

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ARTHUR NOIA ASSUMPÇÃO

**LIMITES CONSTITUCIONAIS DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS
ATÍPICAS NAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA CERTA**

VITÓRIA

2022

ARTHUR NOIA ASSUMPÇÃO

**LIMITES CONSTITUCIONAIS DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS
ATÍPICAS NAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA CERTA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Dr. Marcos Vinicius Pinto

VITÓRIA

2022

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos vão para as pessoas que, de alguma forma, contribuíram em minha trajetória desde o início da graduação no curso de direito da Faculdade de Direito de Vitória, até este Trabalho de Conclusão de Curso.

Agradeço aos meus pais – Renato e Sandra – por todo amor, confiança e amparo. Vocês são a minha base e o meu grande exemplo de como a vida deve ser vivida, diante de todas as dificuldades e alegrias.

Agradeço ao meu irmão – Heitor – por ser o meu exemplo de superação, força e fé, mesmo distante, sempre o levarei comigo.

Agradeço à minha companheira de vida – Ester – por todo o amor ao longo desses anos, momentos de paciência, risadas e compreensão. Obrigado por fazer parte da minha história e me acompanhar fielmente nesta jornada.

Agradeço à toda minha família pelo suporte nos momentos difíceis, meu núcleo essencial da vida.

Aos colegas e amigos da Faculdade de Direito de Vitória e do escritório Ímero Devens Advogados, por toda oportunidade de aprendizado.

A todos os professores da Faculdade de Direito de Vitória, em especial ao meu orientador Dr. Marcos Vinicius Pinto, por toda ajuda, compreensão e atenção durante a elaboração deste trabalho. Guardo grande admiração pelo senhor.

Por fim, agradeço, a todos aqueles e aquelas que de alguma forma participaram na trajetória deste sonho, muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a aplicação de medidas executivas atípicas, sob a égide dos princípios e garantias fundamentais, tuteladas pela Constituição Federal de 1988. Estas medidas encontram fundamento legal no artigo 139, IV do Código de Processo Civil, em que permite a aplicação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais, sub-rogorárias e atípicas para que o cumprimento da ordem judicial logre êxito. Por conseguinte, fato é que a inteligência trazida pelo artigo 139, IV, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, ainda esbarra sua aplicação em direitos e garantias fundamentais, como direito à liberdade de locomoção, bem como à proteção da dignidade humana. Portanto, o presente trabalho será abordado alguns limites que poderão ser impostos diante da aplicação.

Palavras-chave: Medidas executivas. Medidas atípicas. Limites constitucionais. Direitos humanos. Artigo 139, IV do CPC.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the application of atypical executive measures, under the aegis of fundamental principles and guarantees, protected by the Federal Constitution of 1988. These measures are legally based in article 139, IV of the Civil Procedure Code, which allows the application of inductive, coercive, mandatory, subrogatory and atypical measures so that the fulfillment of the court order is successful. Therefore, the fact is that the intelligence brought by article 139, IV, with the validity of the Civil Procedure Code of 2015, still faces its application in fundamental rights and guarantees, such as the right to freedom of movement, as well as the protection of human dignity . Therefore, the present work will address some limits that may be imposed on the application.

Keywords: Executive measures. atypical measures. Constitutional limits. Human rights. Article 139, IV of the CPC.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS E ATÍPICAS.....	10
1.1 HISTÓRICO DO PROCESSO EXECUTIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	10
1.2 O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVO.....	12
1.3 O PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE NO CPC 2015	14
1.3.1 Medidas sub rogatórias.....	16
1.3.2 Medidas coercitivas.....	17
1.3.2.1 Medida típica de coerção pessoal.....	18
1.3.2.2 Medida típica de coerção patrimonial.....	19
1.3.3 Medidas mandamentais.....	21
1.3.4 Medidas indutivas.....	22
1.4 PROCESSO LEGISLATIVO DO ARTIGO 139, INCISO IV DO CPC/15	23
2 APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, INCISO IV DO CPC/15 E A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA, EFETIVA E TEMPESTIVA..	26
2.1 AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS COMO TÉCNICA PROCESSUAL CAPAZ DE GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA, EFETIVA E TEMPESTIVA.....	26
2.2 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EXECUÇÃO DIANTE DA TEORIA DE ROBERT ALEXY	29
2.3 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE: MÁXIMAS PARCIAIS DA ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO.....	31
2.4 EXISTÊNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	33
3 MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS NA EXECUÇÃO POR QUANTIA: DIRETRIZES DE APLICAÇÃO.....	34
3.1 ATRIBUIÇÃO DE NATUREZA SANCIONATÓRIA ÀS MEDIDAS ATÍPICAS E A NECESSIDADE DE REEXAME PERIÓDICO DA APLICAÇÃO.....	34
3.2 ADOÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL.....	36
3.3 FUNDAMENTAÇÃO E AMPLA DEFESA	39

3.4 SUBSIDIARIEDADE OU ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS	40
4 PRIMEIRAS ABORDAGENS DO TEMA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	42
4.1 RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 97.876/SP	43
4.2 ANÁLISE DA DECISÃO	45
4.3 RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 99.606/SP	48
4.4 ANÁLISE DA DECISÃO	50
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015¹ trouxe ao ordenamento jurídico pátrio a inteligência prevista em seu artigo 139, inciso IV, em que permitiu ao magistrado determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto a obrigação de pagar quantia certa.

Na história, há comprovação de que o procedimento executório, a fim de satisfazer o direito de um exequente, recairia sobre o corpo do devedor, podendo desta forma, responder por suas dívidas. Esta situação não é mais permitida, diante dos pactos internacionais de direitos humanos recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

Caso se instaure um processo de execução, o patrimônio do devedor sofrerá a responsabilização para adimplemento da prestação, não mais na pessoa do executado. Desta forma, surge a possibilidade de o executado agir de maneira abusiva ou ilegal, com meios de ocultação patrimonial, casos em que serão objeto de punição e tutela do sistema jurídico.

Ao agir de maneira dolosa ou fraudulosa, a exequente atenta ao princípio do “Neminem Laedere”, que em tradução direta do latim, significa “a ninguém ofender”. Tal princípio, segundo lições de Fernando da Costa Tourinho Filho (2017, p.268)², traduz a ideia de que a ninguém é lícito causar lesão ao direito de outrem.

Diante do Estado Liberal, o direito fundamental à liberdade e proteção patrimonial eram fundamentos basilares, motivo pelo qual se deu origem ao princípio da tipicidade dos meios executivos, com o engessamento do Poder Judiciário, o qual determinava sua atuação estritamente dentro dos parâmetros e medidas previamente tipificadas na legislação.

A Constituição Federal de 1988³, substituiu esta máxima pelo Estado Democrático de Direito, em que a proteção recairá não mais sobre o patrimônio e sim, sobre os direitos

¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

² Tourinho Filho, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, 17ª edição, revisada e atualizada. São Paulo-SP: Saraiva, 2017. p. 268.

³ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

fundamentais inerentes à pessoa humana. Dessa forma, se iniciou discussões acerca da criação da atipicidade dos meios executivos, que somente com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, diante do artigo 139, IV, é que se consagrou abrangência geral ao emprego de medidas atípicas.

O artigo 139, inciso IV, CPC/2015 permite o emprego de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive para ações com prestação pecuniária.

Desde que fora publicado, o artigo é alvo de discussões acerca de sua aplicação, tendo seu primeiro emprego por uma Juíza da 2ª Vara Cível de Pinheiros/SP, ao qual autorizou a apreensão do passaporte do executado, bem como a suspensão de sua carteira nacional de habilitação, como meio atípico, em prestação pecuniária.

Diante desta decisão, diversas manifestações doutrinárias sobre a aplicação ou não deste dispositivo, motivo pelo qual se justifica a o interesse no desenvolvimento da presente pesquisa, com uma análise acerca dos possíveis limites que devem ser impostos para a aplicação de medidas atípicas no cumprimento de obrigações pecuniárias, sob a ótica de garantia de direitos fundamentais.

O método de abordagem da pesquisa será o dedutivo, tendo como método de procedimento, a revisão bibliográfica.

No primeiro capítulo, será analisado um breve histórico do processo executivo brasileiro, bem como apontamentos acerca do surgimento do princípio da atipicidade dos meios executivos e a revisão das medidas previstas no artigo 139, IV, do CPC/2015.

No segundo capítulo, será abordado o tema, com uma análise acerca do conflito entre direitos fundamentais, com estabelecimento das máximas de proporcionalidade, existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais e aproximação da teoria de Robert Alexy.

No terceiro capítulo, diante do exposto, serão estabelecidas diretrizes para aplicação das medidas, como necessidade de fundamentação, ampla defesa, bem como subsidiariedade dos meios para imposição da atipicidade. Por fim, o quarto capítulo estará reservado para análise da aplicação das medidas executivas atípicas perante

Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento do Habeas Corpus 99.606/SP e 97.876/SP.

1 MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS E ATÍPICAS

1.2 HISTÓRICO DO PROCESSO EXECUTIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Fundamental se faz uma análise histórica acerca do tratamento dado ao processo executivo nos Códigos anteriores ao de 2015. A partir disso, ao olhar para o processo tutelado pelo Código de 1939, o instituto da execução era visto sob duas formas. A primeira tratava-se da ação executiva prevista nos artigos 298 a 301 daquele código e a segunda trazida como ação executória, prevista nos artigos 882 e seguintes. Na ação executiva, tinha por objeto a execução de títulos executivos extrajudiciais, como as dívidas originadas por descumprimento de instrumento público ou particular. Por outro lado, na ação executória, era o meio adequado para a execução de sentença, ou seja, título executivo judicial.

Conclui-se, portanto, que o código de 1939 possuía um sistema binário ao tratar da matéria de execução. Naquele cenário, ainda havia a divergência doutrinária que defendia a posição de que a ação executiva, seria na verdade, um processo de conhecimento, pois havia a possibilidade de penhorar bens do devedor, com intuito acautelatório.

Com vigência do Código de Processo Civil de 1973, o sistema binário previsto no código anterior fora revogado, consignando um processo de execução único, seja de um título executivo extrajudicial ou judicial. Ainda assim, havia no código a taxatividade dos títulos executivos judiciais, no artigo 584, quais sejam, a sentença penal condenatória transitada em julgado, a sentença homologatória de transação, conciliação ou laudo arbitral, a sentença estrangeira homologada pelo Supremo Tribunal Federal e o formal de partilha. Ademais, havia também uma taxatividade acerca dos títulos executivos extrajudiciais no artigo 585 daquele Código.

Instaurado o processo de execução, o devedor era citado para satisfazer a obrigação contida no título executivo apto, seja judicial ou extrajudicial, apresentada em Juízo, sob pena de penhora de seus bens. Com isso, os meios de defesa do devedor eram distribuídos por dependência, em autos apartados, que se chamavam de embargos do devedor e que suspendiam o processo executivo até que fosse proferida a sentença nos autos de embargos, desde que a execução estivesse garantida por penhora de bens do devedor.

Por inovação, criou-se ainda outro meio de defesa do devedor, a exceção de pré-executividade, instrumento pelo qual se utilizava em casos que se faziam presentes vícios graves ao processo e que possuíam vantagens em comparação aos embargos, quais sejam, a desnecessidade de garantia de execução por penhora, bem como possibilidade de apresentação fora do prazo estabelecido para os embargos do devedor.

Por conseguinte, publicada em 22 de dezembro de 2005, a Lei n 11.232 alterou o Código de Processo Civil de 1973, para estabelecer a fase de cumprimento de sentença no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial. Logo, o que se observa é que o modelo efetivado no Código de 1939 voltou a surtir efeitos, de modo que o processo de execução deixou de ser único, para ambas as espécies de títulos executivos, tendo para títulos judiciais, o cumprimento de sentença como meio adequado para satisfação do direito do credor.

A Lei 11.232/2005 surgiu em meio a diversas críticas ao processo de execução único, em que o procedimento, a respeito do título fundado em sentença, era demasiadamente lento, além da necessidade de instauração de novo processo, bem como que o efeito suspensivo que se davam aos embargos do devedor, proporcionaram ao devedor grande tempo para inclusive, esconder seu patrimônio.

Portanto, o que se estabeleceu após a vigência da Lei 11.232/2005 é a volta do sistema binário, com o processo de execução para as ações que se apoiam em título executivo extrajudicial e o cumprimento de sentença para as ações que tenham lastro em título executivo judicial.

Além disso, insta salientar a importante alteração dada à redação do artigo 463 do Código de 1973, em que, antes da Lei publicada em 2005, determinava que “Ao

publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional”. Após, a nova redação do dispositivo continha a seguinte determinação: “Publicada a sentença”, ou seja, foi suprimida parte do texto em que declarava o cumprimento definitivo do ofício jurisdicional do magistrado ao proferir a sentença.

Esta supressão representou a mudança na mentalidade, de modo que o juiz responsável pela fase de conhecimento, será o mesmo para a fase de cumprimento de sentença, sendo insuficiente para o jurisdicionado, consumidor da efetiva prestação judicial, o mero término da fase de cognição processual. Assim sendo, conforme José Miguel Garcia Medina (2016, p. 983)⁴, embora a tutela jurisdicional declare o direito, nem sempre é suficiente para garantia de sua realização, deve-se vislumbrar ainda os meios tendentes à efetivação do resultado obtido, de modo que o direito fundamental, segundo Jonathan Iovane de Lemos (2011, p.148)⁵, deve:

[...] proporcionar aos cidadãos o acesso a todos os instrumentos e aos procedimentos adequados a proteger o direito posto em análise, mitigando as desigualdades existentes no plano social e processual, buscando um equilíbrio de forças, visando a um julgamento justo [...].

Portanto, com a publicação do Código de Processo Civil de 2015, conservou as alterações trazidas pela Lei 11.232, em que fora simplificada a fase executiva, em que se tratando de processo baseado em título judicial, será realizado nos mesmos autos do processo de conhecimento, o que torna desnecessária a instauração de novo processo.

1.2 O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

O Código de Processo Civil de 1973 baseou-se nos princípios do Estado Liberal, na patrimonialidade, ou seja, era utilizada a separação dos poderes para justificação de não intervenção estatal na esfera da autonomia individual do cidadão. Diante de tal modelo, o processo de execução permitia apenas o uso de medidas de expropriação

⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 983.

⁵ LEMOS, Jonathan Iovane de. **O processo de execução e a influência cultural em sua delimitação: das medidas sub-rogatórias e das técnicas executivas pré-determinadas à atipicidade dos meios**. Revista de Processo, São Paulo, v.36, n.200, 2011. p. 148.

por sub-rogação e técnicas expressamente previstas em lei, sendo vedado qualquer outro meio pelo qual não houvesse previsão legal.

De certo que o Estado Liberal rogava pelo direito fundamental à liberdade, supremacia legal e proteção patrimonial⁶, motivo pelo qual toda a execução deveria recair sobre o patrimônio do devedor, e não sobre a sua pessoa. Assim, foi dada origem ao princípio da tipicidade dos meios executivos, com o engessamento do Poder Judiciário frente a possibilidade de adoção de medidas efetivas ao cumprimento da ordem judicial.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 significou a quebra deste entendimento, fato que os ideais liberais foram substituídos pelo Estado Democrático de Direito. Logo, a ideia de proteção recai não mais sobre os direitos patrimoniais e sim sobre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Referindo-se a esta ressignificação, Costa e Coura (2010, p.2)⁷ destacam que

[...] o Estado Democrático de Direito, na verdade, muito mais do que imprimir a necessidade de uma constituição como vinculação jurídica do poder, trouxe para o epicentro a pessoa humana e sua dignidade. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana passa a conformar um núcleo mínimo de onde emanam diretrizes para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais [...].

Neste sentido, a partir da segunda metade do século XX, a preocupação com a normatização protetiva dos direitos fundamentais funda o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em que conforme Nelson Camatta, tais direitos “[...] apareceram na modernidade principalmente na metade do século XX, como *questionamentos* de determinados atos (atrocidades) que marcaram o convívio humano” (2007, p. 175)⁸.

Foi verificado que os meios sub-rogatórios de satisfação não cabiam mais à baila, sendo necessário também o uso de medidas coercitivas patrimoniais e pessoais. Por conseguinte, torna-se impossível para o legislador “[...] prever todas as peculiaridades dos direitos mercedores de tutela executiva e preordenar meios executivos

⁶ Ibidem, p. 130-131.

⁷ COSTA, Renata Pereira Carvalho; COURA, Alexandre de Castro. **A atuação do magistrado e sua conformação paradigmática**: o desafio de materializar o estado democrático de direito. Porto Alegre, ano 7, n.32, 2010. p. 2

⁸ MOREIRA, Nelson Camatta. A função simbólica dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 2, p. 163-192, 13 ago. 2007.

diferenciados levando-se em consideração essas particularidades.” (GUERRA, 2003. p. 66)⁹.

Diante desta situação, o professor Marinoni (2004)¹⁰ afirma haver o afastamento do princípio da tipicidade dos meios executivos para a aproximação do princípio da concentração dos poderes de execução do juiz, ou também chamado de princípio da atipicidade.

Com a vigência da nova Constituição, a primeira alteração normativa, oriunda desta mudança de pensamento do legislador demonstrou-se pela Lei nº 8.952 de 1994, que propôs uma alteração no artigo 461 do CPC de 1973, em que se possibilitou para a efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente, o juiz determinar as medidas necessárias, ou seja, permitindo a adoção de medidas atípicas para o cumprimento de obrigação de entregar coisa. Logo, esta alteração demonstrou a aplicação do princípio da atipicidade dos meios executivos na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Posto isto, insta salientar que a aplicação das medidas atípicas ainda se restringia apenas às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, enquanto para as obrigações de pagar, só poderiam ser adotadas medidas típicas e sub-rogatórias, sendo a única medida coercitiva permitida para este tipo de obrigação era para as de natureza alimentar. Assim, foi apenas no Código de Processo Civil de 2015, em que se permitiu o uso de medidas atípicas também para obrigações pecuniárias, garantindo, portanto, o alcance adequado para a obtenção da tutela jurisdicional executiva.

1.3 O PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE NO CPC 2015

No ordenamento jurídico pátrio, há previsão expressa da aplicação do princípio da atipicidade dos meios executivos, decorrendo de três enunciados normativos do Código de Processo Civil de 2015, revelando-se no artigo 297, o §1º do artigo 536 e

⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 66

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5974>. Acesso em: 7 nov. 2022.

artigo 139, IV, sendo este último, o objeto principal do presente trabalho, por possibilitar a aplicação nas obrigações de pagar quantia.

O entendimento de Fredie Didier Jr. (2017, p.117-120)¹¹ é de que os artigos supracitados são cláusulas gerais processuais executivas, ou seja, uma cláusula geral é uma espécie de texto normativo cujo antecedente (hipótese fática) é composta por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Desta forma, se fomenta o poder criativo da atividade jurisdicional, sendo o julgador chamado a intervir ativamente na solução do contexto processual em que lhe foi atribuído.

Isto posto, a doutrina tradicional classifica a divisão dos meios executivos em direto (ou por sub-rogação) e indireto (ou por coerção) (RODRIGUES, 2016, p. 36)¹². Sucede que, no Código de Processo Civil de 2015, o legislador não adotou a classificação tradicional doutrinária dos meios de execução, que as dividem em meios sub-rogatórios e coercitivos, adotando a classificação em quatro espécies, sejam: medidas indutivas, medidas mandamentais, medidas sub-rogatórias e medidas coercitivas. Isto posto, passa-se à análise das medidas executivas positivadas no artigo 139, IV do CPC/2015.

1.3.1 Medidas sub-rogatórias

Este meio de execução demonstra-se com as atividades desenvolvidas pelo juiz ou, à sua ordem, efetivadas por auxiliares da justiça ou terceiros, que tem por objetivo a obtenção de um resultado idêntico aquele que seria obtido caso o obrigado concretizasse a prestação inadimplida, de modo prático e equivalente. Deste modo, a colaboração comissiva do obrigado não se torna necessária, devendo apenas se abster de criar óbice à efetivação da decisão judicial, podendo, caso assim faça, cometer ato atentatório à dignidade da justiça (artigo 77, inciso IV do CPC/2015) (MEIRELES, 2015)¹³.

¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil: Execução**. 7. ed. Salvador: Juspodovim, 2017, p. 117-120.

¹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.36.

¹³ MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. vol. 247. ano 40. p. 231- 246. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2015.

Tais medidas são também chamadas pela doutrina de execução direta, além de serem próprias para as obrigações fungíveis, tendo em vista que outrem poderá cumprir a prestação que fora inadimplida pelo devedor. Cuida-se, portanto, de uma execução que independe da vontade do executado.

Desta forma, Marcos Minami (2018, p. 123)¹⁴ indica três técnicas deste meio executivo, sendo o desapossamento, em que se retira da posse do executado o bem a ser entregue ao exequente, a transformação, na qual será determinado que terceiro cumpra a obrigação que deveria ser praticada pelo executado, bem como a expropriação, que será indicado bem do devedor para constituir o pagamento devido ao respectivo credor.

Os exemplos de medidas são-rogatórias os mais comuns citados no Código de Processo Civil, tendo em vista que se trata de típica atividade substitutiva do juiz. Assim, cita-se a ação de busca e apreensão, meio pelo qual um auxiliar da justiça efetua busca de um bem a ser entregue a outrem e o apreende, no intuito de entregar ao titular do direito.

Além disso, há a ação de imissão de posse, na medida em que o auxiliar da justiça promove a desocupação de um imóvel que esteja sob a posse injusta de terceiro e a transmite em favor de seu titular legal, bem como a expedição de alvará judicial para recebimento de valores, fazimento ou desfazimento de obra, alienação de bem penhorado e a entrega do dinheiro ao credor, nas hipóteses em que o juiz se sub-roga no direito de alienar e pagar em nome do devedor.

Em conclusão, medidas sub-rogatórias são aquelas realizadas pelo juiz ou por auxiliares da justiça e terceiros, sob sua determinação, que em substituição do obrigado, pratica ato que por ele deveria ter sido realizado, com o intuito de obter resultado prático e equivalente para se obter a efetividade do direito pleiteado.

1.3.2 Medidas coercitivas

¹⁴ MINAMI, Marcos Youji; **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 123

Este meio executivo surge como adequado para casos em que o juiz não seja capaz de alcançar a satisfação da obrigação, como sub-rogado, sem que haja colaboração do obrigado. Deste modo, a aplicação desta medida é comumente vista diante de obrigações de fazer ou não fazer infungíveis, sendo, portanto, aquelas obrigações em que o próprio obrigado deva satisfazer a obrigação que se propôs a cumprir.

A hipótese é verificada no caso de contratação de um cantor específico, com grande fama no meio jovem, para que se apresente em um show, onde possua estrutura já montada e contratação de equipe especializada, tendo o artista ameaçado de não comparecer ao evento.

Observa-se a impossibilidade de o juiz utilizar meios sub-rogatórios para a satisfação da obrigação, tendo em vista que não será possível que este se apresente no lugar do cantor. Nestes casos, deverá o magistrado impor medidas coercitivas, fazendo com o que o obrigado, cumpra pessoalmente sua prestação ora firmada.

Comumente, como medida coercitiva, o julgador impõe multas cominatórias, que através destas, se busca coagir e pressionar o devedor, de modo que este satisfaça sua obrigação. Poderá o juiz, estabelecer de ofício, em qualquer fase do processo, multa que seja suficiente, compatível com a obrigação e prazo razoável para seu cumprimento, conforme delineado no artigo 537 de CPC/2015.

Trata-se, portanto, de alcançar o direito, bastando de meios que atuam sobre a vontade do devedor, tentando convencê-lo ao adimplemento, ou seja, seria um estímulo ao cumprimento da prestação. Assim, as medidas coercitivas são chamadas também de execução indireta, tendo Fredie Didier (2017, p. 117)¹⁵ afirmando que as medidas poderão ser patrimoniais ou pessoais.

1.3.2.1 Medida típica de coerção pessoal

A medida de coerção pessoal é imposta diretamente à pessoa do obrigado, com o intuito de o constranger ao adimplemento através de exigência feita sua própria constituição física. Desta forma, o meio típico de coerção pessoal previsto no

¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil: Execução**. 7. ed. Salvador: Juspodovim, 2017, p. 117.

ordenamento jurídico pátrio tem seu tratamento na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5^a, inciso LXVII, em que se proíbe a prisão civil por dívida, exceto nos casos de inadimplemento de obrigação alimentícia e depositário infiel.

Insta salientar que a hipótese de prisão do depositário infiel, embora prevista no dispositivo, é considerada ilícita, conforme conferenciado no Pacto de São José da Costa Rica, em que o Brasil depositou carta de adesão no ano de 1992, tendo sido convencionado no artigo 7^o, § 7^o do referido Pacto, que os casos de prisão civil por dívida serão lícitos apenas nas hipóteses de adimplemento de obrigação alimentar. Ademais, é matéria deliberada pelo Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante n^o 25, em que se considera ilícita tal espécie de medida coercitiva pessoal referente ao depositário infiel.

Deste modo, deve-se enfatizar que a prisão civil por dívida alimentar cabe apenas em último caso, buscando o equilíbrio para que a coerção não seja de forma exacerbadamente violenta. Neste sentido, coadunam Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart (2008, p.391)¹⁶ ao passo que

[...] entre todas as técnicas destinadas à execução da obrigação alimentar, a prisão civil é a mais drástica e a mais agressiva, de modo que sua adoção somente é possível quando não existem outros meios idôneos à tutela do direito [...].

A adequação e efetividade desta espécie de medida coercitiva se verificará a partir da análise do caso, de modo que, a extinção da obrigação irá ser alcançada apenas com o adimplemento da prestação, não se extinguindo com a prisão civil, visto que esta apenas será instrumento de coerção. Logo, caso se demonstre que o devedor não possua patrimônio para satisfação do direito, a prisão civil será meio ineficaz, visto que mesmo com a coerção, não haverá cumprimento da obrigação.

1.3.2.2 Medida típica de coerção patrimonial

Assim como a coerção pessoal objetiva a alteração da vontade do executado, de modo que este cumpra com sua prestação, a coerção patrimonial utiliza de meios coercitivos que incidirão diretamente no patrimônio do obrigado.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: execução**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.391

Desta forma, a imposição de multa é o meio executivo indireto de coerção patrimonial que incide diretamente, na tentativa de modificação da vontade do devedor, fazendo com que este sinta-se constrangido, ou que vislumbre que adimplir o quanto antes sua prestação seja sua melhor conduta, pois torna-se de fato, mais econômico por fim na obrigação (RODRIGUES, 2016, p. 42).¹⁷

Astreintes são multas que não apresentam natureza sancionatória, tendo o objetivo de estimular o devedor ao cumprimento da ordem judicial. Surgem, então, num contexto em que com o advento do Código Civil francês de 1804, o emprego de constrições pessoais na execução estava absolutamente vedado.

Por conseguinte, o inadimplemento se tornou prática comum de devedores ardilosos, tendo os juízes adotado conduta de fixar multas que teriam seu montante aumentado, caso os devedores permanecessem em estado de esquiva frente sua obrigação. Assim, foi verificada que a aplicação de multa como instrumento coercitivo era efetivo, visto que os devedores temiam pelo montante da dívida ser aumentada em níveis extraordinários.

Desta forma, no momento de fixação da multa, o juiz deve sopesar, além dos aspectos gerais como valor, índice de correção e prazo, aspectos como a própria utilidade da sua imposição, tendo em vista a ocorrência de casos em que a multa se torna imprescindível para a obtenção da tutela específica, bem como desnecessária em outros, hipótese que trate de uma execução para emitir declaração de vontade (RODRIGUES, 2016, p. 42)¹⁸.

Conforme bem ressalta Edilton Meireles (2016)¹⁹, o Código de Processo Civil possibilita ao juiz fixar multa cominatória para a satisfação da obrigação de pagar, motivo pelo qual, em determinadas situações, como no cumprimento de sentença condenatória em quantia certa, é fixado ao executado, astreintes no valor de 10% da

¹⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 42

¹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 42

¹⁹ MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. vol. 247. ano 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

condenação, caso não haja pagamento dentro do prazo de quinze dias após a intimação judicial (§ 1º, do art. 523).

Desta maneira, esta multa tem natureza coercitiva, funcionando, portanto, como limitadora à cláusula geral do art. 139, IV do CPC, ou seja, nesta situação, não poderá ser fixada outra multa cominatória que não a prevista no Código de Processo Civil.

De todo modo, quanto a possibilidade de modificação da multa imposta, Marcelo Abelha (2016, p. 48)²⁰ ressalta aspectos a serem observados, sendo que, poderá ser alterada, a qualquer tempo, seu valor ou periodicidade, bem como ser excluída, caso seja verificado que se tornou excessiva ou insuficiente. Ademais, caso o obrigado demonstrar cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para descumprimento, poderá também ser alterada. Nunca deverá, então, servir para enriquecimento ilícito ou técnica punitiva para o devedor.

Existem, ainda, outras medidas coercitivas típicas de natureza patrimonial, como a de inclusão do executado no cadastro de inadimplentes (art. 782, § 3º), que atualmente no Brasil, a empresa Serasa Experian mantém um cadastro de devedores e que guarda informações de análises para decisões de crédito.

Outro exemplo é do protesto da decisão judicial (art. 517), em que conforme artigo 1º da lei 9.492/1997, o protesto é ato formal para prova de inadimplência e descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívidas. Para além, é entendimento consolidado pela jurisprudência que a sentença condenatória poderá ser objeto de protesto.²¹

Fato é que o legislador, em se tratando de medida coercitivas, não impõe limites, cabendo a critério da imaginação do juiz, bem como da análise dos fatos e provas trazidos aos autos, decidir qual medida será mais adequada para que o obrigado se sinta coagido a cumprir com obrigação ora firmada.

1.3.3 Medidas mandamentais

²⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 48

²¹ Nesse sentido ver AgRg no AREsp 291.608/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013.

Pontes de Miranda foi precursor do termo mandamental no Brasil, em que conforme o autor, “[...] uma ação mandamental é aquela que tem por fito, preponderantemente, que alguma pessoa atenta, imediatamente, ao que o juízo manda” (2016, p. 48)²². Desta forma, na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare, nem que condene.

Assim sendo, Barbosa Moreira (2000, p. 251)²³ elucida o fato de que Pontes de Miranda, importa este conceito para o ordenamento jurídico brasileiro, derivado do termo “Anordnung”, utilizado por pelo filósofo alemão Heinz Georg Kuttner, que em tradução direta, significa “ordem”, porém, optou o autor em utilizar a expressão “mandamental”.

Para a aplicação de medidas mandamentais, Meireles (2015)²⁴ pontua que são de maior utilidade para as obrigações de fazer ou não fazer de natureza infungível. Entretanto, com a redação dada ao artigo 139, IV, nada impede que estas medidas sejam impostas às obrigações pecuniárias.

Ocorre que deverão ser impostas apenas em casos extremos, tendo em vista que o descumprimento de ordem mandamental configura caso de crime de desobediência. Portando, ao passo que o juiz vislumbre possibilidade de satisfação da obrigação com a aplicação de medidas sub-rogatórias, coercitivas ou indutivas, deve evitar a ordem mandamental, visto que nas palavras de Meireles, se estaria criando um “flagrante montado”, em razão de se estar adotando prática que induza ao descumprimento.

Desta forma, por haver previsão de aplicação destas medidas para obrigações pecuniárias, poderá o juiz expedir ordem mandamental para que sejam incluídas em folha de pagamento, as prestações de trato sucessivo. Ademais, a ordem mandamental também poderá ser para que o devedor indique bens à penhora ou exiba documentos.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações:** ação, classificação e eficácia. 1ª ed. atual. Por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 48.

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A sentença mandamental:** da Alemanha ao Brasil. Revista dos tribunais. São Paulo, v. 25, n. 97, 2000, p. 251.

²⁴ MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo.** vol. 247. ano 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Conforme bem lembrado por Cândido Dinamarco “[...] o descumprimento de ordens judiciais importa insubordinação à autoridade e não só lesão ao credor” (1998, p. 115)²⁵. Neste sentido, para que não reste dúvidas acerca da configuração de que se trata de uma ordem mandamental, o devedor deve ser intimado pessoalmente, devendo constar na intimação, advertência de que o descumprimento da ordem resultará em crime de desobediência, fato este que diferenciará das demais decisões que determinam o cumprimento de uma obrigação, visto que caso descumpridas, não acarretarão crime de desobediência.

1.3.4 Medidas indutivas

Conforme bem é delineado por Edilton Meireles (2015)²⁶, ao analisar as medidas indutivas, deve-se estabelecer uma distinção fundamental frente as medidas coercitivas, tendo em vista que ambas tem por objetivo, pressionar o devedor ao cumprimento de sua obrigação, porém, possuem diferenças quanto à natureza da sanção estabelecida.

As medidas indutivas buscam auferir uma vantagem como forma de “prêmio” ao obrigado, ou seja, é oferecido um incentivo ao cumprimento da decisão judicial, tornando o cumprimento da prestação ora inadimplida, mais atraente. Por outro lado, as medidas coercitivas impõem uma sanção negativa, como forma de “castigo”, podendo ser de natureza econômica, social, moral ou jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro há previsão de diversas medidas indutivas que buscam a satisfação da prestação, oferecendo uma vantagem ao obrigado, como se demonstra na hipótese do artigo 827, § 1º do CPC/2015, em que se permite a redução dos honorários advocatícios na execução por título executivo extrajudicial, caso o executado pague a dívida no prazo de três dias.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 115

²⁶MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. vol. 247. ano 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Outras medidas previstas no Código de Processo Civil se materializam nos artigos 90, § 3º e 1.040, § 2º, em que no primeiro, é dispensada o pagamento das custas processuais remanescentes em casos de transação entre as partes em momento anterior ao proferimento da sentença. Já no segundo artigo referido, trata-se da hipótese de dispensa de custas e honorários de sucumbência, caso o autor desista da demanda após julgamento do recurso repetitivo que trata da mesma matéria, desde que antes da contestação.

Isto posto, Meireles aponta uma problemática quanto a imposição esta medida, consistente na controvérsia em que apesar do artigo 139, IV prever que poderão ser determinadas medidas indutivas por decisão judicial, apenas a lei poderá impor a sanção premial, não sendo permitido, na visão do autor, o julgador conceder isenções tributárias sem previsão legal, bem como suprimir remuneração de outrem sem autorização para tanto, como no caso de afastamento de honorários advocatícios.

Desta forma, a interpretação do artigo 139, IV, ao mencionar as medidas indutivas, deve ser de modo que possibilite ao juiz, a aplicação de medidas previamente existentes no ordenamento jurídico, ficando a critério deste, a escolha das várias opções expressas no Código.

Em conclusão, a aplicação de medidas indutivas está condicionada à aplicação dos meios já tipificados no ordenamento jurídico, além de não ser permitido a ofensa ou interferência à esfera jurídica alheia.

1.4 PROCESSO LEGISLATIVO DO ARTIGO 139, INCISO IV DO CPC/15

No trâmite do processo legislativo do artigo 139, inciso IV do CPC/2015, houve duas versões diferentes. A primeira versão continha redação dada pelo Projeto de Lei do Senado nº 166 (BRASIL, 2010, p. 76)²⁷, em que determinava o seguinte:

²⁷ BRASIL., Elaborado Pelo Serviço de Redação da Secretaria-geral da Mesa do Senado. **Quadro comparativo do Código de Processo Civil Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados).** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/cpc-quadro-comparativo-pls-166-2010-e-substitutivo-da-camara>>. Acesso em: 25 out. 2017.

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

[...]

III - 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;

Contudo, a segunda versão estava no Projeto de Lei nº 8.046 (BRASIL, 2010, p. 76)²⁸, na Câmara dos Deputados, e que excluiu do dispositivo as medidas indutivas e mandamentais, além de incluir na redação o cumprimento genérico da tutela jurisdicional, como se demonstra:

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

[...]

IV – determina, de ofício ou a requerimento, todas as medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito.

Por conseguinte, a primeira versão, aprovada no Senado Federal, foi aprovada e incluída no Código de Processo Civil de 2015, tendo com isso, gerado críticas acerca da previsão expressa da palavra “ordem judicial” no texto normativo. Assim, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 109)²⁹, com a presença dessa expressão, houve uma interpretação de que o disposto no artigo, seria aplicável apenas às tutelas mandamentais, visto que estas possuiriam uma ordem judicial mandamental.

Ocorre que, esta interpretação do dispositivo é equivocada, visto que, interpretar de forma literal, afastaria a possibilidade de aplicação das medidas de efetivação em casos concretos que não fossem derivados de uma sentença mandamental, ou seja, uma sentença que além de declarativa, possui uma ordem. Além disso, seria possível a abertura de precedentes para que devedores descumprissem suas obrigações,

²⁸ BRASIL., Elaborado Pelo Serviço de Redação da Secretaria-geral da Mesa do Senado. **Quadro comparativo do Código de Processo Civil Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados).** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/cpc-quadro-comparativo-pls-166-2010-e-substitutivo-da-camara>>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - Art. 139, IV, do novo CPC.** Revista de Processo, São Paulo, v.42, n.265, p.109.

alegando a inaplicabilidade das medidas de efetivação, sob o argumento de que não existiria uma ordem judicial condicionada a estes.

Um caso concreto desta hipótese de descumprimento do devedor, materializa-se como um devedor inadimplente, que possui uma obrigação descumprida fundada em um título executivo extrajudicial que alega a inexistência de uma ordem judicial e consequentemente, a inaplicabilidade de tais medidas. Desta forma, Marcos Minami (2016, p. 321-322)³⁰ salienta que em casos semelhantes ao exemplificado, a própria decisão judicial que reconheça a prestação inadimplida em uma execução de título extrajudicial, bastará para a falta de uma “ordem judicial”.

Superada tal questão, a aprovação do texto sofreu outra crítica, relacionada à inexistência de previsão expressa para que o juiz determine de ofício, as medidas executivas que assegurem a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito, hipótese que era trazida na segunda versão, proposta pela Câmara dos Deputados. Seria, portanto, necessário requerimento da parte exequente para que o juiz pudesse determinar tais medidas.

Posto isto, a doutrina posiciona-se no sentido de que embora não haja previsão expressa que possibilite o juiz agir de ofício nestes casos para que se assegure a tutela do direito, não deve se tomar de uma interpretação restritiva dos poderes do magistrado.

Segundo Marcos Minami (2016, p. 322)³¹, o artigo 139, inciso IV deve ser interpretado conforme situação semelhante no Código de Processo Civil, no capítulo reservado às tutelas provisórias, entre os artigos 297 e 301, em que também não há previsão expressa para que o juiz haja de ofício para efetivação das tutelas provisórias, entretanto, não se encontra óbice na adoção de medidas para tal.

³⁰ MINAMI, Marcos Youji. **Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/2015**. In: DIDIDER JUNIOR, Fredie et al (Org.). Execução. 2. ed. Salvador: Juspodovim, 2016, p. 321-322.

³¹ MINAMI, Marcos Youji. **Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/2015**. In: DIDIDER JUNIOR, Fredie et al (Org.). Execução. 2. ed. Salvador: Juspodovim, 2016, p. 322.

No mesmo sentido, posiciona-se Didier Jr. (2017, p. 117)³², complementando que o juiz não está subordinado à medida executiva atípica proposta pelo interessado para efetivação do comando, podendo inclusive, determinar providência executiva não requerida ou distinta do que foi requerida, ou seja, mais branda, mais grave ou de natureza diversa.

Trata-se, portanto, da mitigação da regra da congruência objetiva (art. 141 do CPC), admitindo-se a atuação ex officio pelo juiz, em que se não constitui ofensa ao pedido principal pleiteado pela parte, e sim, um meio apropriado para efetivação da obrigação pretendida (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 119)³³.

Ademais, tal interpretação se justifica pelo fato do legislador, em razão do direito fundamental à tutela executiva, ter renunciado a tipicidade dos meios executivos, possibilitando que o magistrado tome a providência que se revele mais adequada à efetivação do direito, sob a luz do caso concreto.

2 APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, INCISO IV DO CPC/15 E A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA, EFETIVA E TEMPESTIVA.

2.1 AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS COMO TÉCNICA PROCESSUAL CAPAZ DE GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA, EFETIVA E TEMPESTIVA

Os pilares de sustentação do direito fundamental de acesso à justiça se traduzem nos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Desta forma, este instituto é reconhecido também como princípio da inafastabilidade da jurisdição, vez que conforme se determina o texto constitucional, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

³² DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil: Execução**. 7. ed. Salvador: Juspodovim, 2017, p. 117.

³³ DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil: Execução**. 7. ed. Salvador: Juspodovim, 2017, p. 119.

Desta maneira, assim como aponta Luciano de Araújo Migliavacca (2015, p. 167)³⁴, é possível a classificação da prestação jurisdicional como um serviço público, visto que atrai para si, o ônus de resolução de conflitos, promovendo serviços de interesse puramente público. Por consequência, como serviço público, deve observar os princípios e normas correspondentes, como o princípio da eficiência, de modo que suas atividades prestacionais sejam otimizadas e com o menor ônus possível, atendendo assim, ao direito fundamental à razoável duração do processo.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 8)³⁵ defendem que a expressão acesso à justiça é de difícil definição, mas que determina duas finalidades básicas do sistema jurídico, devendo ser igualmente acessível a todos os cidadãos, bem como produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Por conseguinte, o resultado do processo interpretativo dos enunciados constitucionais supracitados ao analisar a inafastabilidade da jurisdição, deve ainda criar canais adequados para que a tutela jurisdicional desejada tenha efetividade. Dessa forma, conforme rememora Adriano Sant'Ana Pedra (2010, p. 7-36)³⁶, “a natureza dinâmica da Constituição, como organismo vivo que é, permite que ela possa acompanhar a evolução das circunstâncias sociais”

Nesta toada, tem-se o fator tempo como agente nocivo ao direito ameaçado ou lesado, em que conforme define Tucci (1997, p. 119)³⁷, o tempo é um implacável inimigo do processo, contra o qual, devem todos lutar de modo obstinado. Assim, quando se refere a todos, o autor define como sendo o juiz, seus auxiliares, as partes e seus procuradores. Por consequência deste fator, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5, LXXVIII).

³⁴ MIGLIAVACCA, L. DE A. A prestação jurisdicional como serviço público: a observância do princípio da eficiência e sua relação com a razoável duração do processo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 16, n. 1, 2015, p. 167.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

³⁶ PEDRA, Adriano Sant'Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 7-36, jul./dez. 2010.

³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 119

Maurício Pereira Doutor (2019, p. 37)³⁸, ao pensar no direito fundamental de acesso à justiça como um todo, sustenta que tal direito projeta-se funcionalmente em vários sentidos, gerando simultaneamente diversos deveres, aos quais lista de forma exemplificativa, sendo: i) a função de defesa, onde não deverá condicionar o acesso à justiça ao prévio esgotamento da via administrativa; ii) a função de prestação material, onde será necessária a criação de unidades judiciárias, contratação de servidores e juízes; iii) função de organização, em que se demonstra na criação de juizados especiais para causas de menor complexidade; iv) função de procedimento, ao passo que se criam normas processuais que assegurem a efetiva tutela de direitos; v) função de proteção, em que será criado tipos penais que previnam e sancionem o embaraço causado por particulares no âmbito do exercício eficiente do acesso à justiça.

Quando se trata, portanto, de medidas atípicas, a função de procedimento merece maior atenção, visto que será função do poder público, a garantia de criação de condições mínimas para o exercício efetivo do acesso à justiça, bem como condições para concretização das garantias constitucionais de direitos fundamentais. Desta forma, a via de manifestação da função procedimental do direito de acesso à justiça tem sua expressão máxima no processo lato sensu (DOUTOR, 2019, p.38).³⁹

A criação de procedimentos estará intimamente condicionada com o resultado que estes serão capazes de atrair, sendo insuficientes aqueles que não se revelem efetivos à concretização do direito. Nesta lógica, ao se obter uma sentença de mérito condenatória, após um extenso processo de conhecimento, não haver meios capazes de se obter o bem da vida, não haveria, portanto, a efetividade do acesso à justiça, vez que não assistiria motivo recorrer ao judiciário para obtenção de tal fim.

Diante desta situação, o Código de Processo Civil de 2015 confere ao juiz o dever-poder para determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-

³⁸ DOUTOR, Maurício Pereira. **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação.** 2019. P. 37 Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em Direito. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2019.

³⁹ DOUTOR, Maurício Pereira. **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação.** 2019. P. 38 Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em Direito. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2019.

rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV).

Percebe-se que a inovação está para a permissão do emprego de tais medidas em ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Caso contrário, haveria duas estratégias distintas para o processo, sendo uma para as obrigações de fazer, não fazer e de dar, permitindo ao magistrado, a escolha motivada dos meios que considerar eficazes para a satisfação do direito, e a outra para as obrigações pecuniárias, em que seriam conservadas em um formato de tipificação taxativa.

Diante deste tratamento diferenciado, Mauricio Pereira (2019, p. 40)⁴⁰ garante dizer que denunciaria um desmazelo do Estado com a tutela dessa espécie de direito material, sendo que situações práticas de absoluta ineficiência da tutela executiva seriam criadas, chacinando a efetividade da jurisdição. Portanto, o autor afirma que os direitos fundamentais previstos nos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 sintetizam a ideia do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Por consequência, os meios atípicos de execução serão a “dimensão muscular da fisiologia processual”.

2.2 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EXECUÇÃO DIANTE DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Considera-se que o processo executivo opera de forma agressiva, eis que atua ativamente sobre a vontade ou patrimônio do devedor, tendo por consequência, o ferimento de alguns direitos fundamentais do executado, como os patrimoniais, liberdades pessoais e livre manifestação do pensamento. Há correntes minoritárias, como segue Hermes Zaneti Junior (2016, p. 38)⁴¹, sustentando que o direito fundamental à propriedade não se torna um limite à execução, de modo que o direito de propriedade não é um direito fundamental, entretanto, a proteção do devedor decorre dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e processo justo.

⁴⁰ DOUTOR, Maurício Pereira. **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação**. 2019. P. 40 Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em Direito. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2019.

⁴¹ ZANETI JR, Hermes. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 824 ao 925. In: MARINONI, Luiz Guilherme (diretor); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). Coleção comentários ao código de processo civil. v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

Nas execuções por quantia certa, atinge-se o direito fundamental à propriedade do devedor ao passo que seu patrimônio é alvo das restrições impostas pelo poder judiciário, tendo a expropriação de seus bens. Nas execuções de obrigações de fazer não fazer, o ferimento aos direitos fundamentais se consuma conforme uma pessoa tem seu direito de livre manifestação restringido, de modo que lhe imposta uma ordem judicial para deixar de publicar suas manifestações acerca de certa pessoa pública em suas redes sociais. De todo modo, tais restrições agem em benefício ao direito fundamental do credor, como a tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, havendo, portanto, a colisão entre os direitos fundamentais.

Desta forma, ao tratar de medidas executivas típicas, o próprio legislador realiza o sopesamento entre os princípios que estão em colisão, tendo a técnica processual estritamente prevista, como regra, com o intuito de aumentar o grau de segurança jurídica na aplicação do direito. Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva, de forma clara amestra que o sopesamento realizado pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, resulta em uma regra de direito ordinário. É, portanto, uma relação de restrição, sendo a regra, uma expressão desta restrição.

De outro lado, ao aplicar medidas executivas atípicas, o sopesamento dos princípios em colisão é realizado pelo juiz, em que a partir do caso concreto, julgará o direito predominante, de modo que será definido o meio adequado para que o direito seja alcançado, bastando de regras de moldura aberta e flexível, como disposições dos artigos 139, IV, 497, 536, §3º, ambos do CPC/15. Assim, o calcanhar de Aquiles da ponderação estaria no deslocamento da hierarquização ponderativa em favor da subjetividade do intérprete, de modo que a teoria da argumentação estaria sujeira ao paradigma da filosofia da consciência. (OLIVEIRA, 2016, p. 36)⁴².

Robert Alexy (1997, p. 78)⁴³, ao se deparar com uma colisão entre princípios, a solução se dá a partir do estabelecimento de uma relação de procedência condicionada entre os princípios. Por conseguinte, este estabelecimento de

⁴² OLIVEIRA, H. L. DE. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras: uma leitura a partir de Robert Alexy / Fundamental rights, balancing and legal rationality in brazilian judicial decisions: a reading from Robert Alexy. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 15, n. 2, p. 15-49, 11 fev. 2016.

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 78

procedência condicionada consiste na fixação de condições sob as quais um princípio irá sobressair ao outro.

Ademais, os direitos fundamentais têm natureza de princípios, logo, princípios são mandamentos de otimização, sob o qual deverão ser aplicados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, a técnica da ponderação de princípios será o mecanismo argumentativo de efetivação, estabelecendo as condições jurídicas e fáticas para construção da regra aplicável ao caso, a qual deverá ser seguida pelo juiz ao conduzir a execução, avaliando a aplicação de uma medida executiva atípica que fere ou não a gama coletiva de direitos fundamentais do devedor. Assim, o tópico a seguir irá realizar o exame da metodologia aplicadas à máxima da proporcionalidade.

2.3 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE: MÁXIMAS PARCIAIS DA ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A máxima da proporcionalidade, termo utilizado assim como pontua Alexy, possui função de solucionar casos concretos que estejam sob a colisão de direitos fundamentais. Ademais, como bem ensina Carlos Bernal Pulido (2007, p. 81)⁴⁴, exerce também função de estruturar o procedimento interpretativo para determinação do conteúdo dos direitos fundamentais que vinculam o legislador.

Assim, a máxima da proporcionalidade é desenvolvida a partir da aplicação de três máximas parciais, sendo a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 34)⁴⁵ alerta para o respeito à ordem a ser seguida, defendendo a existência de uma relação de procedência lógica, sendo, portanto, abstida a progressão de etapa operativa subsequente se o direito encontrar óbice em uma etapa antecedente.

Ante o exposto, deve-se primeiramente avaliar a adequação do meio escolhido para o fim ao qual se destina, de modo que caso se obtenha uma medida que afronte direito fundamental e esta não contribua para obtenção do resultado fim pretendido, não será

⁴⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 81:

⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. . v. 91. n. 798. p. 23-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

adequada. Trazendo ao plano fático, o exequente ao requerer uma medida de suspensão de Carteira Nacional de Habilitação, caberá ao juiz, analisar o pleito para deferimento, devendo a medida estar condicionada com a promoção da realização do direito de crédito que originou a ação, ou seja, se aquela medida irá contribuir para que o devedor satisfaça seu débito.

Superada a etapa de adequação, será necessária a análise acerca da necessidade do meio, de modo que a será necessário caso colocado ao lado de alternativas para obtenção do direito, se mostrando com maior eficiência e menor grau de restrição de direitos fundamentais. Logo, caso os meios sub-rogatórios típicos, como a penhora de valores depositados em contas bancárias, mostrar-se de maior serventia para o caso concreto a ser analisado, este será de melhor eficiência visto que não terá restrições às liberdades individuais. Por outro lado, neste mesmo caso em que o bloqueio e valores se mostraria mais eficaz, as medidas restritivas de dirigir e viajar seriam desnecessárias a partir do ponto tratado nesta etapa.

A última etapa se demonstra na análise acerca da proporcionalidade em sentido estrito do meio, em que segundo Humberto Ávila (2016, p. 217-218)⁴⁶, o exame a proporcionalidade em sentido estrito exige uma comparação entre a importância a realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Desta forma, obtém-se a conclusão de que para superar esta última etapa, a medida deverá demonstrar a compensação da restrição do direito fundamental com a promoção do fim.

Seguindo o exemplo das etapas anteriores, no caso de um motorista de aplicativo, que por óbvio depende de sua Carteira Nacional e Habilitação e que a teve suspensa no intuito de promover direitos ao crédito, referente a uma ação em que o motorista figura como executado. Desta forma, a habilitação é condição para que o devedor exerça seu ofício profissional, sendo-lhe restrito o direito fundamental ao trabalho, o que não se mostra, conforme explicitado, proporcional em sentido estrito, por não haver justificção hábil entre a restrição e a promoção do fim.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 217-218.

2.4 EXISTÊNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante do que fora abordado nos tópicos acima, ao tratar de restrição de direitos fundamentais, pensa-se na possibilidade de existência de um mínimo essencial que deva ser preservado, ou seja, um núcleo intangível que torne o conteúdo material inviolável. Deste modo, existem são duas as teorias que voltam atenção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sendo a teoria absoluta e a teoria relativa.

Para a teoria absoluta, os direitos sempre terão barreiras fixas intangíveis, de forma que é possível extrair do próprio sistema constitucional, os limites iminentes a cada direito fundamental, diante de eventuais restrições. Desta forma, o núcleo essencial já estaria delimitado de antemão, a priori e não estaria sujeito a limitações externas.

De outro lado, a teoria relativa, adotada por Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 196)⁴⁷, defende-se que não poderá haver um conteúdo essencial fixo, pois as delimitações o que seria o núcleo intangível será determinado a partir das condições de fato e das colisões de direitos fundamentais do caso. Logo, esta teoria sustenta a ideia de que os limites sempre serão determinados a *posteriori*, a partir da colisão entre os direitos fundamentais.

Diante disto, a teoria relativa mostra-se mais próxima à realidade, mesmo que a teoria absoluta busca a proteção de garantia máxima de integridade dos direitos fundamentais, de fato a preservar o mínimo intangível. De todo modo, a teoria relativa se apresenta melhor instruída procedimentalmente, para que seja possível delimitar um conteúdo essencial do direito, utilizando a proporcionalidade. A teoria absoluta torna-se minoritária ao passo que estabelecendo limites insuperáveis ao núcleo essencial, acaba por impedir a satisfação integral do outro direito oposto, ficando este desamparado, pregando-se o sacrifício integral.

Ao aproximar do sistema executivo, as medidas sub-rogatórias para satisfação de obrigações pecuniárias importam na expropriação de bens ou direitos do executado, de modo que este terá restrição absoluta ao seu direito de propriedade. Entretanto, medidas indutivas e coercitivas, ao buscar coagir ou estimular o cumprimento da obrigação, importarão na restrição parcial dos direitos do executado, ou seja, ao

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 196

suspender a carteira de habilitação do devedor, serão restringidos parcialmente suas liberdades individuais, de modo que não se impede de forma absoluta que o indivíduo transite livremente, apenas que não se locomova na direção de veículo automotor, podendo ainda transitar de outros meios de transporte.

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

3.1 ATRIBUIÇÃO DE NATUREZA SANCIONATÓRIA ÀS MEDIDAS ATÍPICAS E A NECESSIDADE DE REEXAME PERIÓDICO DA APLICAÇÃO

Conquanto haja autores que defendam a atribuição de caráter sancionatório às medidas coercitivas atípicas, esta se revela uma difícil tarefa, tendo em vista que estes meios possuem natureza relacionada à imposição de medidas pelo juiz ao devedor, com ou sem a participação direta deste, no intuito de ver o direito do credor satisfeito.

No que tange a natureza inerente às sanções civis, Daniel Amorim (2017, p. 156) ⁴⁸sustenta que decorre de um direito de crédito ao sujeito que já era titular da obrigação descumprida, sendo incapaz de gerar qualquer satisfação do direito ao seu titular.

Além disso, ainda segundo o autor, é possível estabelecer mais três pontos distinção e que asseguram a impossibilidade de atribuição de caráter sancionatório às medidas coercitivas atípicas. A primeira baseia-se no aspecto de incidência temporal de ambas, sendo, portanto, que o fato gerador da sanção civil é o inadimplemento, ou seja, aplica-se uma sanção quando ocorre o inadimplemento. Por outro lado, o fato gerador de medidas coercitivas se demonstra com a tentativa de se evitar uma crise de inadimplemento.

O segundo ponto controvertido está relacionado com a situação patrimonial do devedor, de modo que as medidas coercitivas somente poderão ser aplicadas caso exista expectativa de cumprimento da obrigação. Sendo assim, seria então um ponto

⁴⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - Art. 139, IV, do novo CPC.** Revista de Processo, São Paulo, v.42, n.265, 2017, p. 156.

a ser analisado pelo juiz, acerca das circunstâncias do caso, se existe de fato possibilidade de cumprimento da obrigação, não servindo a medida como punição pelo inadimplemento e sim uma forma de pressioná-lo a satisfazer o direito.

Contudo, quanto à sanção civil, a situação patrimonial do devedor será irrelevante, havendo apenas o entendimento de que se houve crise de inadimplemento, haverá condição para aplicação de uma sanção civil decorrente.

A terceira questão está relacionada com a variação temporal da aplicação, ou seja, as medidas coercitivas, por possuírem o objetivo de pressionar o devedor ao pagamento da obrigação, está necessariamente condicionada ao fator tempo para demonstração de efetividade. Em contraponto, uma sanção civil será de caráter temporal definitivo, que decorre da ausência fática de expectativa de pagamento da dívida, não se submetendo, portanto, ao fator temporal.

As medidas atípicas, tendo natureza temporária, haverá dois resultados com sua aplicação, sendo a demonstração e eficácia da medida com o cumprimento da obrigação ou a ineficácia da medida com o descumprimento da obrigação. Desta forma, surge a necessidade da reavaliação periódica da adequação da medida, devendo perdurar enquanto ainda mantiver a sua capacidade de estímulo ao cumprimento da obrigação.

Caso haja o descumprimento da ordem após aplicação da medida, será indício de ineficácia, não havendo, portanto, a característica de estímulo, resultando na decisão fundamentada no artigo 139, IV, a caracterização de sanção punitiva, alterando a real função dada ao dispositivo, que é de instrumentalização da jurisdição.

Por este motivo, torna-se indispensável que o juiz conste em sua decisão, um prazo de validade, ao qual findando este, será realizada a reavaliação da medida e os efeitos produzidos. Desta forma, caso tenha obtido resultados positivos, como o pagamento de algumas parcelas ou abertura de negociação para acordo, o prazo poderá ser revalidado, com sua ampliação ou renovação. Caso haja resultados negativos, ou seja, inadimplência e inércia do devedor, deverá ser substituída ou agravada.

O que se conclui, de forma nítida e de maior compreensão, é que de fato, não há possibilidade de se atribuir natureza sancionatória às medidas coercitivas típicas ou

atípicas, que atuam como instrumento capaz e entregar a devida tutela jurisdicional executiva ao credor.

3.2 ADOÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Diante do princípio da responsabilidade patrimonial, a execução sempre incidirá sobre o patrimônio do devedor, diferente do que ocorria nos tempos passados, em que pretensão executiva era extensiva à pessoa do devedor, essencialmente uma execução pessoal, nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 146)⁴⁹. Deste princípio, extrai-se hoje, a impossibilidade de prisão civil por dívida, admitida apenas em casos de pensão alimentícia, na hipótese de seu descumprimento, podendo haver a prisão do devedor de alimentos, como meio de forçá-lo ao cumprimento da obrigação alimentar.

Desta forma, o objeto da execução não será a pessoa do devedor, e sim seus bens, estes que segundo lições de Ovídio Araújo (2002, p. 69-70)⁵⁰, deverão ser compreendidos em seu sentido mais amplo, com qualquer valor jurídico capaz de ser transferido do patrimônio do obrigado para o patrimônio do credor, objetivando a satisfação do crédito.

No ordenamento jurídico brasileiro concorrem duas espécies de responsabilidades, patrimonial e pessoal, em que conforme entendimento atual da doutrina, para a efetivação de prestações que tenham por objeto pecúnia, prevalecem, mas não de forma exclusiva, a ideia de responsabilidade patrimonial. Por outro lado, ao tratar de prestações de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, prevalece a ideia da responsabilidade pessoal (MARINONI, 2015, p. 714)⁵¹.

A conclusão que se extrai é no sentido de que a pressão psicológica que estimule o devedor a satisfazer o seu débito não se enquadra à execução pessoal, vedada em

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 24ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Leud, 2007., p. 146.

⁵⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2. p. 69-70

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.3. p. 714.

nosso ordenamento, vez que se mostra possível a restrição de direitos fundamentais do obrigado, atraindo, portanto, a responsabilidade pessoal do executado. A pressão psicológica atribuída ao devedor age no intuito de convencê-lo que o cumprimento da obrigação ora inadimplida lhe será mais benéfico que sofrer determinada sanção processual.

Deste modo, como no caso da prisão civil por dívida alimentar, entende-se que estas medidas não são instrumentos executivos capazes de satisfazer a obrigação, sendo assim, com a prisão civil do devedor, não se extinguirá a obrigação de pagamento das prestações vencidas e vincendas, conforme também delinea o artigo 528, §5º do CPC/15. Por este motivo, as medidas coercitivas não devem ser analisadas com o objetivo de sanção corporal do devedor, sendo que mesmo aplicadas, não irão satisfazer o adimplemento da obrigação.

No caso de uma medida atípica que suspenda a carteira de habilitação do devedor, deve-se adotar o mesmo raciocínio, pois sendo igualmente uma medida coercitiva, está apenas estimulando o cumprimento da obrigação, não havendo, portanto, com a aplicação da medida, a satisfação do crédito. Deverá, à título de quitação do débito, o atingimento do patrimônio do devedor, para que este se transforme em pecúnia ou bens equivalentes, havendo, a partir desta, a extinção da obrigação.

Daniel de Amorim Assumpção (2017, p. 115)⁵² Neves sustenta que existem dois motivos predominantes que rechaçam a ideia de limitação ao artigo 139, inciso IV do CPC/2015, em obrigações pecuniárias. O primeiro se baseia no fato do próprio código de processo civil não impõe limites à esfera de responsabilidade do devedor, seja ela patrimonial ou pessoal, para a aplicação de medidas, em obrigações pecuniárias. Tanto é que o ordenamento prevê duas espécies de medidas coercitivas com o fito de cumprimento de obrigações pecuniárias que atingem diretamente a gama de direitos do devedor, e não diretamente sobre o seu patrimônio. A primeira está prevista no artigo 782, § 3º do CPC/2015, que trata da possibilidade de inclusão do nome do devedor inadimplente no cadastro de restrição de crédito e a segunda encontra previsão no artigo 517 do CPC/2015, em que se permite o protesto da decisão judicial transitada em julgado contra o devedor.

⁵² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - Art. 139, IV, do novo CPC.** Revista de Processo, São Paulo, v.42, n.265, 2017, p. 115.

O segundo motivo está relacionado com que o próprio ordenamento prevê medidas típicas mais violentas em se comparando com restrições de direitos possibilitados pela atipicidade. Desta forma, cita-se o exemplo previsto no artigo 536, §1º do CPC/2015, quando da permissão de remoção de pessoas e coisas, com inclusive força policial, com o objetivo de efetivação da tutela específica ou obtenção de tutela do pelo resultado prático equivalente.

Importante salientar a existência de limites impostos à responsabilidade patrimonial, em que não estarão sujeitos à execução, os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis, assim como prevê o artigo 832 do CPC/2015. Desta forma, a inalienabilidade decorre dos casos previstos em lei, como o caso dos bens públicos de uso comum e os de uso especial (art. 100, CC), bem como de cláusulas postas em pacto antenupcial, doação, herança ou legado, sendo, portanto, afastada a incidência da responsabilidade patrimonial destes bens.

Quanto à impenhorabilidade, há rol elencado no artigo 833 do CPC/2015, bem como em leis especiais, como a Lei nº 8.009/90. Neste sentido, conforme leciona Didier Jr. (2009)⁵³, a impenhorabilidade encontra seu fundamento na proteção de bens jurídicos relevantes, segurando assim, o direito ao patrimônio mínimo. Logo, por consequência da ausência deste valor jurídico do mínimo indispensável, bem como comprovação de intuito de blindagem patrimonial, poderá então ser desconsiderada a impenhorabilidade.

Assim, como assegura Daniel Amorim (2017, p. 116)⁵⁴, as medidas executivas coercitivas atípicas poderão, em sua maioria, serem efetivadas sem que haja violência física, tornando-as menos invasivas que a efetivação de medidas típicas. Em conclusão, medidas típicas ou atípicas deferidas para o cumprimento de obrigações pecuniárias poderão recair sobre a responsabilidade pessoal do devedor, não devendo haver limitações para que as medidas atinjam apenas o âmbito de responsabilidade patrimonial, sob pena de engessamento dos poderes conferidos ao juiz.

⁵³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades**. Revista de Processo. vol. 174. p.30-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - Art. 139, IV, do novo CPC**. Revista de Processo, São Paulo, v.42, n.265, 2017, p. 116.

3.3 FUNDAMENTAÇÃO E AMPLA DEFESA

Neste âmbito de estabelecimento de diretrizes para deferimento de medidas executivas atípicas, deve-se observar, de forma fundamental, a fundamentação da decisão, bem como a garantia da ampla defesa e o contraditório, com meios e recursos a elas inerentes. A fundamentação deverá ser adequada, de modo que aborde as razões do deferimento ou indeferimento da medida, tanto para os fundamentos do exequente, quanto para os do executado.

Em um Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais não poderão ser tomadas com base no arbítrio da autoridade julgadora, carecendo de legitimidade, caso ausente a devida fundamentação. Desta forma, Bruno Franco e Marina Oliveira (2012, p. 19)⁵⁵ levantam importante questionamento: como alcançar decisões corretas em uma sociedade plural, em que valores e visões de mundo diferentes são cultivados sob uma mesma ordem jurídica?

Os autores encontram resposta sob o ponto de vista que a própria ordem jurídica deve garantir e respeitar a pluralidade, além de propor o posicionamento consoante à Robert Alexy, ao passo que para solucionar a questão de validade das decisões judiciais, deve-se propor uma avaliação objetiva, ao passo que serão afastadas as soluções que prevaleçam convicções morais subjetivas do juiz, sempre que em suas decisões, ser necessário exercer um julgamento de valor (2012, p. 19)⁵⁶.

Conforme o artigo 5º, LV da CF, bem como se estabelece nos artigos 7º, 9ª e 10 do CPC/2015, o respeito ao contraditório é base fundamental para que seja viável a aplicação das medidas tratadas nesta pesquisa, pelo qual, se garante o devido processo legal. A hipótese de oportunizar que o destinatário dos efeitos da medida se manifeste é diretamente ligada ao princípio da menos onerosidade da execução, pois será nesta, em que o executado irá propor medida diferente, que menos lhe afete e que de fato, irá satisfazer o direito do exequente.

Este é o entendimento firmado em diversos precedentes estabelecidos no Brasil, como ainda será trazido exemplos desta aplicação, vez que deste modo, existirá um

⁵⁵ ALVES, B. F.; GUIMARÃES, M. O. Justificação racional das decisões jurídicas em Robert Alexy e a crítica de Jürgen Habermas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 10, p. 19, 18 abr. 2012.

⁵⁶ Ibidem, p. 19.

diálogo entre os litigantes e o magistrado, construindo assim, um procedimento executório satisfatório à ambos, satisfazendo tais direitos.

Dentro do campo de estudo do processo civil, sabe-se que o modelo adotado a partir de 2015 foi o modelo presidencialista, em que o juiz figura como presidente do processo, proferindo decisões e conduzindo o processo de maneira exclusiva. Ocorre que este fato não o torna figura principal do processo, nem mesmo é capaz de estabelecer grau de superioridade ou arbítrio entre o magistrado, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público ou partes.

Isto decorre do princípio da cooperação, em que o presidente do processo, o juiz, deverá atuar como órgão colaborativo cooperador, buscando a melhor resolução para os mais diversos conflitos. Neste sentido, Teori Zavaski (2004, p. 73)⁵⁷ assevera que

[...] reforça-se, assim, o papel do juiz no processo de execução, sobretudo para que adote mesmo que de ofício, as providências que julgar indispensáveis para que se outorgue a quem tem direito a tutela jurisdicional reclamada [...]

Oportunizado o contraditório, a fundamentação da decisão ocupará posição basilar na construção da tutela executiva satisfativa, vez que será analisado todos os princípios e requisitos expostos neste trabalho, como os relacionados à proporcionalidade e razoabilidade.

3.4 SUBSIDIARIEDADE OU ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Esta característica da aplicação das medidas atípicas está relacionada com o fator tempo, ou seja, o momento considerado adequado para sua imposição. Existe para cada espécie de obrigação, um procedimento típico, de modo que para obrigação de fazer e não fazer é encontrado nos artigos 814 a 823 do CPC/2015. Para obrigações de entregar coisa, o procedimento típico está previsto nos artigos 806 a 810 do CPC/2015. Por fim, para obrigações pecuniárias, segue o disposto no artigo 523 e seguintes.

⁵⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 73.

Deste modo, mesmo que haja um procedimento específico típico para cada espécie de obrigação, não se torna um óbice à aplicação de medidas atípicas, vez que a “[...] mera existência de um procedimento executivo típico é insuficiente para afastar a aplicação do princípio da atipicidade dos meios executivos” (NEVES, 2017, p. 127)⁵⁸

Entende-se que o CPC/2015 possui um procedimento típico para execução de obrigações, sendo a atipicidade, um tempero à receita, vez que caso analisado a ineficácia do típico, sendo incapaz de cumprir sua função específica, caberá adotar o atípico. O principal argumento em defesa desta corrente sustenta inexistir lógica na previsão de diversos artigos positivados, prevendo procedimentos a serem seguidos para execução de obrigações, se bastaria apenas o juiz fundamentar sua decisão no artigo 139, IV, do CPC/2015 e aplicar a medida executiva atípica no lugar de uma previamente tipificada.

Neste mesmo sentido, posiciona-se José Miguel Garcia Medina (2016, p. 966)⁵⁹, para conjugar a ideia da necessidade de existência de uma modelo flexível ou atípico de medidas executivas, sendo possibilitado ao juiz, a aplicação de medidas executivas atípicas de forma subsidiária, vez que os problemas enfrentados na realidade, por muitas vezes, são complexos demais para serem tutelados por um procedimento típico.

Partindo desta sistemática, o juiz ao apreciar uma execução que tenha por objeto uma obrigação pecuniária, deve primeiramente utilizar as medidas de penhora e expropriação, com a possibilidade de caso infrutífera a tentativa, incluir o nome do devedor no cadastro de inadimplentes e protesto de título judicial. Após tais diligências, seriam adotadas medidas atípicas, fundamentadas pelo artigo 139, IV, CPC, de forma subsidiária.

Acompanhando esta máxima doutrinária, o enunciado 12 do Fórum Permanente dos Processualistas civis (FPPC), dispõe este entendimento, ao passo que se permite a aplicação destas em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução

⁵⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - Art. 139, IV, do novo CPC.** Revista de Processo, São Paulo, v.42, n.265, 2017, p.127.

⁵⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 966.

de título executivo extrajudicial, porém, em caráter subsidiário e desde que observado o contraditório.

De todo modo, há pequena parcela da doutrina que se posiciona de forma contrária, defendendo a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas, de forma imediata, para obrigações pecuniárias lastreadas em títulos executivos judiciais, podendo o magistrado, bastar de qualquer técnica que avalie necessária e útil para obtenção do resultado pretendido. Conforme os autores, a aplicação subsidiária estaria reservada para cumprimento de obrigações lastreadas em títulos executivos extrajudiciais, vez que não possuem origem na atividade jurisdicional (MARINONI, 2016, p. 782-783)⁶⁰.

Sendo assim, necessidade do esgotamento prévio das medidas típicas é diretriz de aplicação indicada pela doutrina, bem como por precedentes do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar matérias relacionadas, como no caso dos Recursos Especiais n.º 1.955.539/SP e 1.955.574/SP, em que se permitiu, a possibilidade de aplicação, observando o contraditório, proporcionalidade e subsidiariedade.

4 PRIMEIRAS ABORDAGENS DO TEMA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como já demonstrado, a atipicidade dos meios executivos “deferem ao juiz o poder-dever para determinar medidas de apoio tendentes a assegurar o cumprimento de ordem judicial, independentemente do objeto da ação processual” (ALVIM, 2016, p. 214)⁶¹. Desta maneira, Marcelo Abelha⁶² compartilhando sua frustração, ressalta que é deveras incomum, o caso que tenha sido condenado o réu e que este tenha cooperado e cumprido de forma voluntária a decisão e o encargo que lhe fora atribuído, sendo sempre necessário, um processo de execução.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. , p.782-783.

⁶¹ ALVIM, Angélica Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 214.

⁶² RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? **Migalhas de Peso**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um--cafajeste--apreensao-de-passaporte--da-carteira-de-motorista>>. Acesso em: 18 out. 2022.

Na fase executiva, portanto, pontua que se separam o executado decente do “executado cafajeste”, sendo o primeiro, aquele que age com seu devido dever processual de colaborar e agir com boa-fé, bem como que não atue de modo a embaralhar e criar óbices ao processo executivo. Já o segundo, é aquele que aliena, oculta e blinda seu patrimônio contra a execução que lhe sofre. Neste ponto, é que se tornam necessárias os meios de satisfação das prestações, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, com a aplicação das medidas que surpreendam os “executados cafajestes”, que de modo arditoso, tentam fraudar obrigação contra este.

Desta forma, no julgamento do Recurso Especial nº 1.864.190/SP, a relatora Ministra Nancy Andrighi elucida que parcela respeitável da doutrina indica óbice a aplicação de meios atípicos na exequibilidade de obrigações de pagar quantia, fundamentando possível violação ao princípio da patrimonialidade da execução. Ocorre que não se pode confundir a natureza jurídica das medidas de coerção psicológica, sendo estas apenas medidas executivas indiretas, com as sanções civis de natureza material, que se dão por punições face o inadimplemento, configurando, portanto, ofensa ao princípio da garantia da patrimonialidade. Tendo isto em vista, passa-se à análise da aplicação nos casos concretos.

4.1 RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 97.876/SP

Cuida-se, na origem, de execução de título extrajudicial proposta pela Escola Integrada Educativa Ltda em face de Jair Nunes de Barros, em trâmite na 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré/SP, distribuída em 04 de dezembro de 2015. A ação é fundada em contrato de prestação de serviços educacionais celebrado entre as partes, ao qual o executado, apesar de devidamente citado, deixou de realizar o pagamento ou oferecimento de bens à penhora. Com isso, o exequente requereu a suspensão do passaporte, bem como da carteira nacional de habilitação do devedor, como meio hábil a forçá-lo ao pagamento. Desta forma, a decisão de primeira instância deferiu os pedidos, na data de 24 de maio de 2017.

Diante da decisão, Jair Nunes de Barros interpôs habeas corpus, distribuído à 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob a relatoria do Desembargador Ruy Coppola. Assim, em sede de julgamento colegiado,

houve a extinção do processo sem resolução de mérito, por considerar inadequada a via para o pleito, o qual deveria ter sido impugnado via agravo de instrumento.

Foi interposto recurso ordinário, com fundamento no artigo 105, II, "a" da CF/1988, em que o recorrente Jair Nunes reiterou suas razões, no sentido de que o deferimento da suspensão de seu passaporte e carteira de habilitação importam em ofensa à sua liberdade de locomoção, coagindo ilegalmente sua liberdade de ir e vir. Em razão disso, sustentou que em hipótese alguma uma dívida contratual poderia resultar em injusta violação à sua liberdade.

Ademais, conforme o recorrente, as penas restritivas de direitos somente poderiam ser deferidas por órgãos administrativos, como o Tribunal de ética da Ordem dos Advogados do Brasil ou Conselho Nacional de Medicina, ou por Juízos Criminais, sendo de incompetência absoluta o tratamento da matéria em Juízo Cível ou Trabalhista.

Na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, os Ministros da Quarta Turma acordaram, por unanimidade dos votos, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quanto à suspensão do passaporte do executado, foi determinada ordem de restituição ao titular, considerando a medida coercitiva ilegal e arbitrária, vez que atingiu direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável.

Entendeu, ainda, que a decisão judicial, no âmbito de ação de cobrança de duplicata, determinar suspensão do passaporte do devedor e, diretamente, impedir o deslocamento do atingido, viola os princípios constitucionais da liberdade de locomoção e da legalidade, independente da extensão desse impedimento. Ademais, julga-se que no caso, não foi observado o contraditório, além da decisão não haver fundamentação capaz de justificar a grave restrição do direito do executado, limitando-se apenas a deferir as medidas, sem que houvesse qualquer demonstração de sua necessidade e utilidade para o caso.

Quanto à suspensão da carteira nacional de habilitação, indicou que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já havia se posicionado que a medida não ocasiona ofensa ao direito de ir e vir do indivíduo, citando ementa do Habeas Corpus 411.519/SP, de modo que o detentor da habilitação, segue com seu direito de se

locomover para qualquer lugar, desde que não o faça na condição de condutor de veículo automotor.

Por consequência lógica, a retenção do documento seria capaz de causar potencial embaraço à pessoa inserida em determinados grupos, como o de profissionais, que possuem na condução de veículos, seu ofício. Nesta hipótese, seria sustentável impugnação da decisão, todavia, por meio diverso do Habeas Corpus, pois a sua razão não seria coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza.

A razão pela qual foi configurada a coação à liberdade de locomoção, ilegal e abusiva, da decisão judicial de apreensão de passaporte, como forma de coação para o adimplemento de dívida civil consubstanciou-se na falta de proporcionalidade e razoabilidade entre o direito submetido e aquele que se pretende favorecer, diante do tratado no caso. Assim, sustenta que a medida poderia ser utilizada, desde que presentes o contraditório e fundamentação adequada da decisão, ao qual verificasse a pertinência à proporcionalidade da medida. Por estas razões, foi dado parcial provimento ao recurso ordinário, a fim de desconstituir a medida executiva consistente na apreensão do passaporte do executado, com a manutenção da medida relacionada à carteira nacional de habilitação.

4.2 ANÁLISE DA DECISÃO

Posto de forma compacta o caso, bem como os fundamentos explicitados pelos Ministros em seus votos, passa-se a analisar os precedentes a partir das premissas sustentadas nesta pesquisa, com possíveis equívocos e acertos.

Diante das medidas atípicas aplicadas pelo Juízo de primeiro grau, a decisão considerou ameaçadora à liberdade de ir e vir apenas a de suspensão do passaporte do executado, vez que sem o documento, não poderia deixar o território nacional. Observa-se que neste caso, o devedor perderá a possibilidade para transitar além das fronteiras do país, com exceção aos países integrantes do Mercosul, que por força de acordos internacionais, a exigência de apresentação de passaporte é desnecessária, sendo possível que o indivíduo transite entre as fronteiras portando apenas documento de identificação com foto. Assim, de fato o devedor terá seu direito de liberdade,

garantido pelo artigo 5º, XV, da CF violado, tendo a tese de inconstitucionalidade desta medida possível fundamentação.

Como exposto no decorrer desta pesquisa, a restrição de um direito fundamental não é juridicamente impossível ou inviolável, sendo necessário que esta restrição não se justifique por dadas as razões casuísticas, sob a égide das máximas da proporcionalidade, assim como explicitado no capítulo 3.2.1 deste trabalho, em que possui função de solucionar casos concretos que estejam sob a colisão de direitos fundamentais.

No caso que versa a decisão, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao examinar os fatos trazidos pelas partes, concluiu que a restrição ao direito de ir e vir do devedor, com a suspensão do passaporte, não se justificava. Ademais, a decisão de primeiro grau que deferiu as medidas, com base no artigo 139, IV, do CPC, tinha o seguinte comando: Defiro o pedido de p. 104/105, oficiando-se ao Detran e a Polícia Federal”. Observa-se claramente ausência de fundamentação legal e adequada para imposição da medida, além do que não houve contraditório prévio.

Desta forma, de forma assertiva registrou o Relator que nada impede a utilização da medida de suspensão do passaporte, desde que haja o direito ao contraditório e a fundamentação adequada da decisão. Logo, no caso a imposição foi declarada como coação ilegal e abusiva à liberdade de locomoção, vez que não contou com os presentes requisitos, bem como se mostrou desrazoável e desproporcional frente à colisão de direitos.

Sobre a suspensão da carteira nacional de habilitação, também se posicionou de forma coerente ao entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a decisão que restringe o indivíduo de conduzir veículos automotores não é capaz de ferir seu direito de locomoção, pois está sendo restrito apenas uma forma de se transitar. Mesmo com tal restrição, o devedor será capaz de se locomover para onde entender, seja transporte público, aéreo, marítimo, taxi, bicicleta ou caminhando, seja dentro ou fora do território nacional.

Levando as premissas trazidas nesta pesquisa em consideração, encontra-se óbice em uma das afirmativas trazidas no acórdão, consubstanciado na seguinte manifestação do relator⁶³:

[...] Na verdade, segundo penso, considerando-se que a medida executiva significa restrição de direito fundamental de caráter constitucional, sua viabilidade condiciona-se à previsão legal específica, tal qual se verifica em âmbito penal, firme, ademais, no que dispõe o inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens". A meu juízo, raciocínio diverso pode conduzir à aceitação de que medidas coercitivas, que por natureza voltam-se ao "convencimento" do coagido ao cumprimento da obrigação que lhe compete, sejam transformadas em medidas punitivas, sancionatórias, impostas ao executado pelos descumprimentos, embaraços e indignidades cometidas no curso do processo [...]

Identifica-se um erro ao afirmar que a aplicação de medida executiva de suspensão do passaporte estaria condicionada a previsão legal específica. Tal medida executiva é atípica, pelo exato motivo de que não há previsão legal específica, porém, encontra fundamento na regra geral do artigo 139, IV, do CPC. Ademais, não se pode fazer alusão ao sistema punitivo penal, vez que é diferente da intenção relacionada às medidas coercitivas.

Conforme também já explicitado nesta pesquisa, não há possibilidade de atribuir natureza sancionatória às medidas coercitivas típicas ou atípicas, pois atuam como instrumento capaz de entregar a devida tutela jurisdicional executiva ao credor. Já na lógica penal, regido pela legalidade estrita, um sancionado somente será exonerado das consequências do ato criminoso praticado por ele caso cumpra uma pena.

⁶³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 97.876/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 5/6/2018, Diário Oficial. 9/8/2018.

4.3 RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 99.606/SP

Cuida-se, na origem, de processo em fase de cumprimento de sentença, em curso na 4ª Vara Cível da Comarca de Santos/SP, na qual figura como executado Arnaldo Rodrigo Cosato e como exequente Celi José da Silva, em que ocorreram diversas diligências executivas, como penhora infrutífera, via Bacenjud, penhora de veículo, deferimento de penhora sobre o faturamento de empresa pertencente ao executado, entre outras. Com o resultado negativo destas diligências, o Juízo de primeiro grau determinou a suspensão da carteira nacional de habilitação, além de condicionar o direito do executado de deixar o país ao oferecimento de garantia, como meios de coerção indireta ao pagamento de dívida executada nos autos de cumprimento de sentença.

Diante de tal decisão, foi impetrado habeas corpus com pedido liminar, distribuído ao Desembargador Cesar Lacerda, integrante da 28ª Câmara de Direito Privado. Em sede de decisão monocrática, não se conheceu o Habeas Corpus, ao fundamento de que contra decisão proferida em primeira instância, caberia o recurso de agravo de instrumento. Desta forma, a chegada da matéria ao Colendo Superior Tribunal de Justiça se deu pela interposição de recurso ordinário, a quem coube por distribuição à Ministra Nancy Andrighi, ao qual foi negado provimento ao recurso em 13/11/2018, com acórdão transitado em julgado.

Em seu voto, a Ministra discorreu sobre o entrave aduzido juntamente com a aplicação da medida atípica, sobre o cabimento do Habeas Corpus em matéria cível, ficando reservado aos casos de flagrante ilegalidade do ato coator, que por si, é capaz de gerar restrição ao direito de ir e vir. Ademais, adentrando à análise das medidas impostas pelo Juízo de primeiro grau, reportou-se à outros precedentes da própria Corte, como o HC 411.519 e RHC 97.876/SP, bem como do Supremo Tribunal Federal, no HC 73.655, no sentido de ratificar o entendimento de que a restrição do direito de dirigir veículo automotor não afronta direta e indiretamente o direito de ir e vir do indivíduo, motivo pelo qual considerou inadequada a via do Habeas Corpus.

Além disso, quanto à fundamentação pertinente à medida consistente na prévia garantia da execução para que o executado possa sair do país, reconheceu a

potencial ameaça ao direito de ir e vir do indivíduo, pois assim, estaria este impedido de se locomover para onde bem entender, conhecendo o Habeas Corpus neste ponto. No mérito, discorreu sobre os poderes do juiz na execução, com a adoção do modelo cooperativo de processo, em que o magistrado, da mesma forma que as partes, tem deveres em relação ao resultado da prestação jurisdicional, não mais podendo figurar como espectador. Ademais, outro ponto que merece ser ressaltado é do fato que asseverou que a coerção psicológica sobre o devedor agora é a regra geral da execução civil, bem como, o afastamento de entendimentos fundados na ideia de que os meios executivos atípicos infringem o princípio da patrimonialidade da execução, de modo que medidas de coerção não poderão se confundir com sanções civis.

Segundo a relatora, o emprego de medidas atípicas carece de prévio contraditório e fundamentação adequada. Diante da intimação do executado para que este promova sua manifestação acerca do princípio da menor onerosidade da execução, deverá sugerir medida alternativa, sendo que com sua inércia, não haverá razão que subsista a alteração de uma medida antes deferida.

Ao analisar as circunstâncias do caso concreto, a Ministra identificou que houve a aplicação da medida coercitiva indireta, sem que houvesse o contraditório prévio exigido pelo artigo 9^a do CPC/15, nem mesmo motivação adequada à incidência da medida de necessidade de garantia prévia da execução para saída do país. Desta forma, a falta destas exigências por si já seria suficiente para afetar a validade do ato processual do Juízo de primeiro grau, impedindo a utilização deste meio. Ocorre que, foi identificado, ainda, a ausência de indicação de meio executivo menos oneroso por parte do devedor que teve seu documento retido, conforme artigo 805, parágrafo único, do CPC/15, o que também estaria representando violação aos deveres fundamentais de boa-fé processual e colaboração.

Assim, não podendo mais o executado se limitar a alegar a invalidade dos atos executivos, bem como não ter, o executado, indicado meios menos gravosos e mais eficazes ao cumprimento da obrigação exigida, teve-se como a única solução aplicável ao caso concreto, a manutenção da medida restritiva. Feitas tais razões, negou provimento ao Habeas Corpus.

4.4 ANÁLISE DA DECISÃO

Observa-se que no caso levado ao Colendo Tribunal, em sua origem, a fase de cumprimento de sentença já estava tramitando há quase cinco anos, tendo neste período, sido deferidas diversas outras diligências, como busca de quantias em aplicações bancárias, veículos, imóveis, bem como penhora de faturamento da empresa em que pertencia o devedor. Entretanto, nenhuma das diligências empreendidas restou frutífera, tendo ainda, sido configurado um comportamento, como bem descreve Daniel Amorim, de executado cafajeste, vez que restou comprovado nos autos uma alienação de imóvel em fraude à execução.

A relatora realizou apontamentos que confirmam o que fora trabalhado na presente pesquisa, sustentando a ideia de o contraditório prévio e a fundamentação adequada são garantias do devido processo legal. Assim, somente após prévia oitiva do executado é que se poderá aplicar medidas coercitivas indiretas, de modo que o cumprimento voluntário da obrigação seja induzido

A decisão, de forma congruente, ressalta outro tópico trabalhado, em relação ocorrências de violação ao princípio da responsabilidade patrimonial. Fez distinção de forma congruente da natureza jurídica das medidas de coerção psicológica, que são medidas executivas indiretas, e das sanções civis de natureza material, estas capazes de ofender o princípio da patrimonialidade da execução, pelo fato de subsistirem em punições, frente ao inadimplemento.

Postas tais considerações, ao analisar o caso concreto, verificou que o juiz de primeiro grau aplicou medidas coercitivas indiretas sem observar o contraditório prévio, nem mesmo motivação adequada à imposição da medida de expedição de ofício à polícia federal para anotação de restrição de saída do país sem a garantia da execução. Diante da ausência destes pressupostos por si só, seria suficiente para impugnação da validade do ato processual e anulação das medidas impostas.

Ocorre que a relatora observou outra violação aos deveres de boa-fé processual e colaboração, previstos nos artigos 5º e 6º do CPC/2015, baseada na falta de atendimento à determinação do artigo 805, parágrafo único, do CPC/15. Logo, não se permite que o executado limite suas alegações quanto à invalidade de atos executivos, arguindo violação ao princípio da menor onerosidade da execução para o

executado, sem que proponha meio menos gravoso e mais eficaz ao cumprimento da obrigação exigida.

Desta forma, não sendo atendido tal dever de boa-fé e cooperação, na hipótese do caso, a relatora entendeu por não haver manifesta ilegalidade ou abuso de poder a ser reconhecida por via de habeas Corpus, razão pela qual não foi concedida a ordem.

5 CONCLUSÃO

Tendo em vista que o objetivo deste trabalho buscou compreender e analisar a disposição presente no artigo 139, IV, do CPC/15, por meio da aplicação de medidas executivas atípicas na execução de pagar quantia certa, bem como estabelecer parâmetros de seu uso, ao passo de proporcionar a efetivação da tutela jurisdicional ao exequente, protegendo direitos fundamentais do devedor, algumas conclusões podem ser extraídas da pesquisa.

- 1 Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o processo executivo era marcado pela taxatividade, demonstrando-se um procedimento de baixa efetividade. Com o novo Código processual, houve uma ressignificação da atividade jurisdicional, de modo que se buscou a proteção dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.
- 2 Entendeu-se a importância das medidas executivas atípicas como meio processual capaz de garantir a entrega da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.
- 3 Compreendeu-se a diversidade e complexidade das demandas enfrentadas pelos juízes, em que muitas vezes não há tipificação de medida para a hipótese concreta. Deste modo, o legislador não é capaz de prever em lei todas as peculiaridades dos casos que chegam à análise do Poder Judiciário, motivo pelo qual, o princípio da atipicidade dos meios executivos surge como alternativa altamente eficaz para auxiliar na resolução do conflito.
- 4 O artigo 139, IV, do CPC é uma espécie de poder geral de efetivação, o qual amplia os poderes executivos do juiz, com o objetivo claro de dar ao processo executivo, maior efetividade. Dessa forma, caberá ao magistrado analisar de

forma exauriente o caso concreto e determinar a medida que considerar mais adequada e que demonstrará maior eficácia.

- 5 A inovação trazida pelo dispositivo está relacionada com a possibilidade da aplicação também nas obrigações que tenham por objeto o pagamento de quantia em dinheiro, dando à todas as espécies de obrigações, tratamento igualitário.
- 6 No entanto que haja divergência doutrinária acerca de alguns aspectos do artigo, a jurisprudência tem sido congruente com o estabelecimento de parâmetros de aplicação das medidas. A ideia inicial, de que a aplicação do artigo fica a cargo da capacidade criativa do juiz e que este poderá agir de maneira totalmente livre vem sendo rechaçada, vez que existem parâmetros que delimitam sua atuação.
- 7 Diante do estudo, os parâmetros de aplicação de medidas executivas atípicas devem seguir critérios como: (i) adequação, em que se deve avaliar a relação de adequação da medida adotada com o fim ao qual se destina; (ii) necessidade, de modo que a medida será necessária caso colocada ao lado de outras alternativas e se mostrar mais eficaz; (iii) proporcionalidade, no sentido de comparar a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais; (iv) fundamentação adequada, que exige do juiz a exposição ampla das razões que o levaram a tomar a decisão; (v) ampla defesa e contraditório, para que haja participação entre juiz e partes; (vi) subsidiariedade, mesmo havendo divergência quanto a este critério, a jurisprudência atual converge no sentido de que a atipicidade deve ser adotada após exauridos os meios típicos.
- 8 A atribuição de caráter sancionatório às medidas executivas atípicas não é possível, vez que os meios possuem naturezas jurídicas, critérios e características diferentes.
- 9 Ao aplicar medidas atípicas, o juiz terá o dever de sopesar os princípios em colisão, partindo da análise da hipótese concreta. Desta forma, utiliza-se a teoria dos princípios de Robert Alexy, em que ao se deparar com uma colisão entre princípios, a solução se dará a partir do estabelecimento de uma relação

de procedência condicionada entre os princípios, de modo a fixar condições sob as quais um princípio irá sobressair ao outro.

- 10 Pensa-se na possibilidade de existência de um núcleo essencial dos direitos fundamentais, os quais garantem a existência de um mínimo essencial que deva ser preservado, ou seja, um núcleo intangível que torne o conteúdo material inviolável. Dessa forma, a teoria relativa mostra-se mais próxima à realidade do processo executivo brasileiro, de modo que não poderá haver um conteúdo essencial, pois as delimitações do que seria o núcleo intangível serão determinadas a partir das condições de fato e colisões de direitos fundamentais do caso.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ALVES, Bruno Franco; GUIMARÃES, Mariana Oliveira. Justificação racional das decisões jurídicas em Robert Alexy e a crítica de Jürgen Habermas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 10, p. 15-30, 18 abr. 2012.
- ALVIM, Angélica Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A sentença mandamental**: da Alemanha ao Brasil. *Revista dos tribunais*. São Paulo, v. 25, n. 97, 2000.
- BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL., Elaborado Pelo Serviço de Redação da Secretaria-geral da Mesa do Senado. **Quadro comparativo do Código de Processo Civil Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados)**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/11/27/cpc-quadro-comparativo-pls-166-2010-e-substitutivo-da-camara>>. Acesso em: 25 out. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 97.876/SP**, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 5/6/2018, Diário Oficial. 9/8/2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Renata Pereira Carvalho; COURA, Alexandre de Castro. **A atuação do magistrado e sua conformação paradigmática**: o desafio de materializar o estado democrático de direito. Porto Alegre, ano 7, n.32, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil**: Execução. 7. ed. Salvador: Juspodovim, 2017.

_____. **Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades**. Revista de Processo. vol. 174. p. 30-50. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2009, edição eletrônica.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 115

DOUTOR, Maurício Pereira. **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação**. 2019. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em Direito. Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2019.

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

LE MOS, Jonathan Iovane de. O processo de execução e a influência cultural em sua delimitação: das medidas sub-rogatórias e das técnicas executivas pré-determinadas à atipicidade dos meios. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.200, p. 125-157, out./2011.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5974>. Acesso em: 7 nov. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: execução. v. 3. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. vol. 247. ano 40. p. 231-246. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2015.

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

MINAMI, Marcos Youji; **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas – Salvador: Editora JusPodivim, 2018.

_____. **Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/2015.** In: DIDIDER JUNIOR, Fredie et al (Org.). Execução. 2. ed. Salvador: Juspodovim, 2016.

MIGLIAVACCA, L. DE A. A prestação jurisdicional como serviço público: a observância do princípio da eficiência e sua relação com a razoável duração do processo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 16, n. 1, p. 167-182, 29 jun. 2015.

MOREIRA, Nelson Camatta. A função simbólica dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 2, p. 163-192, 13 ago. 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - Art. 139, IV, do novo CPC.** Revista de Processo, São Paulo, v.42, n.265, 2017.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras: uma leitura a partir de Robert Alexy / Fundamental rights, balancing and legal rationality in brazilian judicial decisions: a reading from Robert Alexy. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 15, n. 2, p. 15-49, 11 fev. 2016.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 7-36, jul./dez. 2010.

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

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O que fazer quando o executado é um "cafajeste"? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista?** Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/245946/o-que-fazer-quando-o-executado-e-um--cafajeste---apreensao-de-passaporte--da-carteira-de-motorista>. Acesso em: 18 out. 2022.

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

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

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença.** 24ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Leud, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, 17ª edição, revisada e atualizada, pág. 268. São Paulo-SP: Saraiva, 2017

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.