ou, quando menos, igual estatura à liberdade garantida, isso não há como negar, pelo inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal”*.<sup>225</sup>

Sem pretender adentrar em demasia na seara do direito comparado, cabe mencionar que o juiz da *common law* sempre teve maior amplitude de poderes para reprimir o descumprimento de suas decisões, até mesmo com prisão, deslocando-se o fundamento da medida para o desrespeito à autoridade estatal (*contempt of court*, normalmente traduzido como “desprezo a corte”). No direito anglo-saxônico, o *contempt of court*, sob o aspecto de *civil contempt*, funciona como medida coercitiva, que atua nas hipóteses de obrigações impostas por

---

<sup>224</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, p. 606.

<sup>225</sup> BUENO, Cássio Scarpinella – *Manual de Direito Processual civil. op. cit.*, p. 357.

decisões judiciais proferidas no curso ou ao final do processo, a conferir certa discricionariedade ao julgador para aplicar medidas repressivas como multa ou prisão pelo não cumprimento da ordem judicial configurar ato que desafia a autoridade e desrespeita a corte. Assim ocorre pois se entende que o *imperium* é inerente a toda ordem judicial, e para que se faça respeitar esta ordem seria admissível até mesmo a prisão.<sup>226</sup>

Embora alguns autores costumem aproximar os chamados “atos atentatórios à dignidade da justiça”, previstos no processo civil brasileiro, da figura do *contempt of court*, tal aproximação não é completamente adequada, pois, como visto, o poder sancionatório do juiz no direito anglo-saxão é consideravelmente maior que o do juiz brasileiro.<sup>227</sup>

Na atualidade do direito processual brasileiro, ainda que declaradamente tenha se pretendido uma aproximação das famílias do *civil law* e *common law*, com introdução de vários institutos ligados a sistemas deste último modelo,<sup>228</sup> permanece forte a tradição legalista, com grande influência da tipicidade na execução. Assim, salienta-se que ao mesmo tempo em que houve esta inegável aproximação, a *mens legis* não foi de conversão cega e absoluta ao sistema do common law, ou adoção irrestrita de seus instrumentos, mas sim uma busca no direito comparado de mecanismos capazes de proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva.<sup>229</sup>

Ao que interessa à execução para pagamento de quantia, mesmo em caso de ato atentatório à dignidade da justiça (para o qual há sanções próprias previstas no NCPC),<sup>230</sup> prevalece o entendimento pelo não cabimento da prisão como meio de coerção, à exceção da hipótese constitucionalmente prevista para o inadimplemento inescusável de prestação de alimentos, que se encontra regulado no NCPC em capítulo próprio, conforme detalharemos a seguir.

A vedação total da prisão enquanto medida coercitiva para efetivação de direitos patrimoniais emerge clara na jurisprudência consolidada do STJ, pela interpretação estrita dada a

---

<sup>226</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. *op. cit.*, p. 620.

<sup>227</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca /n WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (Coords.) – *op. cit.*, p. 224.

<sup>228</sup> Cfr., neste sentido, FUX, Luiz – *op. cit.*

<sup>229</sup> FUX, Luiz; FUX, Rodrigo – O novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ. ISSN 1415-4951. Vol. 20, n.º 1, p. 22 - 38, (jan. a abr. de 2018), p. 27.

<sup>230</sup> Vide Artigos 77, §1º, e 772 do NCPC.

noção de dívida de cunho alimentar para fins de prisão (a alcançar somente os alimentos regulados pelo direito de família), de forma a não abranger sequer os alimentos decorrentes de ato ilícito. Neste sentido:

*“HABEAS CORPUS. ALIMENTOS DEVIDOS EM RAZÃO DE ATO ILÍCITO. PRISÃO CIVIL. ILEGALIDADE.*

*1. Segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a prisão civil decretada por descumprimento de obrigação alimentar em caso de pensão devida em razão de ato ilícito. 2. Ordem concedida” (HC 182.228/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 01.03.2011, DJe 11.03.2011).<sup>231</sup> <sup>232</sup>*

Por tais razões, aderimos ao entendimento de não ser possível nenhuma outra hipótese de prisão como medida executiva atípica em execuções com conteúdo patrimonial, pela vedação contida na norma constitucional, e difícil justificativa sob os critérios da proporcionalidade e razoabilidade.

## **§. A aplicação imediata de medida atípica na execução de alimentos**

Abrimos aqui um parêntesis para retomar a discussão, agora quanto à possibilidade de execução de forma atípica das prestações pecuniárias de alimentos.

A efetivação da tutela pecuniária dá-se, em regra, por expropriação. Contudo, a tutela pecuniária alimentar guarda certas peculiaridades, porquanto diretamente atrelada à promoção de direitos fundamentais com forte conteúdo axiológico, como a dignidade da pessoa humana, eis

---

<sup>231</sup> Apud ABELHA; Marcelo – *Manual de Direito Processual Civil. op. cit.*, p. 1038.

<sup>232</sup> Em sentido contrário, TALAMINI sustenta que não poderia ser aprioristicamente afastada, nestes casos, a medida de prisão, uma vez que a CRFB/88, em seu Art. 5º, LXVII, não faz qualquer ressalva a este respeito. TALAMINI, Eduardo – Prisão civil e penal e “execução indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal). *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Vol. 92, p.37-52 (out. a dez. 1998), pp. 46-47. Em igual sentido cfr. SOUZA, José Garcia de – A nova execução civil: o que falta mudar. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ. ISSN 1415-4951. Vol. 10, n.º 39, pp. 40-77, (2007), p.63. “Do ponto de vista axiológico, com efeito, não há por que privilegiar o credor de alimentos oriundos do direito de família. E nem a nossa Constituição o faz”.

que seu escopo é assegurar ao menos o mínimo necessário para prover de forma digna a subsistência do destinatário dos alimentos. Atento a estas particularidades, foi tipicamente prevista pelo legislador brasileiro a medida coercitiva de prisão como forma de compelir o executado ao adimplemento da prestação de alimentos.

Como visto, a prisão na execução de alimentos constitui restrição total e absoluta ao direito de ir e vir. Ao lado da prisão, também foram previstas outras medidas típicas para efetivação da prestação alimentar, como o desconto de valores em folha de pagamento, quando o executado for regularmente empregado (Art. 529 do NCPC), protesto do título judicial (Art. 528, §1º, do NCPC, neste caso cumulável ou não com a prisão) e a adoção do procedimento expropriatório regular, previsto para as execuções por quantia, conforme Art. 528, §8º, do NCPC.

Em Portugal há também a previsão de um regime de execução especial por alimentos, consoante Artigos 933.º a 937.º do CPCPt. “*Aplicam-se-lhe as normas reguladoras do processo comum para pagamento de quantia certa, com especialidades que tem em conta a especial natureza da obrigação em causa*”.<sup>233</sup> Embora não haja a previsão de medidas de coação pessoal como a prisão civil do devedor, aquele que, em condições de o fazer, não cumpre com a obrigação legal de prestar alimentos, poderá ser responsabilizado pela prática do crime de “violação da obrigação de alimentos”, previsto no Art. 250 do Código Penal Português.

A execução especial, por sua vez, se opera de forma semelhante à prevista no Art. 529 do NCPC, ou seja, mediante técnicas de execução por sub-rogação, havendo a previsão da adjudicação de parte da remuneração que o executado esteja percebendo, ou consignação de rendimentos a este pertencentes, para pagamento das prestações vencidas e vincendas independente de penhora. As quantias são vertidas diretamente ao exequente, respectivamente, pela entidade pagadora (Art. 933.º, n.º 2, do CPCPt) ou pelo agente de execução (Art. 933.º, n.º 3 do Código de Processo Civil Por CPCPt).

No Brasil, a jurisprudência consolidada do STJ<sup>234</sup> orientou a redação do Art. 528, §7º, do NCPC, que somente autoriza o emprego da medida prisional para compelir o executado ao adimplemento das três prestações anteriores ao ajuizamento da execução, mais aquelas que

---

<sup>233</sup> FREITAS, José Lebre de – *A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013. op. cit.*, p. 469.

<sup>234</sup> Vide Enunciado da Súmula n.º 309 do STJ, cujo teor é replicado pelo Art. 528, §7º do NCPC.

vencerem no curso do processo, pois as demais deixam de se revestir de natureza alimentar (com a falta de atualidade da dívida, perde-se a urgência e essencialidade da prestação, que justificam a medida de prisão), seguindo, assim, o procedimento previsto para o pagamento de quantia certa (Art. 528, §8º do NCPC).

Embora não haja disposição expressa neste sentido, parece-nos que há precedência da execução nos moldes do Art. 529, caput, do NCPC, com o desconto do valor devido diretamente dos valores percebidos periodicamente pelo executado, sobre a execução mediante prisão, que é residual, tanto por se revelar mais eficiente, principalmente quanto às prestações vincendas, cujo inadimplemento se previne, como por ser medida menos gravosa ao devedor.<sup>235</sup> Aplica-se este procedimento sempre que o executado contar com alguma fonte de renda estável e periódica, independente da natureza,<sup>236</sup> devendo o artigo ser interpretado teleologicamente. Em não sendo possível a execução nos moldes descritos, é cabível desde logo a intimação do executado para pagamento da prestação alimentícia (ou apresentação de justificativa quanto à absoluta impossibilidade de fazê-lo), no prazo de 3 dias, sob pena de protesto do título e decretação de prisão civil pelo prazo de 1 a 3 meses (Art. 528. §§ 1º e 2º do NCPC). Por não se tratar de sanção, mas medida coercitiva, deve-se ainda registrar que, em sendo executada a prisão, e havendo o decurso do prazo de sua duração sem efetivo pagamento, remanescem devidas as prestações vencidas e vincendas a teor do que dispõe o Art. 528, § 5º do NCPC.

A questão que se coloca é se diante da possibilidade de restrição total à liberdade ambulatorial (prisão civil), caberia promover a execução através de medida restritiva menos extremada ao mesmo direito, ainda que não prevista expressamente em lei? A resposta nos parece obviamente afirmativa, já que os ditames da razoabilidade e proporcionalidade serviram de orientação ao legislador ao prever tipicamente a prisão como medida de coação para efetivar a prestação de alimentos. Se a lei autoriza medida desta gravidade, entendemos que poderão sempre ser aplicadas desde logo medidas menos graves, ainda que atípicas, na efetivação desta

---

<sup>235</sup> Cfr., neste sentido, ABELHA, Marcelo – *Manual de Execução Civil*, op. cit., p. 517.

<sup>236</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO – *Novo Código de Processo Civil Comentado*. op. cit., p. 666.



espécie de prestação, desde que se revelem aptas a promover a satisfação do direito do exequente em grau satisfatório.

Cabe aqui um adendo quanto à impossibilidade de a prisão civil ser determinada *ex officio* pelo órgão jurisdicional, ainda que, como regra geral, o juiz não esteja adstrito ao pedido de providência executiva formulado pela parte, podendo determinar medida diversa em prol maior eficiência processual. Isto ocorre, pois há limitação ao poder executivo do juiz sempre que a lei condicione determinada providência à provocação do interessado,<sup>237</sup> e o NCPC, refletindo o entendimento jurisprudencial dominante, exige requerimento expresso do exequente para decretação da prisão do devedor de alimentos (Art. 528, caput, do NCPC), pois, por envolver questões familiares, é bem possível que o exequente não deseje ver o um ente familiar preso, e escolha meio menos gravoso para efetivar a prestação devida, nada obstando que o meio indicado seja atípico.

Como conseqüência da elevada restrição a direitos fundamentais provocada pela prisão, entende-se que sempre serão admissíveis *prima facie* medidas executivas atípicas nas execuções de alimentos em lugar da medida de prisão.<sup>238</sup> Logo a distinção marcante a se fazer no que se refere à incidência do Art. 139, IV, aplicável a todas as execuções de prestações pecuniárias, incluindo-se a de alimentos, é que neste último caso não se exigiria a observância da subsidiariedade.

## **5.2. A multa como medida coercitiva atípica e sua utilização nas execuções por quantia**

No que se refere à cominação de multa como medida executiva nas execuções por quantia, há Autores, como DIDIER JR [et al.], que sustentam o seu não cabimento, por ser manifestamente desproporcional.<sup>239</sup>

---

<sup>237</sup>Cfr. neste sentido, DIDIER JR., Fredie [et al.] – *op. cit.*, p. 602.

<sup>238</sup> DIDIER JR., Fredie [et al.] – Diretrizes para concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Vol. 42, n.º 267 (mai. 2017), pp. 227-272.

<sup>239</sup> DIDIER JR., Fredie [et al.] – *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. *op. cit.*, p. 125.

Se bem refletirmos, há coerência no raciocínio dos referidos processualistas, pois quando se trata de cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa, a própria lei processual brasileira já prevê expressamente a incidência de multa no montante de 10% (dez por cento) do valor da condenação, caso não haja efetivo pagamento no prazo de 15 dias a contar da intimação (Art. 523, §1º do NCPC), sendo tal multa punitiva no entendimento dos autores (ponto em que discordamos). Ademais, a incidência de juros já exerceria a função de tornar a dívida mais cara ao longo do tempo, o que leva os citados Autores a sustentar que a cominação de outra multa configuraria *bis in idem* punitivo, e ofenderia o princípio da vedação ao excesso.<sup>240</sup> Já MEIRELES assinala que a multa prevista no Art. 523, §1º, do NCPC seria uma medida coercitiva típica, pois visa coagir o devedor ao adimplemento da prestação pecuniária, que acabaria por constituir um limitador da cláusula executiva prevista no Art. 139, IV, do NCPC, o que leva o autor a concluir pela impossibilidade de se cumular qualquer outra multa como medida coercitiva, de modo semelhante ao sustentado por DIDIER [*et al.*], apenas discordando quanto ao viés punitivo.

Entendemos, como MEIRELES, que a multa em referência é de natureza coercitiva, e que, via de regra, não haverá mesmo razoabilidade ou proporcionalidade no emprego da multa como medida atípica no cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia, não só pela apontada excessividade, quanto pela manifesta inadequação quando frustrada a execução por indícios de ocultação patrimonial. Não há aparente vantagem no uso de medida coercitiva que implicará o aumento do valor devido, quando for esta manejada contra executado que aparentemente pode pagar, mas não o faz, e frustra atos de constrição patrimonial que viabilizariam a satisfação da prestação pela via sub-rogatória.

*“O que importa, em outras palavras, quando se pensa na finalidade coercitiva da multa, é a ameaça de o réu ter que futuramente arcar com ela”.*<sup>241</sup> No cenário acima descrito não se vislumbra que a aplicação de multa possa ser eficaz, pois visa atuar sobre a vontade do executado

---

<sup>240</sup> DIDIER JR., Fredie [*et al.*] – *Curso de Direito Processual Civil: Execução. op. cit.*, p. 125.

<sup>241</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3ª ed. em ebook baseada na 3ª ed. impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 2, p. 602.

para adimplir a prestação, e aquele que oculta o patrimônio não parece estar muito preocupado com um maior grau endividamento.

Contudo, o cenário muda, por exemplo, quando se trata de tutela de urgência, onde a cominação de multa pode ser o meio mais idôneo ao cumprimento expedito da ordem judicial. Por isso, o entendimento de MARINONI [et al.] é firme no sentido de não se poder descartar a possibilidade da incidência de qualquer medida executiva, mesmo que se trate de prestação pecuniária, (ressalvada a prisão civil, que o constituinte reservou ao inadimplemento inescusável de alimentos), pelo que seria cabível a incidência de multa, ainda que a tutela seja provisória. Dizem os Autores que “(...)se, portanto, a única técnica processual compatível com a urgência na obtenção da tutela do direito à reparação pecuniária ou ao ressarcimento é a multa coercitiva (art. 537), essa deve ser empregada para efetivação da tutela provisória”.<sup>242</sup>

Mais uma vez, se afigura claro que são as nuances do caso concreto que irão autorizar ou não a incidência de medidas coercitivas indiretas como as *astreintes* na execução por quantia, pois como visto, pode eventualmente ser a técnica mais idônea e eficaz à tutela do crédito, como também pode se revelar manifestamente desproporcional ou irrazoável, como no caso do cumprimento de sentença, onde já há medida típica com igual finalidade (Art. 523, 1º do NCPC), ou quando se evidencia a ausência de força coativa na medida (hipótese do executado aparentemente plenamente capaz de adimplir, mas que se torna formalmente insolvente, mediante ocultação patrimonial).

## **6. Poderes executivos do juiz e as cláusulas gerais processuais**

### **6.1. Poder executivo como instrumento da eficiência na prestação jurisdicional**

O Art. 139 do NCPC está topologicamente na parte geral do código, mais precisamente no Título IV (“Do juiz e dos auxiliares da justiça”) do Livro III, e inaugura o Capítulo I sob a rubrica “Dos poderes, dos deveres e responsabilidades do juiz”.

---

<sup>242</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, p. 145.

Em um modelo de Estado Constitucional, ou como preferiu declarar o constituinte brasileiro desde o preâmbulo da CRFB/88, Estado Democrático de Direito, os poderes atribuídos aos agentes públicos, o são para o atingimento de algum fim, fim este ligado aos próprios deveres funcionais e objetivos a serem buscados pelo Estado. Desta forma, adverte BUENO que todo poder deve ser invariavelmente compreendido como um “dever-poder”.<sup>243</sup>

Com os juízes, isto não seria diferente, porquanto exercem função pública, e lhes são atribuídos uma gama de poderes para atingir determinadas finalidades inerentes à jurisdição. Por isto o referido autor aponta que a ênfase deve recair no dever funcional, sendo atribuído poderes de modo inversamente proporcional ao exigido para realização destes deveres. *“Neste sentido, é correto identificar um dever a ser atingido pelo magistrado – prestar tutela jurisdicional – e, correlatamente a este dever, de maneira inequivocamente instrumental, constatar que há poderes para tanto, na exata medida em que tais poderes sejam necessários”*.<sup>244</sup>

É possível perceber que tal orientação foi haurida do Direito Administrativo, como deixa claro mais adiante o citado Doutrinador, ao dirigir homenagens ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello, e à Escola de Direito Público da PUC-SP, por ter legado o ensinamento de que *“só há poder quando vocacionado ao atingimento de um dever”*.<sup>245</sup>

Por esta razão, sempre que nos referirmos aos poderes judiciais, estes deverão ser compreendidos da maneira aqui explicitada, como “deveres-poderes”.

Conforme analisado, o juiz está vinculado ao princípio da eficiência na direção do processo, e a Lei processual quando outorga poderes ao juiz o faz em caráter instrumental, para que possa exercer essa gestão processual de forma eficiente, no que deverá contar com a cooperação das partes.

---

<sup>243</sup> BUENO, Cassio Scarpinella - *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. 1ª ed. em ebook. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 161.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 222.

É neste contexto que deve ser compreendido o Art. 139, IV, do NCPC ao incumbir o juiz de “*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*”. Ou seja, como poder instrumental à concretização de provimentos jurisdicionais que careçam de atividade executiva, o que levou a doutrina a tratar a disposição normativa como atributiva de um “poder geral executivo”<sup>246</sup> ou “poder geral de efetivação”<sup>247</sup> (com algumas variações denominativas segundo a preferência de cada autor, mas encerrando a mesma ideia comum).

MARINONI lembra que na concepção do direito liberal clássico, seria inconcebível conferir poderes executivos ao julgador, na medida em que somente lhe caberia proclamar as palavras da lei, pois, do contrário, poderia colocar em risco as liberdades individuais (a transformar o Judiciário verdadeiramente em um poder nulo, conforme célebre assertiva de Montesquieu, visto que apenas lhe caberia a reafirmação do poder outorgado ao legislativo).<sup>248</sup>

FUX, um dos principais responsáveis pelo anteprojeto do NCPC, externou em artigo doutrinário de sua lavra, que houve de fato na novel legislação a intenção de abandonar aquilo que chamou de “velha postura burocrático-judicial do juiz”, para investir o julgador dos poderes típicos do sistema anglo-saxônico, pelo que estaria habilitado a expedir até mesmo ordens (medidas mandamentais) para efetivação de suas decisões, cuja consequência, com suporte na doutrina de FRIGNANI e MERRYMAN, seria a criminalização do descumprimento da ordem.<sup>249</sup>

Esta amplitude maior no uso de medidas de coação indireta para o cumprimento das decisões judiciais em geral, está, portanto, mais tipicamente ligada aos sistemas de *common law*. Neste sentido, segundo leciona GRECO, a própria origem do emprego de coações indiretas no direito moderno relaciona-se aos remédios da *equity* no direito inglês, e, posteriormente, norte-americano, e principalmente com as *injunctions*, tendo sido estas últimas moldadas de forma a

---

<sup>246</sup> BUENO, Cassio Scarpinella – *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. op. cit.*, p. 162.

<sup>247</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.] - *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Forense, 2015, p. 1780.

<sup>248</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, p. 337.

<sup>249</sup> FUX, Luiz – *op. cit.*, p. 287.

induzir as partes recalcitrantes a cumprirem os seus deveres legais, sob pena desta vulneração poder atrair a incidência dos poderes do *contempt of court*,<sup>250</sup> que podem ser severos, embora excepcionais, e sob o aspecto do *civil contempt* funcionam como medidas coercitivas destinadas a fazer valer a imperatividade das decisões judiciais.<sup>251</sup>

GRECO assinala haver desde 2003, a Recomendação n.º 17 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, a propor que, em matéria de execução das decisões judiciais, os procedimentos prevejam medidas para dissuadir ou impedir abusos de procedimento.<sup>252</sup>

Apesar disto, a expansão do uso de coações indiretas tem sido bastante tímido no continente, e praticamente inexistente em termos de execução de prestações pecuniárias, com exceção, em certa medida do direito francês, onde o uso das *astreintes* tem sido admitido de forma ampla, até mesmo para forçar o adimplemento de prestações desta natureza, tendo em vista a forma como se deu a construção jurisprudencial desta medida pelos tribunais franceses, a não excluir sua incidência nas hipóteses em que é prevista a execução por sub-rogação.<sup>253</sup> Confirma esta tendência, a abertura redacional do Art. L131-1 do “Code de procédures civiles d’exécution” francês, cujo teor é o seguinte: “*Tout juge peut, même d’office, ordonner une astreinte pour assurer l’exécution de sa décision. Le juge de l’exécution peut assortir d’une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité*”.<sup>254</sup>

BONATO, ao discorrer acerca das reformas do Código de Processo Civil Italiano, trata da inclusão de medida coercitiva, segundo o Autor, atípica, também chamada de medida compulsória, cuja disciplina está contida no Art. 614 *bis* do código, pela primeira vez, através da Lei de 12 de junho de 2009.<sup>255</sup> Cuidava-se em verdade de medida de execução indireta de caráter

---

<sup>250</sup> GRECO, Leonardo – Coações indiretas na execução pecuniária. *op. cit.*, p. 110.

<sup>251</sup> Cfr., neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, p. 620.

<sup>252</sup> GRECO, Leonardo – Coações indiretas na execução pecuniária. *op. cit.*, p. 110.

<sup>253</sup> CHIARLONI, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, p. 599.

<sup>254</sup> *Ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d’exécution. Article L131-1.*

<sup>255</sup> BONATO, Giovanni – *op. cit.*, p. 147.

patrimonial, na qual o juiz fixava uma quantia devida para o caso violação do dever de cumprir uma obrigação. Tal medida, no entanto, tinha aplicação muito restrita, pelo que seria inapropriado, segundo TARUFFO, falar em uma “astreinte italiana”.<sup>256</sup> Para o Autor, embora tenha sido apontada pela doutrina como uma das novidades mais relevantes da reforma, dentre os ordenamentos processuais mais significativos, “*o legislador italiano chega por último (mas não como bom último)*”.<sup>257</sup> Isto porque prevaleceu na doutrina o entendimento de que a medida de execução indireta em apreço tinha seu âmbito de incidência limitado ao cumprimento das prestações de fazer infungíveis ou de não fazer.<sup>258</sup>

Posteriormente o Art. 614 *bis* do “*Codice di Procedura Civile*” teria sua redação mais uma vez alterada nas reformas processuais de 2015 (*legge 6 agosto 2015, n.º 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n.º 83*), sendo, nesta ocasião, aperfeiçoada a redação do dispositivo, e também substituído o título “*Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*” simplesmente por “*Misure di coercizione indiretta*”, estendendo a possibilidade de sua incidência à outras espécies de obrigações, conforme já admitia parte da doutrina, com a ressalva quanto às obrigações de pagar soma em dinheiro. Eis a redação atual:

*“Art. 614 bis - Misure di coercizione indiretta*

*Con il provvedimento di condanna all’adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall’obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e*

---

<sup>256</sup> TARUFFO, Michele *apud* BONATO, Giovanni – *op. cit.*, p. 147.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>258</sup> Havia entendimento, então minoritário, de Autores como CHIARLONI, sustentando a aplicação igualmente às prestações de fazer fungíveis e de entregar coisa, dando preferência ao texto do dispositivo em lugar da rubrica. Cfr., neste sentido, CHIARLONI, Sergio *apud* BONATO, Giovanni – *op. cit.*, p. 151.

*ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.*

*Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile”.*

Embora a redação dê margens à interpretação de que a quantia fixada pelo juízo tem caráter reparatório, sua finalidade é de coerção (visa captar a vontade da parte em adimplir), pois o dever de pagar o montante só se tornará concreto com o descumprimento da ordem judicial, ainda que a quantia reverta em favor do credor.<sup>259</sup> Contudo, mesmo após as reformas do Código de Processo Civil Italiano, seguem inadmitidos meios de coerção indireta nas execuções pecuniárias, justificando críticas por parte da Doutrina.<sup>260</sup>

O ordenamento jurídico alemão, por sua vez, somente prevê mecanismos de execução indireta para dar cumprimento às obrigações de fazer infungíveis (§ 888, ZPO), e de não fazer, aí incluídas as obrigações de se abster ou ainda de tolerar determinada atividade (§ 890, ZPO), ainda que as medidas previstas variem desde a aplicação de uma sanção pecuniária até a decretação da prisão do devedor. MARINONI [*et al.*] explicam que as medidas previstas “*são articuladas de modo que o juiz deva aplicar em primeiro lugar a sanção pecuniária, deixando para impor a prisão quando não é possível o uso da primeira ou quando ela não surte efeitos*”.<sup>261</sup>

Em Portugal, o campo de incidência de medidas de execução indireta é ainda mais restrito, limitando-se ao cumprimento das “prestações de facto infungíveis”, positivos ou negativos, sendo prevista no Art. 829.º - A do CCpt, a imposição de “sanção pecuniária compulsória”,<sup>262</sup> cujo

---

<sup>259</sup> BONATO, Giovanni – *op. cit.*, pp. 153-154.

<sup>260</sup> Para VULLO “*o ordenamento italiano não tem um sistema adequado de execução indireta, o que constitui um grave vazio que vulnera a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos*”. VULLO, Enzo *apud* GRECO, Leonardo – Coações indiretas na execução pecuniária. *op. cit.*, pp. 111-112.

<sup>261</sup> MARINONI, Luiz Guilherme *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, p. 668.

<sup>262</sup> “*Aliás, esta sanção pecuniária compulsória visa precisamente compelir o devedor a cumprir a prestação (infungível) em causa. Já não é admissível este pedido de condenação do executado no pagamento de sanção pecuniária compulsória quando se esteja perante uma obrigação de prestação*



valor é destinado em partes iguais ao Estado e ao credor (diferentemente do que ocorre em França, Itália e Brasil, onde o valor da multa coercitiva é destinado exclusivamente à parte contrária), bem como a incidência de juros à taxa de 5% (cinco por cento) ao ano, desde o trânsito em julgado da sentença, sobre qualquer pagamento estipulado ou determinado judicialmente, sem prejuízo da incidência de juros moratórios, e/ou indenização, se houver lugar. O Art. 868.º, n.º 1, do CPCPt, por sua vez, autoriza que a fixação da sanção pecuniária possa ocorrer no próprio processo executivo. Assim, o desdobramento das execuções de prestações de facto fungíveis e de entrega de coisa certa, ante a ausência de previsão de meios de coação indireta para efetivar tais prestações, acaba por envolver frequentemente o pagamento de quantia, quer pela necessidade de ressarcimento das despesas custeadas pelo exequente, quer pela indenização dos danos causados pelo inadimplemento total ou parcial da obrigação, de forma que há disposição nos Artigos 867.º, 869.º e 877.º, n.º2, do referido Código, a fazer remissão expressa ao prosseguimento conforme o procedimento executivo para pagamento de quantia certa. Assim, LEBRE DE FREITAS critica a opção legislativa que conduz a uma frequente conversão das execuções para prestação de facto fungíveis e entrega de coisa em execuções por quantia certa, o mesmo ocorrendo quando voluntariamente não ocorrer o adimplemento das prestações de facto infungíveis,<sup>263</sup> porquanto, na prática, acaba-se por conferir primazia à tutela pelo equivalente monetário em detrimento da tutela específica.

Este breve comparativo permite inferir que a consolidação no NCPC Brasileiro de um sistema que permite o uso mais amplo de meios de execução direta e indireta, mediante outorga ao juiz de poderes para *“determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”* (Art. 139, IV, do NCPC) é *sui generis*, assumindo algumas características do modelo francês, e se aproximando, em alguns aspectos, da figura *do civil contempt*, presente no direito anglo-saxão.<sup>264</sup> Dizemos isto, pois tal poder geral de efetivação

---

*de facto fungível*". RIBEIRO, Virgínio da Costa; REBELO, Sérgio – *A Ação Executiva Anotada e Comentada*. 2ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016, p. 591.

<sup>263</sup> FREITAS, José Lebre de – *A ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*. op. cit. p. 23.

<sup>264</sup> Cfr., neste sentido, LIMA NETO, Francisco Vieira; CARNEIRO, Myrna Fernandes – As técnicas coercitivas no Código de Processo Civil de 2015: a exigência de “sinais exteriores de riqueza” do devedor para aplicação do art. 139, IV. *in Anais do Congresso de Processo Civil Internacional* [Em linha]. Vitória: UFES. Vol. 2, (2017), pp. 290-302. [Consult. 12 set. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19844>. ISSN 2595-492X.

acaba por ser mais amplo que o atribuído ao juiz no direito francês, entretanto, mais limitado que o atribuído aos juizes da *common law*.

Em suma, houve intencional incremento pelo legislador dos poderes outorgados aos juizes relativamente à efetivação das decisões proferidas, com o escopo de permitir maior eficiência no cumprimento do dever de prestar a tutela jurisdicional (que como já salientamos, também resultou em inegável incremento de outros deveres funcionais, como o aprofundamento da carga argumentativa das decisões que concretizem cláusulas gerais executivas, a ser exteriorizada de forma substancial na fundamentação do ato).

## **6.2. Cláusulas gerais processuais e a execução**

Segundo abalizada doutrina, este poder geral de efetivação assume a natureza de cláusula geral,<sup>265</sup> disposição normativa aberta que opera de forma semelhante aos conceitos jurídicos indeterminados, e que tem sido uma técnica legislativa empregada de forma bem frequente pelo legislador brasileiro, em movimento iniciado, ainda que de forma tímida, com o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), e que se pode verificar de forma mais ampla no Código Civil Brasileiro em vigor (Lei nº 10.406/2002), que instituiu um novo regime de Direito Privado, calcado fundamentalmente em cláusulas gerais (função social da propriedade, onerosidade excessiva, função social do contrato, etc.).<sup>266</sup>

Eis o que leciona MARTINS-COSTA acerca da matéria:

*“Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um*

---

<sup>265</sup> DIDIER JR, Fredie [et al.] – *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. *op. cit.*, p. 102.

<sup>266</sup> Cfr., neste sentido, NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – *op. cit.*, p. 235.

*mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema”.*<sup>267</sup>

DIDIER JR. [et al.] optam por abordagem mais didática, e explicam que *“cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”.*<sup>268</sup>

Para este segmento doutrinário, haveria distinção entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, em razão desta dupla abertura da primeira: *“No conceito indeterminado, só há escolha de conteúdo (sentido) a ser atribuído ao termo vago. Já nas cláusulas gerais, há discricionariedade e poder de escolha não apenas de conteúdo (sentido a ser atribuído aos termos vagos que a compõem) como também aos efeitos”.*<sup>269</sup>

Já no magistério de Cláudia Lima Marques, citada por DIDIER JR., os tipos normativos abertos ainda que com consequências determinadas estariam inseridos na noção de cláusula geral.<sup>270</sup> Entretanto, Autores como BARROSO, sustentam que as cláusulas gerais abarcariam conceitos jurídicos indeterminados e princípios:

*“A rigor, a expressão cláusula geral designa o gênero, do qual são espécies os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. Conceito jurídico indeterminado identifica um signo semântico ou técnico, cujo sentido concreto será fixado no exame do problema*

---

<sup>267</sup> MARTINS-COSTA, Judith – *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. ISBN 8520317960, p. 303.

<sup>268</sup> DIDIER JR, Fredie [et al.] – *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. Vol. 5, p. 100.

<sup>269</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi – *O dever de fundamentação das decisões judiciais no novo código de processo civil brasileiro*. in CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JUNIOR, Herval (Orgs.) - *Os Juizes e o Novo CPC*, Salvador: JusPodivm, 2017, p. 265.

<sup>270</sup> MARQUES, Cláudia Lima *apud* DIDIER JR., Fredie – Cláusulas gerais processuais. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza: Unichristus. ISSN 1806-0420. Vol. 8, n.º 12 (2010), p. 127.

*específico levado ao intérprete ou aplicador do Direito. Princípio, por sua vez, traz em si uma ideia de valor, um conteúdo axiológico”.*<sup>271</sup>

NERY JUNIOR e ANDRADE NERY salientam que uma mesma expressão abstrata pode assumir diferentes feições conforme sua funcionalidade no sistema jurídico, à exemplo da boa-fé, que pode ser tomada como princípio geral do direito, conceito indeterminado e cláusula geral processual<sup>272</sup> (isto ocorre porque um mesmo enunciado normativo pode encerrar mais de uma norma jurídica).

É possível identificar diversos outros exemplos de cláusula geral processual, mas o mais paradigmático de todos é o devido processo legal. Segundo MARINONI [et al.] *“o direito ao processo justo constitui cláusula geral - a norma prevê um termo indeterminado no seu suporte fático e não comina consequências jurídicas à sua violação”.*<sup>273</sup>

É muito importante frisar que o poder de valoração concreta de conceitos jurídicos indeterminados, gênero do qual são espécie as cláusulas gerais, não se confunde com poder discricionário, embora tenham em comum *“a impossibilidade de o Direito, em múltiplas situações, antecipar todas as hipóteses de incidência da norma e disciplinar em detalhe a conduta a ser seguida”*<sup>274</sup>, pelo que adviria a necessidade de delegação de *“(…)parte da competência de formulação da norma ao intérprete e aplicador”.*<sup>275</sup> Quanto às distinções, pedimos vênias para transcrever as lições de BARROSO:

*“Atribuir sentido a um conceito jurídico indeterminado envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos*

---

<sup>271</sup>BARROSO, Luís Roberto – *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. op. cit.*, p. 351.

<sup>272</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed. em ebook baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1225-1226.

<sup>273</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 154.

<sup>274</sup> BARROSO, Luís Roberto – *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. op. cit.*, p. 312

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 312.

*externos ao Direito. Já o exercício de competência discricionária compreende a formulação de juízos de conveniência e oportunidade, caracterizando uma liberdade de escolha dentro do círculo pré-traçado pela norma de delegação”.*<sup>276</sup>

Extraí-se ser este o caso dos poderes previstos no Art. 139, IV, do NCPC, pois não há, de antemão, uma delimitação de situações passíveis de sua atuação, nem como dar-se-á a incidência deste poder executivo.

A vantagem da utilização desta técnica legislativa é que, pela maior maleabilidade do texto normativo, é possível moldar sua incidência a situações diversas, e sua interpretação e concretização responderá de maneira mais adequada às necessidades de uma determinada situação concreta ocorrida em um dado período histórico, revelando por esta razão uma aptidão maior a responder às mudanças sociais, sem que haja necessidade de reforma do texto. Ou seja, a norma concreta (resultado da interpretação) tem um maior espaço de construção conforme o contexto, sem necessidade de alteração legislativa. Conforme já adiantamos ao mencionar as lições de BARROSO, algumas variáveis irão pautar e limitar esta atuação técnica do operador do direito com base em cláusulas gerais.

DIDIER JR. [et al.]<sup>277</sup> e THEODORO JÚNIOR<sup>278</sup> sustentam que este crescente emprego de cláusulas gerais e conceitos indeterminados representaria uma aproximação do sistema de *civil law*, tradicionalmente seguido no Brasil, ao sistema de *common law*. Dizem isto, por enxergarem que as cláusulas gerais e outras normas abertas reforçam a importância da jurisprudência na delimitação do sentido e alcance destas espécies normativas, a ser conjugada com a previsão de um sistema de observância obrigatória de certos precedentes, o que já vem acontecendo em certa medida no ordenamento jurídico Brasileiro (vide as súmulas vinculantes, e o regime de

---

<sup>276</sup> BARROSO, Luís Roberto – *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. op. cit.*, p. 313.

<sup>277</sup> DIDIER JR., Fredie [et al.] – *Curso de Direito Processual Civil: Execução. op. cit.*, pp. 102-103.

<sup>278</sup> Cfr., neste sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto – *Curso de Direito Processual Civil. 50ª ed., rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: Forense, 2017, Vol. III, p. 974. “*Em face de semelhante postura legislativa, é natural que caiba à jurisprudência, na sua força criativa complementar, estabelecer na sequência das demandas julgadas o melhor e mais adequado entendimento acerca da inteligência da cláusula geral e dos limites necessários de sua interpretação, bem como de seus efeitos práticos, diante de cada caso.*”

repercussão geral atribuído aos recursos especiais e extraordinários endereçados aos Tribunais Superiores - STJ e STF, respectivamente).

Esta uniformização interpretativa tende a funcionar como limitador da atividade concretizadora do juiz na aplicação das cláusulas gerais, conferindo maior previsibilidade e segurança às partes envolvidas no processo.

A opção por esta técnica legislativa, em especial no campo da execução, surge como um alento aos que esperam alguma efetividade da prestação jurisdicional, e é fruto da tardia constatação por parte do legislador de que o uso de cláusulas herméticas (regras), a pretexto de conferir maior previsibilidade e segurança, acaba por deixar de mãos atadas o juiz no cumprimento de seu mister de prestar eficientemente a jurisdição. Conforme temos apontado ao longo deste trabalho, há parâmetros para o exercício legítimo e equilibrado dos poderes gerais de efetivação pelo juiz, bem como mecanismos de controle cada vez maiores dos atos jurisdicionais, quer através de impugnação pelas partes, quer através da vinculação a precedentes obrigatórios.

Isto caminha lado a lado com as disposições insertas no Art. 489, II e V do NCPC, que, ao tratar da fundamentação das decisões judiciais, vedam, respectivamente, o julgador de *“empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”*, bem como *“se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”*.

Essas cláusulas gerais atributivas de poderes executivos amplos aos juizes já se encontravam presentes desde as reformas empreendidas no Código de Processo Civil anterior, concernentes à efetivação das prestações de fazer, não fazer e entregar coisa diversa de dinheiro. O que se procedeu com o Art. 139, IV, do NPC foi a extensão à atividade executiva em geral, para abranger as prestações pecuniárias.

Por isso, há quem sustente que bastaria o poder previsto no Art. 139, IV, do NCPC para regular a efetivação de todas as decisões judiciais não autossuficientes,<sup>279</sup> não tendo sido despropositada a inserção da norma topologicamente na parte geral do código.

Não é de mais lembrar que, para a corrente doutrinária que sustenta estar autorizado o juiz a adotar desde logo todas as medidas executivas idôneas à efetivação do direito do exequente, qualquer que seja a sua natureza, capitaneada por doutrinadores como MARINONI [*et al.*], e GUERRA, a própria Constituição autorizaria esta atuação por parte do órgão jurisdicional, para promover o direito fundamental à efetividade da tutela executiva, cujos fundamentos no Direito Constitucional Positivo Brasileiro podem ser retirados da própria consagração do Estado Democrático de Direito, acesso à justiça, e devido processo legal. Sob a égide do Código de Processo Civil revogado, quando não havia alusão expressa a meios atípicos para efetivação das prestações pecuniárias, o fundamento constitucional de sua aplicação a estas prestações poderia ser retirado também do princípio da isonomia, por esta corrente doutrinária sustentar ser incabível o tratamento discriminatório a quem promove esta espécie de execução, em relação aos que executam prestações de outra natureza.

Como vimos, não foi este o entendimento que prevaleceu, eis que para corrente majoritária, que tem entre seus representantes doutrinadores como DIDIER, BUENO e MEDINA, e teve adesão do FPPC e da ENFAM, haveria um regime executivo desde o início atípico para efetivação das prestações não pecuniárias, e subsidiariamente atípico quando se tratar de execução por quantia, com base no Art. 139, IV, do NCPC.

Podemos destacar a presença no NCPC dos seguintes dispositivos veiculando cláusulas gerais executivas (*in omissis*, grifos nossos):

## EXECUÇÃO EM GERAL

*Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:*

---

<sup>279</sup> “Por isso, é fundamental perceber a importância do art. 139, IV, do CPC, para o sistema de tutela dos direitos. Adequadamente interpretado o preceito, nota-se que ele deve exercer verdadeira cláusula de encerramento do sistema. É ele que deve presidir todo o sistema de efetivação das decisões judiciais, dotando o juiz de poderes amplos para a imposição de suas ordens”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. op. cit.*, p. 622.

(...)

*IV- determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.*

#### TUTELA PROVISÓRIA

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

#### EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

*Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:*

(...)

*Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.*

*Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver.*

*Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas,*



mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

#### EFETIVAÇÃO DE PRESTAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER, E ENTREGAR COISA

*Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.*

*§ 1o Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.*

*Art. 538. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.*

*(...)*

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

#### EFETIVAÇÃO DE REQUISIÇÃO JUDICIAL DE ENTREGA DE DOCUMENTOS OU DADOS

*Art. 773. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados.*

Segundo ABELHA, “aquilo que o legislador denomina de ‘medidas necessárias à satisfação do exequente’ nada mais são do que os meios executivos, sub-rogatórios ou coercitivos, que poderão ser utilizados pelo magistrado para realizar a satisfação da tutela (específica ou o resultado prático equivalente)”.<sup>280</sup>

Este tipo de formulação normativa verificada atualmente em diversos dispositivos concernentes ao cumprimento das decisões judiciais levou a doutrina a se referir genericamente à existência de cláusulas gerais executivas. A finalidade não é outra, senão permitir uma maior maleabilidade na forma de prestar a tutela executiva, visto que “quanto mais o legislador valer-se de formas abertas, sem conteúdo jurídico definido, maior será a possibilidade de o juiz adaptá-la ao caso concreto”.<sup>281</sup>

A *contrario sensu*, tem-se que o uso de cláusulas herméticas, como as regras, e a previsão exclusiva de medidas típicas para promover a execução terá dificuldades de responder à dinamicidade do mundo dos fatos, deixando sem resposta adequada um sem número de exequentes, como já vinha ocorrendo na realidade brasileira, contribuindo para fomentar no inconsciente coletivo a ideia de que o direito de ação é algo meramente formal, já que na prática o sujeito “ganha mas não leva”. Por isso, era necessário outorgar ao juiz o poder de, ao menos em caráter subsidiário, poder fazer uso de cláusulas abertas para tentar, à luz das circunstâncias do caso concreto, adotar a medida que se revele mais adequada, necessária e estritamente proporcional, para efetivar a prestação devida.

### **6.3. Poder geral de efetivação e a determinação ou modificação das medidas executivas *ex officio* pelo juiz**

A escolha do meio executivo a ser utilizado se insere no poder-dever do juiz em promover uma execução eficiente e equilibrada, que realize ao máximo o direito certificado no título, com

---

<sup>280</sup> ABELHA, Marcelo – *Manual de Direito Processual Civil. op. cit.*, p. 711.

<sup>281</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos – *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. ISBN 978-85-392-0025-1, p. 110.

um mínimo de dispêndio de tempo e recursos, e, na medida do possível, sacrifique o mínimo necessário o executado.

Foi o que vimos quando da análise do princípio da menor onerosidade, tal como previsto no Art. 805 do NCCP. Segundo MARINONI [*et al.*], não se aplica o princípio da congruência em relação à forma como se proceder à execução, pois o meio executivo não se encontra abrangido pelo pedido da parte (salvo exceções adiante analisadas), de sorte que cabe sempre ao juiz ordenar a medida que julgue mais efetiva, escolhendo, no concurso de medidas com semelhante grau de efetividade, aquela que menos onere o devedor.<sup>282</sup>

Decorre deste poder geral executivo que a atuação do julgador independe da provocação das partes e não está adstrita à eventual providência indicada ou requerida por estas, exceto quando a lei assim exigir. Logo, não caberia a atuação *ex officio*, quando a providência exigir requerimento da parte, que é, exemplificativamente, o que ocorre no caso da prisão em execução de alimentos,<sup>283</sup> que depende de requerimento expresso do exequente neste sentido. Encontra-se ainda outro exemplo na bastante criticável exigência de requerimento expresso do exequente para que o juiz proceda à chamada penhora “*on line*”, consistente na emissão de ordem de indisponibilidade de ativos financeiros existentes em nome do executado, por meio de sistema eletrônico, até o limite necessário à execução.<sup>284 285 286</sup>

---

<sup>282</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 683.

<sup>283</sup> Art. 528 do NCCP: “No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo”. (grifo nosso).

<sup>284</sup> Art. 854 do NCCP: “Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução”. (grifo nosso).

<sup>285</sup> ABELHA é um dos autores que criticam veementemente a redação do Art. 854 do NCCP: “O legislador perdeu excelente oportunidade de retirar a expressão a requerimento do exequente constante do dispositivo revogado. Foi mantida a expressão e em nosso sentir esta é uma posição de retrocesso tendo em vista que o dinheiro é o primeiro bem na ordem preferencial da execução por quantia (art. 835, I) e esta é a forma típica de se proceder a penhora de ativos financeiros do executado, já que a instituição financeira é o local onde se depositam os referidos valores”. ABELHA, Marcelo – *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 962.

<sup>286</sup> Aqui impende registrar que, à semelhança do que ocorre no Brasil, tratou o legislador português de estabelecer mecanismos de comunicação por meio eletrônico de ordens com vistas à realização da penhora de depósitos bancários (Art. 780.º do CPCPt). O grande diferencial é que tais atos não se encontram sob reserva de jurisdição, sendo o procedimento realizado pelo agente de execução, que tem poderes para movimentar as quantias bloqueadas, e comunicar às instituições de crédito a penhora dos saldos existentes no montante necessário à satisfação do crédito

Como corolário desta independência do julgador na escolha da medida executiva adequada à tutela do direito, tem-se a não incidência do princípio da congruência neste tocante também quando se tratar de medidas de efetivação determinadas na sentença (como ocorreria no caso das chamadas sentenças executivas *lato sensu* e mandamentais, para os que fazem distinção destas categorias relativamente às sentenças condenatórias, com as ressalvas já feitas anteriormente).

A corroborar tal entendimento, tem-se o enunciado n.º 396 do FPPC, cujo teor é o seguinte:

*"As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício. observado o art. 8.º".<sup>287</sup>*

Extrai-se ainda do poder geral de efetivação, a capacidade de modificação posterior da medida já determinada, para adequá-la à realidade, como ocorre no caso da multa coercitiva, quando esta se revele insuficiente ou excessivamente onerosa, podendo o juiz modular tanto o valor quanto a periodicidade de sua incidência. Ou seja, procede-se à adaptação da medida aos ditames da proporcionalidade e razoabilidade.

Note-se que a iniciativa judicial na determinação ou modificação da forma de execução, não dispensa a oitiva das partes, exceto quando possa comprometer a efetividade da ordem judicial, pois, como se asseverou, o modelo de processo civil vigente é cooperativo, e, sempre que possível, deve ser assegurada a participação de todos os sujeitos processuais na construção da decisão.

O uso de outro meio executivo pressupõe, em suma, a constatação da inefetividade total ou parcial do meio antigo, de forma que, no exercício do poder que lhe cabe, deve o juiz,

---

exequendo. Em não havendo a dedução de oposição pelo executado no prazo legal, ou sendo esta julgada improcedente (ato de competência do juiz), procede-se ao pagamento do exequente, com entrega do que foi penhorado, deduzidas as despesas processuais.

<sup>287</sup> Evidentemente deve ser observado não só o Art. 8.º, como outras normas gerais do processo civil aqui examinadas, e as disposições contidas na Constituição, notadamente o direito ao contraditório.

justificadamente, indicar outro adequado a substituir ou reforçar o anterior, e promover a efetiva tutela do direito.

Por fim, conforme já tivemos a oportunidade de salientar, ainda que haja a indicação de medida executiva na sentença de mérito, não fica o julgador adstrito ao que foi determinado no ato jurisdicional, podendo optar por outro meio executivo diante da superveniente inadequação ou insuficiência do anteriormente previsto (ou mesmo excessividade, como visto alhures, ocasião em que tem lugar o Art. 805 do NCPC), sem que se possa falar em ofensa à coisa julgada, pois “*a necessidade de novo meio executivo, diverso do já fixado, não altera a natureza da sentença*”.<sup>288</sup>

## **7. Atipicidade dos meios executivos e a execução fundada em títulos extrajudiciais**

A tutela jurisdicional executiva pode ser prestada por via de um processo autônomo destinado exclusivamente à atuação da norma concreta, ou constituir apenas uma fase complementar de uma relação jurídico-processual que agrega as funções de declarar e atuar a norma concreta.<sup>289</sup> ABELHA observa que o módulo executivo, quer seja uma etapa de um processo de conhecimento, quer seja um processo autônomo, “*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*”<sup>290</sup> (*nulla executio sine titulo*).

Título executivo, segundo BUENO, “*deve ser compreendido como documento que atesta a existência de obrigação certa, líquida e exigível e que autoriza o início da prática de atos jurisdicionais executivos*”;<sup>291</sup> estando tais atributos descritos no Art. 783 do NCPC. Quem atribui esta aptidão a determinados documentos para deflagrar um processo de execução é a lei (*nulla titullus sine lege*), quer seja o NCPC, que elenca os títulos executivos extrajudiciais no Art. 784, quer sejam leis especiais.

---

<sup>288</sup> MARINONI, Luiz Guilherme - As novas sentenças e os poderes do juiz para prestação da tutela jurisdicional efetiva. *op. cit.*

<sup>289</sup> ABELHA, Marcelo – *Manual de Execução Civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70.

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>291</sup> BUENO, Cassio Scarpinella – *Manual de Direito Processual Civil*. *op. cit.*, p. 477.

MARINONI [et al.] afastam a incidência do regime da atipicidade dos meios executivos para as execuções pecuniárias fundadas em título extrajudicial, aplicando o Art. 139, IV, do NCPC quando estritamente se tratar de decisão judicial. Assim discorrem quanto aos títulos extrajudiciais:

*“são documentos particulares, formados, às vezes, unilateralmente. Não há nenhuma prévia intervenção estatal em sua formação, nem se deu aos envolvidos a oportunidade de serem previamente ouvidos pelo Judiciário. Por isso se justifica tratamento mais cauteloso dado a esses títulos. O Código opta, então, por atribuir a esses títulos um modelo típico de execução, permitindo que ela se faça, apenas, por sub-rogação. Não se aplica aqui o art. 139, IV, do CPC, mesmo porque não há “ordem judicial” a ser realizada. Há apenas um documento, que, por imposição legal, espelha a existência de uma obrigação e que, portanto, deve em princípio gerar a presunção da existência do direito; é essa a circunstância que autoriza que se tomem medidas de invasão do patrimônio do suposto devedor desde logo, sem prévio contraditório ou direito de defesa ao executado. Todavia, isso não deve gerar a conclusão de que se devam equiparar as técnicas executivas oferecidas a sentenças e a esses documentos”.*<sup>292</sup>

MEDINA adota entendimento semelhante, mitigando a aplicação de medidas atípicas nas execuções fundadas em títulos extrajudiciais. Para o Autor, a incidência do regime de atipicidade estaria condicionada a terem sido opostos e julgados embargos à execução, ocasião em que se abriria a possibilidade de aplicação do Art. 139, IV do NCPC, pois assim teria havido prévio pronunciamento judicial quanto à obrigação contida no título.<sup>293</sup>

---

<sup>292</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel - *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 3ª ed. em ebook baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7173-2. Vol. 3, p. 52.

<sup>293</sup> Cfr., neste sentido, MEDINA, José Miguel Garcia – *Execução. op. cit.*, n.p.

A questão que se coloca é se essa ausência de atividade processual cognitiva na formação do título é motivo razoável para se afastar ou condicionar a forma de se proceder à execução.

Ora, quando lei confere eficácia executiva a certos títulos, tem razões bastantes para fazê-lo, pois considera “(...) que neles já se acha contida a norma jurídica disciplinadora das relações entre as partes, com suficiente certeza para que o credor se tenha por habilitado a pleitear, desde logo, a realização dos atos materiais tendentes a efetivá-la”.<sup>294</sup>

Ou seja, o caminho a ser percorrido pelo titular do direito representado no título em obter sua satisfação é simplificado, por ser desnecessário um prévio acerto judicial. A Lei confere tal aptidão a certos documentos por serem fortemente representativos da existência do direito, normalmente de cunho obrigacional, obrigação esta exigível e inadimplida pelo devedor, a justificar a busca da via judicial para tutela executiva do direito.

Não obstante a dispensa da tutela declarativa, o caminho do credor costuma ser igualmente tortuoso. Além de ter havido provável tentativa do legitimado pelo título em receber extrajudicialmente seu crédito, bem como notificações e protestos do título em que se funda a execução, antes de se chegar à realização de atos materiais (a princípio sub-rogatórios no caso de prestação pecuniária), há que se notar que o executado será citado, e terá mais uma vez a oportunidade de cumprir a prestação devida, no prazo de três dias quando se tratar de execução por quantia certa (Art. 827, §1º do NCPC).

As inovações trazidas pelo NCPC à execução em geral, dentre as quais se destaca a cláusula geral executiva prevista no Art. 139, IV, buscaram restabelecer o equilíbrio necessário entre segurança e efetividade, permitindo ao juiz, conforme necessário, fortalecer a posição do exequente, que depois de percorrer um longo caminho, tem a possibilidade de satisfação de seu direito.

O entendimento mais restrito propugnado por MARINONI [et al.] quanto às execuções fundadas em títulos extrajudiciais contrasta com a ampla e imediata incidência de medidas atípicas nas execuções de decisões judiciais, proposta pelos autores. Soa-nos compreensível esta maior

---

<sup>294</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa – *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 223.

cautela por conta do elastério dado pelos referidos Doutrinadores ao regime da atipicidade executiva,<sup>295</sup> mas não nos parece o mais adequado, pelas mesmas razões por estes expostas para justificar o não cabimento de tratamento diferenciado àquele que pretende dar cumprimento à obrigação de pagar quantia.

Como visto, MARINONI [*et al.*] afirmam que seria inconstitucional dispensar tratamento inferior a quem pretende executar prestação pecuniária, relativamente aos exequentes de obrigação de fazer, não fazer, ou entregar coisa diversa de dinheiro, nas quais incidiria um regime atípico *prima facie*, independente do disposto no Art. 139, IV, do NCPC, uma vez que a todos é conferido o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Ocorre que a redação dos dispositivos que regulam a execução de títulos extrajudiciais concernentes às obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa diversa de dinheiro, conduzem à mesma abertura quanto às medidas executivas atípicas, de modo que não haveria motivo razoável para o tratamento diferenciado daquele que pretende executar título extrajudicial contendo prestação pecuniária.

Além disso, observada a aplicação subsidiária da atipicidade executiva quando se tratar de prestação pecuniária, conforme defendido anteriormente, bem como o direito ao contraditório, oportunizando a manifestação do executado antes de ser determinada a medida atípica, restam mitigados os receios apontados pelos Doutrinadores que restringem a incidência da norma ao cumprimento de decisões judiciais proferidas em processo de conhecimento.

Parece-nos indubitosa a incidência da cláusula geral de efetivação também nas execuções fundadas em títulos extrajudiciais, por aplicação do disposto no Art. 771, *caput*, e parágrafo único, do NCPC, que estabelece um diálogo permanente entre o processo autônomo de execução (aplicável aos títulos extrajudiciais), e o cumprimento de sentença (processo sincrético).<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> Como visto, os autores sustentam que o juiz poderia determinar de plano a execução por meios atípicos, se julgar ser esta a forma mais adequada e eficaz à tutela do direito, mesmo quando se tratar de pagamento de quantia, para o qual há procedimento sub-rogatório previsto em no Código de Processo Civil.

<sup>296</sup> Art. 771 do NCPC: “Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como



ABELHA demonstra a incongruência que representaria dar maior efetividade, por exemplo, à execução específica de tutela provisória, do que à execução definitiva fundada em título extrajudicial:

*“Tratando-se de títulos extrajudiciais para execução específica, acredita-se que, embora sem previsão expressa, também se impõe o referido princípio pela simples aplicação subsidiária das regras do Livro I ao Livro II da parte especial do CPC naquilo que não for incompatível com o tema (art. 771). Tal interpretação parece ser a mais justa e evitará, por exemplo, que a tutela executiva de uma liminar (título judicial provisório) seja mais efetiva que a realizada em um título executivo extrajudicial (definitivo), o que seria uma incongruência”.*<sup>297</sup>

A aplicação indistinta do Art. 139, IV, do NCPC a todos os títulos executivos é a orientação que tem prevalecido entre os juízes e demais operadores do direito, e está expressa no Enunciado n.º 48 da ENFAM<sup>298</sup> e no Enunciado n.º 12 do FPPC,<sup>299</sup> que ora trazemos à colação, com os destaques necessários:

*“ENUNCIADO n.º 48 – ENFAM*

*O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença **e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.**” (grifo nosso).*

---

*aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva. Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial”.*

<sup>297</sup> ABELHA, Marcelo – *Manual de Execução Civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 99-100.

<sup>298</sup> Disponível em WWW:<URL:https://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>.

<sup>299</sup> Disponível em WWW:<URL:https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>.

*“ENUNCIADO n.º 12 – FPPC*

*A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença **ou execução de título executivo extrajudicial**. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”. (grifo nosso).*

Neste ponto, são mais uma vez valiosas as lições de GUERRA, quanto à necessidade de tratamento uniforme a todo aquele que necessite da tutela executiva, estando autorizado o julgador à adotar as medidas adequadas e necessárias à integral tutela executiva (aqui ressalvado o nosso entendimento quanto à subsidiariedade, no quadro normativo atual, da incidência de medidas atípicas à execução por quantia). Com efeito, admite-se, segundo o Autor, a adoção de medidas atípicas independente da natureza da prestação (fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia), da formação do título executivo (judicial ou extrajudicial), ou do modelo estrutural adotado pelo legislador para o módulo processual executivo (processo executivo autônomo, ou fase executiva de processo sincrético).<sup>300</sup>

---

<sup>300</sup> GUERRA, Marcelo Lima - *op. cit.*, p. 105.

## **8. As aguardadas manifestações dos Tribunais Superiores Brasileiros quanto à aplicação de medidas atípicas na execução por quantia**

### **8.1. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça - Recurso em Habeas Corpus nº 97.876 - SP**

O STJ, por sua 4ª Turma, em recente Acórdão relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, nos autos do RHC nº 97.876 - SP (2018/0104023-6),<sup>301</sup> manifestou-se de forma abrangente, pela primeira vez (os julgados anteriores não apreciavam o mérito do *Habeas Corpus*), acerca da aplicação de medidas atípicas na execução por quantia. Cuidava-se de RHC interposto contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, ao não conhecer de *Habeas Corpus*, por entender inadequada a via eleita, acabou por manter as medidas decretadas pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré - SP, que, nos autos de execução de título extrajudicial proposta por uma instituição de ensino, deferiu os pedidos de suspensão do passaporte e da CNH do executado, ou seja, o direito de dirigir veículos automotores, até a liquidação da dívida no valor de R\$ 16.859,10 (dezesesseis mil oitocentos e cinquenta e nove reais e dez centavos).

Cumprе assinalar que, no ordenamento jurídico brasileiro, o STJ tem por função primordial uniformizar a interpretação da Lei Federal, lhe cabendo ainda, nos termos do Art. 105, II, “a”, da CRFB/88, julgar, em recurso ordinário, “*os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória*”. Este foi o caso do Acórdão em análise, que restou assim ementado:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM.*

---

<sup>301</sup> STJ, 4ª Turma – RHC nº 97876 SP (2018/0104023-6), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 05.06.2018, DJe 09.08.2018, inteiro teor disponível para consulta em [WWW:<URL:https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201801040236&dt\\_publicacao=09/08/2018>](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801040236&dt_publicacao=09/08/2018).

*SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO. 1. O habeas corpus é instrumento de previsão constitucional vocacionado à tutela da liberdade de locomoção, de utilização excepcional, orientado para o enfrentamento das hipóteses em que se vislumbra manifesta ilegalidade ou abuso nas decisões judiciais. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o habeas corpus via processual adequada para essa análise. 3. O CPC de 2015, em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou o ordenamento jurídico com a previsão, em seu art. 139, IV, de medidas executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda, inclusive as de pagar quantia certa. 4. As modernas regras de processo, no entanto, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. 5. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica. 6. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual. 7. A adoção de medidas de incursão na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal e à medida em*

que não se justificar em defesa de outro direito fundamental. 8. A liberdade de locomoção é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça, compreendendo todas as possíveis manifestações da liberdade de ir e vir. 9. Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária. 10. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na 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. 11. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do habeas corpus, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza. 12. Recurso ordinário parcialmente conhecido. (STJ - RHC: 97876 SP 2018/0104023-6, Rel. Min. LUIS FELIPE

*SALOMÃO, Data de Julgamento: 05.06.2018, T4 - QUARTA TURMA,  
Data de Publicação: DJe 09.08.2018)*

Analisando a íntegra do voto proferido, tem-se que, no caso específico, o Relator entendeu desproporcional a suspensão do passaporte do executado, por implicar indevida violação à liberdade ambulatorial, mas manteve a suspensão da CNH, por entender que não impede a locomoção do executado, apenas condicionando-o que não o faça na direção de veículos automotores, o que conduz à inadequação do *Habeas Corpus* para controle jurisdicional desta medida (o *writ* nesta parte não foi conhecido). Na *ratio decidendi*, frisou o relator que, na hipótese trazida ao exame da Corte, a medida se revelara não proporcional, mas que, em tese, poderia ser admissível, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Asseverou o relator: *“A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência”*.<sup>302</sup>

Pelo que ainda foi possível extrair do voto do relator, especificamente ao descrever a decisão do juízo da execução, não houve oitiva prévia do executado, ou qualquer preocupação em oferecer uma fundamentação mínima à ordem de suspensão da CNH e passaporte, se limitando o julgador a prolatar despacho do tipo *“defiro conforme requerido às fls.”*, o que torna realmente de difícil sustentação o ato apontado, no que diz respeito aos elementos intrínsecos imprescindíveis à decisão judicial desta natureza (Art. 489, do NCPC), que deverá conter fundamentação adequada, conforme aqui sustentamos. É o que deixa claro a seguinte passagem do voto condutor: *“Nesse passo, cumpre ressaltar que, no caso dos autos, não foi observado o contraditório no ponto, nem tampouco a decisão que implementou a medida executiva atípica apresentou qualquer fundamentação à grave restrição de direito do executado”*.<sup>303</sup>

Caberia, assim, ao juiz, ao determinar a suspensão da carta de condução ou do passaporte, medidas evidentemente coercitivas e atípicas, demonstrar concretamente, no mínimo, por que estas se justificariam. Apontar, por exemplo, se havia indícios de ocultação patrimonial, se o executado era visto rotineiramente viajando ao exterior, dirigindo veículos automotores, e em

---

<sup>302</sup> Vide inteiro teor do Acórdão. Cfr. nota anterior.

<sup>303</sup> Vide nota anterior.

que medida poderiam as providências efetivamente contribuir para compelir o executado ao adimplemento (ou seja, a instrumentalidade destas). Não tendo procedido desta forma, as medidas acabam se transfigurando em mecanismos de punição ao devedor, o que não é admissível.

Dadas estas circunstâncias, reputou, o Tribunal, inadmissível na espécie, a restrição ao direito de ir e vir do paciente, consagrado no Art. 5º, XV, da CRFB/88, a abranger o direito de sair, permanecer, ou regressar ao território nacional, independente do meio utilizado, visto que a aplicação de medidas atípicas não poderia alcançar de forma desarrazoada a liberdade pessoal do devedor. Manteve-se a suspensão da CNH tão somente por não ser o *Habeas Corpus* a via adequada à impugnação da medida, segundo entendimento consolidado do STJ.

De toda sorte, o STJ, ao julgar o recurso para conhecer em parte do pedido, e, nesta parte, conceder a ordem, acabou por firmar posicionamento acerca da aplicação do Art. 139, IV, do NCPC, conforme emerge do voto do relator, no qual restaram consignados alguns aspectos aqui destacados, como o caráter subsidiário da atipicidade nas execuções por quantia, terem sido admitidas medidas atípicas em execução fundada em título extrajudicial, ser imprescindível a observância do contraditório, e necessário o exame da proporcionalidade e da razoabilidade para aferir a validade da providência adotada no caso concreto, de modo a não se poder descartar de forma geral e abstrata as medidas tomadas pelo juízo de origem.

## **8.2. Controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, do Art. 139, IV do NCPC (ADI nº 5941)**

Foi ajuizada pelo Partido do Trabalhadores - PT, junto ao STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de suspensão liminar de eficácia de norma, em inicial autuada

sob o nº 5941 (ADI), na data 11.05.2018, distribuída por sorteio ao Min. Luiz Fux, relator do processo.<sup>304 305</sup>

Pretende o autor, em síntese, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil em vigor, notadamente seu Art. 139, IV, por alegados vícios de inconstitucionalidade decorrentes da interpretação judicial do aludido dispositivo.

Conforme assinalam DIDIER JR., OLIVEIRA e BRAGA, com suporte em abalizada doutrina, “(...) *texto e norma não se confundem. A norma é o sentido que, mediante interpretação, se extrai do texto (GUASTINI, 2005, p. 23-24; ALEXI, 2008, p. 53-54; BOBBIO, 2008, p. 73-74; ÁVILA, 2005, p. 22). Portanto, o texto (dispositivo) legal é o objeto da interpretação; a norma, o resultado*”.<sup>306</sup>

A finalidade da ADI proposta é justamente expungir do ordenamento determinadas interpretações do enunciado normativo descrito no Art. 139, IV, do NCPC, ou seja, o resultado do processo hermenêutico, a norma concreta a ser criada pelo juiz, consistente, *in casu*, na formulação de medida executiva atípica.

A respeito da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, leciona BARROSO, que “*a técnica consiste, precisamente, na pronúncia de invalidade de uma das normas que podia ser deduzida de determinado enunciado normativo, o qual permanece inalterado em sua textualidade*”.<sup>307</sup> Em outras palavras, exclui-se uma ou mais interpretações possíveis de um dado texto normativo, por não serem compatíveis com a Constituição. Não há modificação do texto, mas restrição à formulação de determinada norma concreta.

---

<sup>304</sup> Cfr. Notícia e íntegra da petição inicial disponíveis para consulta em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI279971,101048-PT+pede+inconstitucionalidade+de+medidas+executorias+como+suspensao>>, [Consult. 20 jul. 2018].

<sup>305</sup> Cfr. Andamento processual, que pode ser acompanhado em WWW:<[URL:http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217](http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217)>, [Consult. 15 ago. 2018].

<sup>306</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.) – *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 793-794.

<sup>307</sup> BARROSO, Luís Roberto - *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. op. cit.*, p.232.



Diz, o Partido dos Trabalhadores, na inicial, resumidamente, que ainda que se admita que o Art. 139, IV, do NCPD veicula a atipicidade dos atos executivos, com vistas a alcançar uma maior efetividade da prestação jurisdicional, não se pode admitir leituras que autorizem atos executivos que afrontem a Constituição Federal. Traz à colação textos doutrinários a sugerir a possibilidade de determinação de medidas como apreensão de CNH e/ou suspensão do direito de dirigir, e apreensão de passaporte de devedores, bem como decisão judicial em que teriam sido adotadas as aludidas providências, que, alegadamente, seriam inconstitucionais por violarem a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da CRFB/88), e o direito de ir e vir (Art. 5º, XV, da CRFB/88) dos executados. Afirma ainda o caráter de desproporcionalidade e não razoabilidade destas restrições, que atingiriam o núcleo essencial destes direitos fundamentais. Menciona, adiante, também não poderem ser autorizadas interpretações que permitam como atos executivos atípicos, a vedação de participação em concurso ou licitações públicas, por constituir ofensa aos artigos 5º, II; 37, I e XXI; 173, § 3º; e 175, todos da Constituição Federal, à proporcionalidade e vedação ao retrocesso.

Requeru-se a suspensão pelo Relator, em caráter liminar, *ad referendum* do Pleno do STF, da eficácia dos dispositivos apontados como inconstitucionais, e ao final, de forma definitiva, a procedência do pedido para que o STF *“declare a nulidade, sem redução de texto, do inciso IV do artigo 139 da Lei n. 13.105/2015, para declarar inconstitucionais, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias oriundas da aplicação daquele dispositivo, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública”*,<sup>308</sup> e por arrastamento, pelos mesmos fundamentos, *“a nulidade, sem redução de texto, também dos artigos 297, 390, parágrafo único [SIC], 400, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536, caput e § 1º, e 773, todos do CPC, de modo a rechaçar, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias oriundas da aplicação daqueles dispositivos, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública”*.<sup>309</sup>

---

<sup>308</sup> Cfr. petição inicial (vide nota n.º 304).

<sup>309</sup> *Ibidem*.

Como salientamos anteriormente, o Relator, Min. Luiz Fux, se absteve de conceder qualquer medida liminar, determinando a tramitação da ADI sob o rito abreviado previsto no Art. 12 da Lei nº 9.868/99, pela conveniência de que a decisão acerca da constitucionalidade seja tomada em caráter definitivo, tendo asseverado que *“a matéria versada na presente ação direta se reveste de grande relevância, apresentando especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”*.<sup>310</sup>

Neste ponto cabe um parêntesis para analisarmos a viabilidade da pretendida declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, nos moldes requeridos pelo Partido dos Trabalhadores – PT.

Relativamente à adoção de medidas como proibição de contratar com o poder público (participação em licitações) e candidatar-se em concurso público, ao menos nas execuções por quantia, realmente é difícil sustentar que haja alguma razoabilidade no emprego destas. Nos parece ilógico usar medidas coercitivas que irão impactar não só na liberdade individual, como na capacidade do indivíduo ou sociedade empresarial em produzir riquezas. São medidas que irão produzir resultados indesejáveis à própria execução (daí a irrazoabilidade), pois têm o potencial de levar o devedor à real insolvência, acrescido de outros efeitos colaterais, pois o processo não deve promover exclusão social dos indivíduos ou afetar a função social da empresa (geração de emprego e renda, arrecadação de tributos etc.).

O problema é que a ADI não ataca somente a atipicidade executiva nas execuções de prestações de pagar quantia, questionando as cláusulas gerais executivas como um todo. Conforme visto, há autores que admitem até mesmo o uso da prisão como medida coercitiva atípica, evidentemente com todas as ressalvas já aduzidas quanto à excepcionalidade e proporcionalidade da medida, atrelada sempre à efetivação de direitos não patrimoniais, quer sejam individuais, difusos ou coletivos (reitera-se o exemplo do fornecimento de medicamentos, realização de tratamento de saúde, ou cessação de atividades nocivas à integridade e a vida de outrem). Com efeito, se é admissível em tese a restrição mais grave à liberdade individual, não se

---

<sup>310</sup> Cfr. decisão disponível para consulta em WWW:<URL:<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217>>, [Consult. 15 ago. 2018].

pode rechaçar aprioristicamente o emprego de restrições menos graves como as ventiladas na ADI, quando verse a execução sobre direitos não patrimoniais.

Quanto às outras interpretações que se pretende expungir do ordenamento jurídico brasileiro, indaga-se: seria admissível em alguma hipótese medidas como suspensão de CNH, apreensão de passaporte, ainda que em execuções para pagamento de quantia? Se afigura plausível vedar em abstrato quaisquer medidas desta natureza?

Em nosso sentir, a resposta deve ser negativa.

Isto ocorre porque o processo decisório que precede à determinação de uma medida executiva atípica deve-se pautar pela proporcionalidade, a reclamar a aplicação da técnica da ponderação para harmonização dos bens jurídicos em rota de colisão. Como visto, são as nuances da causa que irão determinar que princípio receberá maior peso na espécie, eis que a ponderação ou sopesamento sempre se estabelece no plano concreto.

Não há como abstratamente afastar determinada possibilidade interpretativa do âmbito de escolha do órgão jurisdicional, uma vez que *“(...) é muito difícil estabelecer, a priori, o grau de intensidade das medidas executivas que devem incidir, caso a caso”*.<sup>311</sup> Em outras palavras, somente a análise das particularidades de cada processo judicial permitirá aferir concretamente a proporcionalidade da medida, como bem decidiu o STJ no RHC trazido à colação.

Se não é possível afirmar em plano abstrato que as medidas questionadas serão sempre desproporcionais, por dependerem da análise de elementos fáticos somente verificáveis pelo juízo da execução, não há razão para que se declare a invalidade do ato normativo em si, ainda que sem redução de texto.

Com efeito, a via própria é claramente a da correção das medidas desproporcionais ou desarrazoadas através do controle difuso de constitucionalidade dos atos concretos determinados pelos juízes com base nas cláusulas gerais de efetivação, acessível através dos meios ordinários de impugnação (recursos, *habeas corpus*, etc.), controle este que já vem sendo realizado pelos

---

<sup>311</sup> MEDINA, José Miguel Garcia – *Execução. op. cit.*, n.p.

Tribunais, como ilustra o precedente do STJ anteriormente analisado, e não abstratamente pelo STF em ADI.

Cabe ainda reafirmar com base no Acórdão antes referido que a apreensão da CNH e/ou suspensão do direito de dirigir veículos automotores não constitui violação à liberdade ambulatorial prevista no Art. 5º, XV, da CRFB/88, conforme pacífico entendimento do STJ,<sup>312</sup> não sendo cabível, por conseguinte, sequer a impetração de *Habeas Corpus*.

Assim, rechaça-se o fundamento alegado para suposta inconstitucionalidade da medida atípica apontada. A questão da restrição ao direito cinge-se ao exame da proporcionalidade, somente aferível no caso concreto. Ainda que houvesse restrição ao direito de ir e vir, como reconheceu o STJ ser o caso da suspensão do passaporte, por impedir o executado de deixar o território nacional, não se dispensa o exame da proporcionalidade e razoabilidade do meio executivo, podendo ser admissível, em tese, a restrição imposta.

Pode ser que o executado, por exemplo, necessite do veículo automotor para sua atividade profissional (e.g.: transporte de passageiros, cargas, etc.), situação que desde já se visualiza a flagrante desproporcionalidade da medida. Por outro lado, se afigura inaceitável admitir que não se logre êxito em alcançar quaisquer bens de titularidade do executado para ser empregados na satisfação do crédito exequendo, enquanto o mesmo é visto habitualmente dirigindo veículos de luxo. O mesmo se diga em relação às viagens internacionais, que poderão ter propósitos louváveis, como a realização de tratamento médico, ou mesmo o exercício de atividade laborativa. No entanto, não nos parecerá absurda a adoção da mesma medida num cenário onde o devedor tem contra si uma série de execuções frustradas, enquanto compartilha publicamente imagens em redes sociais desfrutando de viagens internacionais, hotéis de luxo, restaurantes caros e outras frugalidades.

---

<sup>312</sup> Em Acórdão prolatado no final de 2017, HC nº 428.553-SP (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12.12.2017), o STJ reafirma a jurisprudência acerca do não cabimento de Habeas Corpus na hipótese acima, e na oportunidade aproveita para salientar a admissibilidade, em tese, de medidas desta natureza, com fulcro no Art. 139, IV, do NCPD.

Tal entendimento é partilhado por Autores como RODRIGUES,<sup>313</sup> que fornece mais uma plethora de exemplos da incidência proporcional de medidas atípicas com estas características. Em todos os exemplos, é possível identificar a finalidade de promover a eficiência da atividade executiva, mediante restrições a direitos do devedor que, no caso ilustrado, exteriorizam mero deleite ou comodidades.

Isto é um argumento a mais para se rejeitar o controle abstrato de constitucionalidade, pois no processo objetivo não é possível aferir elementos concretos como a má-fé processual do executado, prática de atos atentatórios à dignidade da justiça, descumprimento reiterado de decisões judiciais, indícios de ocultação patrimonial e outros artifícios que o legislador, ainda que muito inspirado, jamais seria capaz de imaginar.

Por isso, reafirmamos que o melhor, senão o único, modelo de revisão da proporcionalidade das medidas que venham ser concretamente estabelecidas é por intermédio do controle difuso de constitucionalidade, pois não há como se antecipar elementos concretos de um vindouro processo judicial, indispensáveis para aferir a proporcionalidade ou não do uso de um determinado meio executivo.

Note-se que mesmo em se tratando de prestação pecuniária, não se pode descartar completamente a possibilidade de alguma restrição à liberdade ambulatorial do executado, desde que preservado o núcleo essencial deste direito, ou seja, não caberia, por exemplo, a prisão civil por dívida (em sentido amplo, compreendida como execução com conteúdo patrimonial), exceto no caso da execução de alimentos, excepcionada pelo próprio texto constitucional.

Colhe-se exemplo interessante na doutrina, no sentido de que, não obstante o objeto da execução seja o recebimento de dinheiro, poderá ser evidenciado nos autos pelo exequente a urgência da execução diante da finalidade mediata da percepção dos valores. É o que ocorreria, por exemplo, quando demonstrada a necessidade premente da quantia devida para custeio de tratamento de saúde, ou mesmo para prover o mínimo existencial para o exequente e

---

<sup>313</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha - *O que fazer quando o executado é um "cafajeste"? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* [Em linha]. Atual. 21 set. 2016. [Consult. 27 maio. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>>.

dependentes, o que justificaria, por exemplo a efetivação atípica de tutela antecipatória (Art. 297 do NCPC), já que a atividade sub-rogatória, além de custosa, poderá demandar tempo.<sup>314 315</sup>

Com isto percebe-se a importância de se observar o contraditório também em sede executiva, ouvindo-se inclusive a parte a quem aproveitaria a medida executiva, sem olvidar o correlato dever de colaboração inerente ao modelo participativo de processo civil, sendo importante não só a consulta aos interessados, como também fazer constar na decisão manifestação quanto aos elementos aportados por estes. É o que preconiza o Art. 489 do NCPC, porquanto indispensável ao contraditório substancial o direito de falar e ser ouvido, ainda que para rejeição do alegado (ressalvado o risco de ineficácia da medida, ocasião em que o contraditório dar-se-á de forma diferida).

Dito isto, ousamos discordar de DIDIER [*et al.*], quando aduzem que a atipicidade executiva da tutela provisória segue, necessariamente, a atipicidade da tutela definitiva.<sup>316</sup> No caso de decisão antecipatória fundada em tutela de urgência, o risco de inefetividade e a relevância do bem jurídico que se pretende tutelar podem ser de tal magnitude que justifique a adoção de meios executivos mais invasivos à esfera jurídica do demandado, mesmo sem sua prévia oitiva. Assim, é possível que seja justificável a execução da tutela provisória através de um determinado meio executivo atípico, e a execução da tutela final de mérito seja promovida por outro meio executivo, que poderá ser até mesmo típico (à guisa de ilustração, seria possível a determinação, em caráter de urgência, de pagamento parcial de seguro acidentário em favor da vítima, executado através de medida coercitiva ou mandamental, e ao final, não havendo cumprimento voluntário da sentença, ser executado o valor remanescente através de meios expropriatórios).

Cabe ainda repisar que, para nós, a subsidiariedade não decorre necessariamente da exigência de prévia utilização de todos os meios típicos disponíveis para execução de uma prestação. Pode ser que, em caráter prospectivo, os meio típicos se revelem claramente

---

<sup>314</sup> ABELHA, Marcelo – *Manual de Direito Processual Civil. op. cit.*, p. 396.

<sup>315</sup> Também admitindo, em tese, em casos de tutela de urgência, o emprego de medida coercitiva atípica para imposição de pagamento de quantia, Cfr. TALAMINI, Eduardo – Poder geral de adoção de medidas executivas atípicas e a execução por quantia certa. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini* [Em linha]. Curitiba. n° 121 (mar. 2017). [Consult. 12 set. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.justen.com.br/informativo>>.

<sup>316</sup> DIDIER JR., Fredie [*et al.*] - *Curso de Direito Processual Civil: Execução. op. cit.*, p. 105.

inadequados ou ineficazes à tutela do direito no caso concreto (como ocorre no exemplo citado da efetivação da tutela de urgência, onde a presença do *periculum in mora* pode não se coadunar com o tempo necessário à prática de atos expropriatórios, justificando-se a opção por coações indiretas, que poderão oferecer respostas mais rápidas e eficazes, na medida do necessário à debelar o risco de lesão ao direito.

Há também situações “limite” não relacionadas necessariamente com a urgência da tutela executiva, mas no comportamento abusivo do devedor, que age de forma contrária à boa-fé processual, e prática atos atentatórios à dignidade da justiça. Independente de se sancionar a prática dos atos ilícitos na forma expressamente prevista na lei processual (neste ponto vige o princípio da tipicidade, não havendo ato ilícito sem lei anterior que o defina, nem sanção sem prévia cominação legal), não se pode esquecer do direito do exequente em obter a satisfação da prestação devida, como se este não fizesse parte do processo.

Com efeito, conforme já ilustrado por parte da doutrina, não nos parece razoável que o exequente tenha esvaziado totalmente seu direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, e necessariamente em tempo razoável, enquanto o executado não “joga conforme as regras”, exteriorizando elevado poder aquisitivo, sem que, na prática, se localizem bens passíveis de penhora e expropriação.

Não é incomum, principalmente na realidade processual brasileira, que se encontrem tais situações de ocultação patrimonial, o que motivou uma série de interessantes artigos doutrinários da lavra de RODRIGUES,<sup>317 318</sup> cujos títulos já deixam claro a postura assumida por certos executados ante ao exequente e ao Poder Judiciário.

A preocupação do aludido Doutrinador nos parece deveras fundada, porquanto o executado não pode (ou ao menos não deveria) tirar proveito da insuficiência dos meios executivos

---

<sup>317</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha – *O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* [Em linha]. Atual. 21 set. 2016. [Consult. 27 maio. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>.

<sup>318</sup> IDEM – *O executado cafajeste II: medida coercitiva como instrumento da medida sub-rogatória* [Em linha]. Atual. 19 out. 2017. [Consult. 27 maio. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267289,31047-O+executado+cafajeste+II+medida+coercitiva+como+instrumento+da+medida>.

típicos, fazendo pouco caso da pessoa do exequente, e colocando em xeque a própria credibilidade do Poder Judiciário.

Há que se pensar em alguma forma de equacionar esta crônica ineficiência na satisfação dos direitos daquele que, possivelmente após ter tido o direito declarado em longo e tortuoso processo, necessita da tutela executiva, com os direitos e garantias fundamentais que protegem o devedor.

A tendência prevalente na doutrina é apontar a excepcionalidade destas medidas e aplicação em casos extremos, e não a todo e qualquer executado. Deve ser voltada preferencialmente para aquele que claramente pode pagar, mas não quer fazê-lo. Por isso é essencial distinguir as situações de real insolvência daquelas em que a mesma é apenas aparente, verificada apenas formalmente no processo, onde nada se encontra em termos patrimoniais, mas que, potencialmente, existe pelo que exterioriza o devedor. Na primeira situação, a execução esbarra em limites práticos (não há bens a serem expropriados), ao passo em que, na segunda hipótese, emerge a inadequação ou insuficiência dos meios executivos (os bens existem, mas não podem ser alcançados). Para estes últimos, as medidas atípicas de execução indireta podem oferecer a resposta esperada.

A respeito do comportamento abusivo de certos devedores e a necessidade de alguma providência judicial para dar uma resposta adequada ao exequente, são bastante ilustrativas as considerações de ABELHA:

*“O tempo foi mostrando que os devedores tornaram-se cada vez mais especializados em burlar os seus credores. Usando carros alugados ou de terceiros, morando em mansões em nome de laranjas [terceiros], fazendo viagens para o exterior e, enfim, ostentando uma vida incompatível com o patrimônio que formalmente não possuíam, havia um paradoxo a ser desvendado. Como poderia o devedor, sem bens penhoráveis, ter uma vida de regalias e recheada de bens supérfluos caros e suntuosos? Certamente que dinheiro ele teria, e estaria usando-o para manter a*



*paradoxal vida de devedor 'quebrado', mas mantendo-se uma aparência absolutamente inversa à sua condição patrimonial".<sup>319</sup>*

Neste ponto, impende registrar que a boa-fé processual conduz à aplicação da teoria da aparência, pois o direito não pode fechar os olhos à realidade, a ser elidida pelo executado na forma do Art. 805, do NCPC. É o que ocorre no quadro ilustrado acima, ou seja, quando o executado ostenta padrão de vida incompatível com a não localização de bens para satisfação do débito, e frustra a execução. Sem prejuízo de sanções pela ocultação patrimonial, devem ser adotadas providências concretas com vistas à satisfação do credor, sendo dada oportunidade ao mesmo de esclarecer a situação paradoxal, e indicar alternativas menos onerosas para satisfação da prestação.

### **9. A instrumentalidade das medidas executivas atípicas na efetivação das prestações pecuniárias, e sua imprescindibilidade no enfrentamento da crise de efetividade da execução**

A medida escolhida pelo magistrado deve guardar instrumentalidade com a prestação devida, contribuindo de forma efetiva para obtenção da tutela pretendida. Assim, não pode a medida se erigir em verdadeira punição ao executado, pois não se confundem com as sanções decorrentes da violação a deveres processuais ligados à cooperação e lealdade, tais como as previstas nos Artigos 77, 80 e 774 do NCPC para a litigância de má-fé e/ou prática de atos atentatórios à dignidade da Justiça. Estas últimas são necessariamente típicas, e exigem prévia cominação legal.

Com efeito, a finalidade das medidas de execução indireta, ainda que especificamente previstas em lei (e.g.: *astreintes* na execução de obrigação de fazer ou não fazer), deve ser sempre a de conduzir o executado ao cumprimento da ordem judicial, diferindo neste ponto de medidas

---

<sup>319</sup> ABELHA, Marcelo – Manual de Direito Processual Civil. *op. cit.*, p. 961.

de caráter punitivo, decorrentes da litigância de má-fé e da prática de atos atentatórios da dignidade da justiça.<sup>320</sup>

Por isso, o fundamento em si da medida não poder ser o de simples revanchismo contra o comportamento do devedor, por mais repulsivo que seja. Há de se perquirir, que vantagens a providência pode realmente trazer ao processo e ao adimplemento da prestação, valendo lembrar que a prestação neste caso envolve o pagamento de dinheiro.

São por estas razões que se afirma que em se tratando de execução por quantia, a utilização de medidas de execução indireta deve se dar em caráter excepcional, pois se o legislador instituiu um procedimento específico para efetivação de prestações pecuniárias através de meios sub-rogatórios, este deve ser prioritariamente observado, salvo se forem ineficazes ou excessivamente onerosos.<sup>321</sup> Esta prioridade de emprego dos meios ordinariamente previstos para efetivar prestações desta natureza, conduz, como vimos, à subsidiariedade das medidas atípicas, a incidir em caso de estrita necessidade, ou seja, sem elas não será possível o recebimento do crédito.<sup>322</sup>

Além disso, o princípio da patrimonialidade da execução,<sup>323</sup> relativizado até certo ponto pela proliferação de técnicas de execução indireta, primazia da tutela específica, e eficiência, justificam em certa medida que, para dar efetividade à prestações de caráter pecuniário, haja uma precedência lógica do roteiro típico penhora-expropriação, por facilitarem a concretização do direito do executado, consistente na entrega de quantia em dinheiro. É possível identificar outrossim que o princípio da eficiência (sob o prisma da economia processual) norteia a ordem preferencial dos bens penhoráveis, com o dinheiro ocupando o primeiro lugar, justamente por exigir menor atividade e dispêndio de recursos estatais, e propiciar maior agilidade na satisfação do exequente, conforme assinala ABELHA, pois “*se o bem singularizado for dinheiro, então o caminho fica mais*

---

<sup>320</sup> GRECO, Leonardo – Coações indiretas na execução pecuniária. *op. cit.*, p. 126.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>322</sup> GRECO, Leonardo – Coações indiretas na execução pecuniária. *op. cit.*, p. 127.

<sup>323</sup> “[...]por vezes também tratado como princípio da “realidade” da execução. Patrimonialidade no sentido de que, no direito processual civil da atualidade, a execução recai sobre o patrimônio (as coisas, por isto, realidade) do executado e não na sua pessoa, como ocorreu em determinados momentos da história do direito processual civil”. BUENO, Cassio Scarpinella - BUENO, Cassio Scarpinella – *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol. 3, p. 49.

*curto, pois o crédito será pago com a referida quantia, e não precisará ser feita avaliação alguma”.*<sup>324</sup>

Há abalizada doutrina a sustentar a impossibilidade de o julgador lançar mão de medidas de apoio que atinjam a vontade do executado nas execuções por quantia, em decorrência do princípio da patrimonialidade.<sup>325</sup> Ocorre que o fato de a responsabilidade do executado ser essencialmente patrimonial, máxime nas execuções que visam ao recebimento de quantia, não nos parece que constitua um óbice à determinação de medidas de coerção ou indução, por suposta falta de caráter instrumental. Isto porque centrar o foco da instrumentalidade exclusivamente no ato de pagar é uma visão um tanto estreita diante do feixe de deveres processuais atribuídos àqueles que participam do processo executivo.

Por isso são fundamentais as observações de DIDIER JR. [*et al.*], que assinalam com acuidade que *“a execução carrega para o devedor uma série de deveres decorrentes de sua posição processual, anexos à obrigação de pagar a quantia. Para efetivar os deveres processuais do executado a atipicidade se aplica prima facie. Se formos pensar são deveres de fazer e não fazer”.*<sup>326</sup>

A instrumentalidade nesses casos não se dá em relação à imediata satisfação do crédito exequendo, atuando relativamente ao cumprimento de deveres processuais acessórios, como a indicação de bens à penhora, fornecimento de documentos, dados e informações em geral, dentre outros elementos que podem verdadeiramente propiciar a satisfação pela via própria (subrogatória) da prestação principal.

MARINONI [*et al.*] se valem de alguns destes deveres processuais relacionados à boa-fé e à lealdade para afirmar que, na execução, incide o princípio da transparência patrimonial, instituído pelo Art. 772, III, combinado com Art. 774, V, ambos do NCPC, *“segundo o qual é*

---

<sup>324</sup> ABELHA, Marcelo – *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 859.

<sup>325</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas - O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. *Revista Diálogos* [Em linha]. Vol. 2, n.º 1 (2016), pp. 84-95. [Consult. 27 ago. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <<http://ojs.fapce.edu.br/index.php/dialjurifap/issue/view/2>>.ISSN 2446-6689.

<sup>326</sup> DIDIER JR., Fredie [*et al.*] – Diretrizes para concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Vol. 42, n.º 267 (mai. 2017), p. 227-272.

*obrigação do executado disponibilizar informações a respeito de todo o seu patrimônio disponível, para a prática dos atos relevantes para a execução”.*<sup>327</sup>

Assim, havendo indícios, por exemplo, de ocultação de bens, ter-se-á a adoção de medidas indutivas ou coercitivas com o escopo de estimular o executado a desvelar o seu patrimônio, e possibilitar a efetivação da medida sub-rogatória (expropriação). Como esses deveres processuais acessórios implicam a adoção de comportamentos comissivos ou omissivos por parte do executado, lhes são aplicáveis, *mutatis mutandis*, as disposições relativas às execuções das prestações de fazer ou não fazer, por força do disposto no Art. 536, §5º do NCPC.<sup>328 329</sup>

Aliás, antes do advento do NCPC, GUERRA já defendia a potencialidade de êxito no emprego de medidas atípicas de coerção na efetivação das prestações de pagar:

*“o uso de medidas coercitivas inominadas, diversas da multa diária, pode ser de grande eficácia, também para contornar os problemas associados aos casos de insolvência formal do devedor, em descompasso com sinais de riqueza aparente. (...) Em tais casos, a cominação de medida coercitiva pode gerar o mesmo efeito ‘mágico’, de fazer surgir do ‘nada’ o dinheiro devido, que causa, em hipóteses semelhantes, na execução de prestação alimentícia, a ameaça de prisão do devedor.”*<sup>330</sup>

Encontra-se exemplo prático e atual do uso de meios cada vez mais sofisticados de imunizar o patrimônio contra qualquer constrição judicial. Tem sido amplamente noticiado no

---

<sup>327</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7241-8, p. 856.

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 856.

<sup>329</sup> “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

(...)

§5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional”.

<sup>330</sup> GUERRA, Marcelo Lima – *op. cit.*, p. 157.

Brasil o caso de Daniel Fraga, um dos pioneiros na divulgação do “Bitcoin” (criptomoeda) no país, e que deliberadamente converteu todo o seu patrimônio para esta forma de moeda “virtual”, justamente para frustrar qualquer medida expropriatória estatal, por não haver atualmente mecanismos efetivos de alcançar tal espécie de reserva de valor. Fraga foi condenado em ação indenizatória por danos morais no ano de 2012, mas a execução do julgado se revelou inviável até ao momento, pois todo o seu patrimônio está em forma de criptomoedas. Para completar, ante a certeza de sua intangibilidade patrimonial, o executado ainda teria externado publicamente o total desprezo à autoridade estatal, ao declarar de forma desafiadora: “*boa sorte ao juiz para tentar acessar a minha carteira de Bitcoin*”.<sup>331</sup>

O caso é emblemático em demonstrar a total inadequação do regime processual típico previsto para execuções de conteúdo pecuniário em casos como o narrado, a esvaziar por completo o direito do exequente à tutela jurisdicional efetiva, e a contribuir sobremaneira para o total descrédito da justiça.

Há evidentemente de se recorrer a medidas de execução indireta para tentar forçar o devedor ao adimplemento da prestação. E mais, à luz da máxima da proporcionalidade, já é possível descartar uma série de medidas atípicas, como as *astreintes*, por não ultrapassarem o teste de adequação e necessidade (eis que, para este executado, é indiferente o valor devido), havendo de se pensar em medidas um pouco mais arrojadas, diante das peculiaridades do caso posto.

Aos que relutam em admitir ainda assim providências atípicas, há que se notar que a prolação de ordem judicial determinando medidas coercitivas em execução por quantia não deverá ocorrer de forma sub-reptícia, pois no modelo cooperativo de processo adotado pelo novo código (Art. 6º do NCPC), com correlata observância ao contraditório (Art. 7º do NCPC), pressupõe-se que as partes tenham tido oportunidade de se manifestar acerca da providência aventada, ainda que tenha sido suscitada de ofício pelo juiz. Ademais, na direção do processo, antes da determinação de medida não prevista expressamente na lei processual, inferimos que tenha o executado sido advertido quanto à necessidade de cumprir os deveres processuais que lhe cabem (e.g.: indicar bens à penhora, já que há indícios de ocultação patrimonial), e adequar o seu

---

<sup>331</sup> Cfr. Justiça Federal proíbe pioneiro da Bitcoin no Brasil de deixar o país. *Tecmundo* [em linha] 09 jul. 2018 [Consult 10 jul. 2018]. Disponível em WWW:<URL: <<https://www.tecmundo.com.br/mercado/132030-justica-federal-proibe-pioneiro-bitcoin-brasil-deixar-pais.htm>>.

comportamento à lealdade e boa-fé processual, abstendo-se de praticar atos atentatórios à dignidade da justiça (Art. 772, II, do NCPC, c/c Art. 774 do NCPC), sob pena de incorrer nas sanções previstas na lei.

Cabe ainda situar os críticos que o cenário concreto onde se está a manejar medidas executivas atípicas para efetivar prestações pecuniárias é aquele onde possivelmente já se tentou de tudo para concretizar a tutela do direito do exequente, até mesmo a conciliação, admissível em sede executiva como bem observado por CARVALHO.<sup>332</sup>

GRECO observa que a resistência do executado em colaborar com a justiça, dificultando a satisfação do crédito por meios sub-rogatórios, pode certamente servir de indício para a necessidade do emprego de medidas de execução indireta.<sup>333</sup>

Sob este prisma, “*à luz do princípio da efetividade da execução, não há óbice à determinação de medidas coercitivas duras nas execuções de pagar, contanto que sejam proporcionais e tenham sido autorizadas no bojo de um procedimento legítimo, ou melhor, legitimante*”.<sup>334</sup> Assim, a decisão tomada deve refletir o contraditório efetivo (exceto se houver risco de ineficácia da medida executiva, ocasião em que a oitiva da parte sobre a qual esta recai dar-se-á de forma diferida), constando nas razões de decidir considerações quanto aos elementos trazidos pelas partes em suas alegações. Ademais, a fundamentação deve ser substancial no sentido de demonstrar em que bases se procedeu à aferição da proporcionalidade, tanto no que se refere à justificativa de afastamento do modelo sub-rogatório típico, quanto na escolha da medida atípica a ser utilizada.

---

<sup>332</sup> CARVALHO, Fabiano. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (Coords.) – *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1717.

<sup>333</sup> GRECO, Leonardo – Coações indiretas na execução pecuniária. *op. cit.*, p. 126.

<sup>334</sup> SOUZA, José Garcia de – A nova execução civil: o que falta mudar. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ. ISSN 1415-4951. Vol. 10, nº 39, (2007), p. 62.



## **CONCLUSÕES**

A partir das considerações feitas ao longo deste estudo, podemos estabelecer alguns referenciais mínimos para a aplicação do Art. 139, IV do NCPC às execuções para pagamento de quantia, enumerando as seguintes conclusões:

1.<sup>a</sup> O novo Código de Processo Civil Brasileiro conferiu poderes gerais executivos ao juiz, como meio de assegurar a efetividade das decisões judiciais, valendo-se da técnica de cláusulas gerais, como aquela prevista no Art. 139, IV, do NCPC, que autoriza o uso de meios executivos atípicos, inclusive para efetivação de prestações pecuniárias.

2.<sup>a</sup> O juiz deve buscar uma execução equilibrada e eficiente, de forma que deve ser observada a proporcionalidade, razoabilidade e menor onerosidade ao devedor, tanto no que se refere ao recurso à medidas atípicas, quanto na escolha da que deverá ser aplicada, conforme exigir o caso concreto.

3.<sup>a</sup> Sempre que não comprometa a eficácia da execução, deverão as partes ser previamente ouvidas, antes do uso de meios atípicos, e a decisão judicial que os determinar deverá espelhar em sua fundamentação o contraditório efetivo e a argumentação jurídica utilizada na concretização da cláusula geral, nos moldes descritos no Art. 489 do NCPC.

4.<sup>a</sup> Não é possível o emprego da prisão como medida coercitiva atípica nas execuções de prestações pecuniárias, por força de vedação constitucional expressa, a só permitir a prisão civil por dívida no caso de inadimplemento inescusável de alimentos.

5.<sup>a</sup> Nas execuções de prestações pecuniárias alimentícias, a prisão é prevista como medida típica, razão pela qual, em homenagem aos ditames da proporcionalidade, razoabilidade e menor onerosidade ao devedor, sempre admitir-se-á o emprego direto de medidas atípicas de menor intensidade, quando adequadas e suficientes à satisfação da prestação.

6.<sup>a</sup> Aplica-se indistintamente a cláusula geral de efetivação prevista no Art. 139, IV, do NCPC às execuções fundadas em títulos executivos judiciais (acórdãos, sentenças e decisões, quer prestem tutela definitiva ou provisória) e extrajudiciais.



7.<sup>a</sup> A atipicidade dos meios executivos é subsidiariamente aplicável às execuções para pagamento de quantia certa, que deverão seguir preferencialmente o procedimento expropriatório previsto em lei, enquanto nas demais prestações (fazer ou não fazer, e entregar coisa diversa de dinheiro) a atipicidade é desde o início aplicável (Art. 536, caput, e Art. 538, §5º do NCPC) .

8.<sup>a</sup> A subsidiariedade não decorre necessariamente do esgotamento concreto de todos os meios típicos, já que também há subsidiariedade quando em caráter prospectivo o juiz constate a inaptidão das medidas típicas para efetivação da prestação.

9.<sup>a</sup> As medidas atípicas são aplicáveis de plano quando destinadas a fazer com que o executado cumpra deveres processuais inerentes ao modelo cooperativo de processo civil, pois lhes são aplicáveis as disposições concernentes à execução das prestações de fazer ou não fazer (Art. 536, §5º, do NCPC), exequíveis desde o início de forma atípica.

10.<sup>a</sup> A aplicação de sanções por litigância de má-fé ou pela prática atos atentatórios à dignidade da justiça não prejudica a adoção de medidas executivas atípicas, que não se revestem de caráter punitivo, e como tal, devem guardar instrumentalidade com a prestação a ser efetivada.

Cabem algumas considerações finais a respeito do tema, que desponta como o prenúncio de novos tempos na execução por quantia, tão vergastada pela falta de efetividade, que acaba por tornar vantajoso o não pagamento voluntário, e compromete a confiança na atuação imperativa do direito, essencial à estabilidade das relações sociais.

Contudo, conforme observou com propriedade RODRIGUES, a cruzada pela efetividade do processo não pode conduzir a um verdadeiro autoritarismo processual,<sup>335</sup> razão pela qual devem ser observados os referenciais aqui propostos para a atuação do juiz com base no Art. 139, IV, do NCPC, a legitimar a adoção de providências atípicas para satisfação da prestação devida, ainda que o objeto seja o pagamento de quantia.

GRECO, em estudo comparativo realizado em 1999, já apontava a tendência de uso técnicas processuais variadas com o escopo de dar efetividade à execução, sem que fosse possível apontar qual país teria formulado a disciplina ideal. O certo é que em todos *“se avoluma a*

---

<sup>335</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha – *O executado cafajuste II: medida coercitiva como instrumento da medida sub-rogatória* [Em linha]. *op. cit.*

*consciência de que novos caminhos devem ser perseguidos para adequar a execução à exigência de nosso tempo”.*<sup>336</sup>

Parece-nos que o legislador brasileiro, ciente das exigências de seu tempo, avançou na direção correta ao ampliar os poderes executórios do juiz, com vistas à realização integral do direito à tutela jurisdicional efetiva, instituindo um regime de medidas executivas atípicas para este desiderato, aplicáveis em caráter subsidiário (ante a inadequação ou insuficiência das medidas expressamente previstas na Lei processual) às execuções para pagamento de quantia.

Ocorre que a mudança da lei não será suficiente se não vier acompanhada de uma mudança de mentalidade por parte dos operadores do direito, no sentido de reconhecer, assim como o legislador o fez, que havia uma crise de efetividade no processo civil, e que o momento histórico é de fortalecimento dos poderes executivos do juiz para que se promova uma execução mais equilibrada, que não descure da menor onerosidade ao executado, mas reestabeleça “*a visibilidade jurídica e a dignidade processual da parte exeqüente*”.<sup>337</sup>

Reconhece-se, por fim, a exigência de extrema prudência ao juiz na tarefa árdua de buscar este ponto de equilíbrio entre efetividade e segurança, valores inerentes à hodierna compreensão do devido processo legal (processo justo como processo equilibrado), pelo que deverá se pautar pelos ditames da eficiência, proporcionalidade e razoabilidade no momento de exercer o dever-poder geral de efetivação outorgado pela lei processual.

---

<sup>336</sup> GRECO, Leonardo – A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Ano 24, Vol. 94, (abr. a jun. 1999), p. 45.

<sup>337</sup> SOUZA, José Garcia de – *op. cit.*, p. 77.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo – *Manual de Execução Civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6462-7.

ABELHA, Marcelo – *Manual de Direito Processual civil*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-7075-8.

ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves; RODRIGUES, Daniel Colnago – O (b)ônus argumentativo necessário à aplicação das medidas executórias atípicas – notas para um instrumentalismo processual constitucionalmente adequado. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP* [Em linha]. Rio de Janeiro: UERJ. Ano 11. Vol. 18, nº 2 (mai. a ago. 2017), pp. 219-244. [Consult. 27 mai. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.redp.com.br>. ISSN 1982-7636.

ALEXY, Robert – *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. ISBN 978-85-392-0073-3.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de – *Direito Processual Civil*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5952-5.

ARENHART, Sérgio Cruz – *A Prisão como meio coercitivo* [Em linha]. [Consult. 20 jul. 2018] Disponível em <[https://www.academia.edu/214441/A\\_PRIS%C3%83O\\_CIVIL\\_COMO\\_MEIO\\_COERCITIVO](https://www.academia.edu/214441/A_PRIS%C3%83O_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO)>.

ASSIS, Araken de – *Processo Civil Brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. 1ª ed. em ebook baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-2013-6586-1. Vol. 1.

ASSIS, Araken de – *Processo Civil Brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. 1ª ed. em ebook baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-6588-5. Vol. 2.

ASSIS, Araken de – *Manual da Execução*. 2ª ed. em ebook baseada na 18ª ed. impressa. rev. atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6635-6.

ÁVILA, Humberto – Princípios e regras e a segurança jurídica. *Revista de Direito do Estado: RDE*. Rio de Janeiro: Renovar. ISSN 1609-550X. n.º 1, ano 1 (jan. a mar. 2006), pp. 189-206.

ÁVILA, Humberto – *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN 85-7420-620-2.

BARCELLOS, Ana Paula – *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. ISBN 978-85-7147-801-5.

BARCELLOS, Ana Paula de – *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN 85-7147-511-3.

BARROS, Suzana de Toledo – *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. ISBN 978-85-746-9214-2.

BARROSO, Luís Roberto – *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 8502049291.

BARROSO, Luís Roberto – *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-020-9126-9.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos – *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. ISBN 978-85-392-0025-1.

BONATO, Giovanni – As reformas da execução na Itália. *Civil. Procedure Review* [Em linha]. Vol. 6, n.º 3 (set. a dec. 2015), pp. 129-158. [Consult. 17 jul. 2018]. Disponível em WWW:<URL:[http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=487%3Aas-reformas-da-execucao-na-italia-giovanni-bonato&catid=86%3Apdf-revista-n3-2015&Itemid=80&lang=pt](http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=487%3Aas-reformas-da-execucao-na-italia-giovanni-bonato&catid=86%3Apdf-revista-n3-2015&Itemid=80&lang=pt)>. ISSN 2191-1339.

BUENO, Cassio Scarpinella - *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21817-8. vol. 3.

BUENO, Cassio Scarpinella – *Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. 1ª ed. em ebook. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978850263549-4.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.) – *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6729-1

CÂMARA, Alexandre Freitas – O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. *Revista Diálogos* [Em linha]. Vol. 2, n.º 1, (2016), pp. 84-95. [Consult. 27 ago. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<a href="http://ojs.fapce.edu.br/index.php/dialjurifap/issue/view/2">http://ojs.fapce.edu.br/index.php/dialjurifap/issue/view/2</a>. ISSN 2446-6689.

CÂMARA, Alexandre Freitas – *O novo CPC e a duração dos processos* [Em Linha]. Atual. 23 mar. 2015. [Consult. 23. abr. 2018] Disponível em WWW:<URL:<a href="http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/27/o-novo-cpc-e-a-duracao-dos-processos/">http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/27/o-novo-cpc-e-a-duracao-dos-processos/</a>.</p></div>

CÂMARA, Alexandre Freitas – *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 978-85-970-0993-4.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

*CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Pedro Henrique Bicalho – Classificação das ações de conhecimento: uma releitura. *Revista Jus Navigandi* [Em linha]. Teresina. ano 19, n.º 3959 (4 mai. 2014) [Consult. 17 jul. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<a href="https://jus.com.br/artigos/27739">https://jus.com.br/artigos/27739</a>. ISSN 1518-4862.

CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JUNIOR, Herval (Orgs.) – *Os Juizes e o Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN 978-85-442-1362-9.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 85-392-0277-8.

*Código de Processo Civil e Normas Correlatas*. 7ª ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. ISBN 978-85-7018-611-9.

CRUZ E TUCCI, José Rogério – *Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade*. [Em linha]. atual. 27 set. 2016. [Consult. 27 maio. 2017]. Disponível em WWW:<URL:<a href="http://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade">http://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade</a>.</p></div>

156

DIDIER JR., Fredie – Cláusulas gerais processuais. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza: Unichristus. ISSN 1806-0420. Vol. 8, n.º 12 (2010), pp. 118-130.

DIDIER JR., Fredie – *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. ISBN 978-88-442-1010-9. Vol. 1.

DIDIER JR, Fredie [et al.] – *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. ISBN 978-85-442-1519-7. Vol. 5.

DIDIER JR., Fredie [et al.] – Diretrizes para concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Vol. 42, n.º 267 (mai. 2017), p. 227-272.

DINAMARCO, Cândido Rangel – *Execução Civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. ISBN 85-7420-168-5

DONIZETTI, Elpidio – *O novo CPC e as tutelas jurisdicionais* [em linha]. Atual. 26 fev. 2016. [Consult. 21 jun. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/308559214/o-novo-cpc-e-as-tutelas-jurisdicionais>>.

FREITAS, José Lebre de – *Introdução ao Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1457-4.

FREITAS, José Lebre de – *A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*. 7ª ed. Coimbra: GESTLEGAL, 2017. ISBN 978-989-99824-3-7.

FUX, Luiz – O novo processo civil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo: LexMagister. ISSN 0103-7978. Vol. 80, n.º 4, (out. a dez. de 2014).

FUX, Luiz; FUX, Rodrigo – O novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ. ISSN 1415-4951. Vol. 20, n.º 1, (jan. a abr. de 2018), p. 22 – 38.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca – *A revolução silenciosa da execução por quantia*. [Em linha]. atual. 24 ago. 2015. [Consult. 27 maio. 2017]. Disponível em WWW:<URL:https://jota.info/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.] – *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6555-6.

GONÇALVES, Marco Carvalho – *Lições de Processo Civil Executivo*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7486-3.

GRECO, Leonardo – Coações indiretas na execução pecuniária. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ. ISSN 1415-4951. Vol. 20, n.º 1, (jan. a abr. de 2018), pp. 109-134.

GRECO, Leonardo – A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Ano 24, Vol. 94 (abr. a jun. 1999), p. 35-66.

GUERRA, Marcelo Lima - *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ISBN 978-85-203-2330-4.

LIMA, GEORGE MARMELSTEIN – *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga* [Em linha]. [Consult. 15 jun. 2018]. Disponível em: WWW:<URL:http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexya-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>.

LIMA NETO, Francisco Vieira; CARNEIRO, Myrna Fernandes – As técnicas coercitivas no Código de Processo Civil de 2015: a exigência de “sinais exteriores de riqueza” do devedor para aplicação do art. 139, IV. *in Anais do Congresso de Processo Civil Internacional* [Em linha]. Vitória: UFES. Vol.2 (2017), p. 290-302. [Consult. 12 set. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19844>. ISSN 2595-492X.

MARINONI, Luiz Guilherme – As novas sentenças e os poderes do juiz para prestação da tutela jurisdicional efetiva. *Revista Jus Navigandi* [Em linha]. Teresina. ano 9, n.º 317 (20 mai. 2004). [Consult. 23 maio. 2018]. Disponível em WWW:<URL:https://jus.com.br/artigos/5045>. ISSN 1518-4862.

MARINONI, Luiz Guilherme – Controle do poder executivo do juiz. *Revista Jus Navigandi* [Em linha]. Teresina. ano 9, n.º 506 (25 nov. 2004). [Consult. 5 jul. 2018]. Disponível em: WWW:<URL:https://jus.com.br/artigos/5974>. ISSN 1518-4862.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7241-8.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do processo civil*. 3ª ed. em ebook baseada na 3ª ed. impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7172-5. Vol. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3ª ed. em ebook baseada na 3ª ed. impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7174-9. Vol. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 3ª ed. em ebook baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7173-2. Vol. 3.

MARTINS-COSTA, Judith – *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. ISBN 8520317960.

MEDINA, José Miguel Garcia – *Execução: Teoria geral, princípios fundamentais e procedimento* [livro eletrônico]. 1ª ed. em ebook baseada na 5ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais. 978-85-203-7320-0

MEDINA, José Miguel Garcia – *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3ª ed. em ebook baseada na 3ª ed. impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7152-7.

MEIRELES, Edilton – Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981, Vol. 247 (set. 2015), p. 231-246.



MITIDIERO, Daniel – *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, ISBN 978-85-203-6502-1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa – *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997. ISBN 8502023829.

MOREIRA, José Carlos Barbosa – *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. ISBN 978-85-309-4102-4.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed. em ebook baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-5939-6.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção – *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016. ISBN 978-85-442-0694-2.

PINTO, Rui Gonçalves – *Notas ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-32-2357-3.

RIBEIRO, Virgínio da Costa; REBELO, Sérgio – *A Ação Executiva Anotada e Comentada*. 2ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6509-0.

RODRIGUES, Marcelo Abelha – *O executado cafajeste II: medida coercitiva como instrumento da medida sub-rogatória* [Em linha]. atual. 19 out. 2017. [Consult. 27 maio. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267289,31047-O+executado+cafajeste+II+medida+coercitiva+como+instrumento+da+medida>>.

RODRIGUES, Marcelo Abelha – *O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?* [Em linha]. Atual. 21 set. 2016. [Consult. 27 maio. 2018]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>>.

SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Antunes da – A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Vol. 271, ano 42 (set. 2017), p. 179-228.

SILVA, Virgílio Afonso da – O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0034-9275. ano 91, n.º 798, (abr. 2002), p. 23-50.

SOUZA, José Garcia de – A nova execução civil: o que falta mudar. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ. ISSN 1415-4951. Vol. 10, n° 39 (2007), pp. 40-77.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.) – *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-63558-6.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle – *Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Atual. 25 ago. 2016. [Consult. 27 jun. 2017]. Disponível em WWW:<URL:https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>.

TALAMINI, Eduardo – Poder geral de adoção de medidas executivas atípicas e a execução por quantia certa. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini* [Em linha]. Curitiba. n.º 121 (mar. 2017). [Consult. 12 set. 2018]. Disponível em WWW:<URL:http://www.justen.com.br/informativo>.

TALAMINI, Eduardo – Prisão civil e penal e “execução indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal), *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Vol. 92 (out. a dez. 1998), p.37-52.

THEODORO JÚNIOR, Humberto – *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 58ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7427-5. Vol. I

THEODORO JÚNIOR, Humberto – *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN 978-85-309-7437-4. Vol. III.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo – *Curso Avançado de Processo Civil. Teoria geral do processo*. 5ª ed. em e-book baseada na 16ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6699-8. Vol. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (Coords.) – *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 978-85-203-5932-7.

YARSHELL, Flávio Luiz – *Medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia* [Em linha]. atual. 03 jul. 2017. [Consult. 27 maio. 2018]. Disponível em

WWW:<URL:<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/medidas-indutivas-e-coercitivas-nas-obrigacoes-de-pagamento-de-quantia/17692> >.

ZAVASKI, Teori Albino – Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Vol. 28, n.º 109 (jan. a mar. 2003), pp. 45-56.