



UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - UERN

CAMPUS AVANÇADO DE NATAL – CAN

DEPARTAMENTO DE DIREITO

CURSO DE DIREITO

JOBSON MACIEL DA SILVA

**A APLICABILIDADE DAS MEDIDAS ATÍPICAS
DO CPC À LUZ DO STJ**

NATAL/RN

2019

JOBSON MACIEL DA SILVA

**A APLICABILIDADE DAS MEDIDAS ATÍPICAS
DO CPC À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STJ**

Trabalho de conclusão de curso em formato de artigo científico apresentado à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Dijosete Veríssimo da Costa Júnior.

NATAL/RN

2019

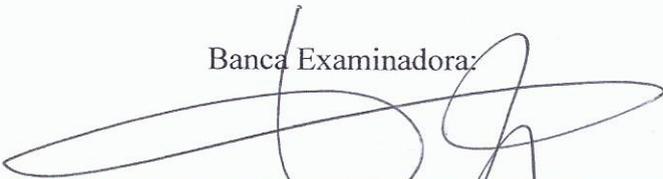
JOBSON MACIEL DA SILVA

**A APLICABILIDADE DAS MEDIDAS ATÍPICAS
DO CPCÀ LUZ DO STJ**

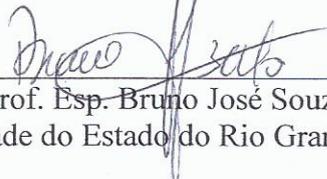
Artigo apresentado à Disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II (TCC II), do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 30 de setembro de 2019.

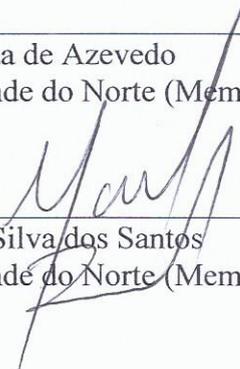
Banca Examinadora:



Professor MSc. Dijosete Veríssimo da Costa Júnior.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte



Prof. Esp. Bruno José Souza de Azevedo
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (Membro)



Prof. MSc. Marcelo Roberto Silva dos Santos
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (Membro)

© Todos os direitos estão reservados a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do(a) autor(a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu(a) respectivo(a) autor(a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

S586a Silva, Jobson Maciel da
A APLICABILIDADE DAS MEDIDAS ATÍPICAS DO
CPC À LUZ DO STJ. / Jobson Maciel da Silva. - Natal/RN,
2019.
34p.

Orientador(a): Prof. Me. Dijosete Veríssimo da Costa
Júnior.

Monografia (Graduação em Direito). Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte.

1. Execução, Medidas atípicas, Efetivação, Exequente,
Executado. I. Costa Júnior, Dijosete Veríssimo da. II.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III.
Título.

A APLICABILIDADE DAS MEDIDAS ATÍPICAS DO CPC À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STJ

Jobson Maciel da Silva¹

RESUMO: A execução é o momento que o jurisdicionado alcança o bem jurídico tutelado, contudo, por vez o direito fundamental a uma tutela efetiva é mitigado ou até mesmo não efetivado pela morosidade do Estado-juiz ou por mecanismo fraudulento do executado. O jurisdicionado busca o Poder Judiciário para restabelecer o seu direito material violado, e diante disso, é defeso ao juiz não apreciar uma demanda, bem como não efetivá-la. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma nova perspectiva para a execução com o novel art. 139, IV. Este dispositivo criou uma cláusula geral de efetivação, o qual o juiz pode utilizar de todos os meios coercitivos e sub-rogorios para efetivar o direito. Destarte, o presente artigo pretende analisar a aplicação desse dispositivo à luz da Constituição e dos princípios processuais. Para isso, foram utilizados dois julgados do STJ. Como metodologias para pavimentar este artigo foram realizadas pesquisas bibliográficas através de fichamento de livros e artigos científicos, bem como, a partir da análise de julgados. A pesquisa demonstrou a necessidade de analisar o caso concreto para aplicar o meio mais adequado, sempre observando os direitos das partes na execução.

Palavras Chaves: Execução, Medidas atípicas, Efetivação, Exequente, Executado.

ABSTRACT: The execution is the moment when the person under jurisdiction reaches the legally protected interest, however, at times, the fundamental right to an effective protection is mitigated or even not realized by the sluggishness of the State/judge or by fraudulent mechanism of the execution debtor. The person under jurisdiction seeks the judiciary to reinstate the violated material right, and faced of this, the judge is not required to hear a demand, as well as not to enforce it. The Civil Procedure Code (2015) brought a new outlook to execution with the new article 139, IV. This dispositive created a general realization clause, which the judge may draw of all means of coercion and subrogation to enforce the right. Therefore, the present article purposes to analyze the application of this dispositive in the light of the Constitution and procedural principles. In order to do so, two judged people of the STJ were utilized. As methodologies to pave this article, bibliographic researches were conducted through annotation of books and scientific articles, as well as from the analysis of judged people. The research demonstrated the need to analyze the concrete case to apply the most suitable means, always observing the rights of the parties to the execution.

Key-words: Execution, Atypical measures, Realization, Execution creditor, Execution debtor.

¹ Discente do Curso de Direito (Bacharelado) pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte – UERN. Campos Avançado Natal. E-mail: jobsonmaciel@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 EXECUÇÃO CIVIL E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS ESPECÍFICOS DA EXECUÇÃO: 2.1 – PRINCÍPIOS PROCESSUAIS QUE REGE A EXECUÇÃO. 2.1.1 – Princípio da boa-fé processual. 2.1.2 – Princípio da cooperação. 2.1.3 – Princípio do resultado (Primazia da Tutela). 2.1.4 – Princípio da menor onerosidade de execução. 2.1.5 – Princípio da adequação. 2.1.6 – Princípio da proporcionalidade. 3 DA TIPICIDADE E DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS: 3.1 – DAS MEDIDAS ATÍPICAS NOS CPC/73 E NO CPC/2015; 3.2 – DOS PODERES E DEVERES DO JUIZ NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS; 3.3 – DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVA ATÍPICA PREVISTA NO ART. 139, IV DO CPC/2015. 4 DO DIREITO FUNDAMENTAL: A EFETIVIDADE JURISDICIONAL E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO EXECUTADO: 4.1 – DO DIREITO A EFETIVIDADE JURISDICIONAL; 4.2 – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO EXECUTADO. 5 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

O novel art. 139, IV do Código de Processo Civil de 2015 trouxe grande inovação à execução, uma vez que ampliou os poderes do magistrado para compelir o executado a cumprir determinada obrigação através de medidas atípicas. As medidas atípicas não são novidades no Processo Civil, pois já se faziam presentes no art. 461, § 5º do CPC/73. Contudo, só poderiam ser utilizadas em execução com obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa diversa a dinheiro. A novidade está na possibilidade da aplicação das medidas executivas atípicas na execução de pagar quantia.

A execução é o momento para efetivar a tutela jurisdicional, porém o sistema processual de 1973 se mostrou por diversas vezes ineficiente, o que impede o direito fundamental do credor, do pleno acesso à justiça, visto que para ter uma justiça de forma plena, não adianta só ingressar com uma demanda, é necessário a efetiva tutela jurisdicional, como consagra o art. 5º, XXXV da Carta Constitucional de 1988.

O art. 139, IV, CPC/15 está em “processo de maturação”, isto é, a doutrina e o judiciário ainda estão se adaptando ao novo dispositivo processual. A efetividade do dispositivo é fortalecida com o seu amadurecimento e o estudo sobre esse é imprescindível para averiguar os limites das medidas atípicas. Esse debate traz para o processo segurança jurídica às partes que compõe a demanda.

O estudo das medidas executivas atípicas se mostra necessário, pois há uma morosidade no cumprimento das decisões executivas, em que o credor tem o direito da tutela

executiva jurisdicional. Essa tutela, para ser efetivada – visto que se trata de um direito constitucional –, requer a concretização da prestação devida do direito violado.

Para o andamento desse estudo, se fez necessário um corte epistemológico. Por conseguinte, foi realizada uma pesquisa sobre os reflexos da adoção de medidas executivas atípicas nos direitos fundamentais das partes em uma execução, uma vez que, de um lado está o executado, com os direitos fundamentais da ampla defesa, do contraditório, do direito de locomoção, entre outros. Por seu turno, está o exequente, que tem o direito fundamental de uma tutela efetiva.

Esse estudo objetivou, de forma geral: analisar as alterações na execução que o art. 139, IV trouxe ao processo, perquirir a sua efetiva aplicação, analisar o dispositivo à luz da Constituição e dos princípios que rege o processo civil, a fim de não interpretar o dispositivo de forma isolada.

O presente artigo está estruturado em seis sessões de discussão. O primeiro capítulo trata da Introdução, apresentando em aspectos gerais a temática estudada. O segundo, traz a discussão sobre o instrumento que outorga o adimplemento do bem da vida tutelado, bem como, discorre sobre a análise dos princípios Constitucionais e processuais que pavimentam a execução. O terceiro capítulo disserta sobre as medidas típicas e as medidas atípicas previstas no Código de Processo Civil destacam quais os instrumentos o jurisdicionado possui para garantir a efetividade de sua demanda, bem como, versa sobre os poderes e deveres do magistrado no processo executivo.

No quarto capítulo, buscou-se examinar as medidas atípicas à luz dos direitos fundamentais, pois a Constituição é o mecanismo que sopesa conflito e garante os direitos das partes. Já o capítulo quinto, objetiva apreciar julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), averiguando a aplicação em casos concretos das medidas executivas atípicas. Por fim, o sexto capítulo traz as considerações finais desse estudo, seguido das referências bibliográficas utilizadas nesse.

Em termos metodológicos, esse estudo é de abordagem qualitativa, o qual buscou descrever como a medida executiva atípica modificou a tutela executiva jurisdicional. Para tanto, foi realizada revisão bibliográfica e análise documental, desenvolvidas através de fichamento de livros, dissertações e de artigos disponibilizados na internet, bem como, por meio da análise do ordenamento jurídico e decisões judiciais. Neste sentido, o estudo possui nível descritivo, pretendendo obter dados fidedignos da revisão bibliográfica e das decisões judiciais. Dada a necessidade de analisar todos os aspectos estudados, se fez a opção pela dialética, para o estudo não ser direcionado a uma resposta pré-determinada.

2 EXECUÇÃO CIVIL E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Antes de analisar os pormenores dos meios executivos atípicos, consagrado no novel art. 139, IV do Código de Processo Civil de 2015, é necessário pavimentar alguns conceitos sobre o processo executivo, esta análise servirá de arcabouço para o estudo do presente trabalho.

Em um primeiro momento, vamos discorrer sobre a execução: executar é satisfazer uma prestação devida. A execução pode ser espontânea, quando o devedor cumpre voluntariamente a prestação; ou forçada, quando o cumprimento da prestação é obtido por meio da prática de atos executivos pelo Estado².

Nesse sentido, Montenegro Filho (2016) explana:

A execução é o instrumento processual posto à disposição do credor para exigir o adimplemento forçado da obrigação por meio da retirada de bens do patrimônio do devedor ou responsável (no modelo da execução que persegue o adimplemento da obrigação de pagar soma em dinheiro), suficientes para a plena satisfação do exequente, operando-se no benefício deste e independentemente da vontade do executado, e mesmo contra sua vontade³.

Portanto, quando um direito material é violado, é necessário o seu restabelecimento, passado o processo de conhecimento, que é o poder-dever que o Estado detém de dizer o Direito – *ius dicere*, onde busca-se a tutela jurisdicional, isto é, o bem jurídico, sendo efetivada com a prestação devida ao credor.

Isto posto, o sistema de processo pátrio entende a execução como o conjunto de meios materiais previstos em lei, à disposição do juízo, visando à satisfação do direito⁴. Executar, portanto, é realizar – ir até o fim, objetivando – uma prestação, sendo a última chance de o requerente (credor) conseguir seu bem de vida (interesse) juridicamente tutelado⁵.

Em linhas gerais, a execução é o instrumento pelo qual o exequente utiliza para restabelecer o bem jurídico violado. Ela é constituída em duas situações: em um processo autônomo ou em uma fase procedimental, denominada de cumprimento de sentença. No processo autônomo (execução autônoma), o exequente tem um direito líquido e certo a um bem jurídico, e neste caso, busca-se a efetividade. Nesta situação, são necessários todos os

² DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. Braga, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 Ed. ver, ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 45.

³ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: de acordo com o novo CPC**. 12. Ed. reform. E atual. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 828.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Vol. único**. 9 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 1053.

⁵ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Editora JusPodium, 2018. p. 120.

procedimentos legais para compor a lide, tal como: petição inicial, contestação e demais atos processuais de direito.

A execução como uma fase procedimental, isto é, dentro do mesmo processo, busca o reconhecimento do bem jurídico, tal como a sua efetividade, ocorrendo, portanto, em um processo sincrético. Para Minami, processo sincrético é a possibilidade de, em um mesmo procedimento, o jurisdicionado obter diversos tipos de tutela: conhecimento, cautelar e executiva⁶.

Segundo Didier, a execução da sentença deve ser sincrética, pois busca certificar e efetivar o bem jurídico tutelado, uma vez que diminui o tempo necessário à prestação da tutela jurisdicional⁷.

O Estado-juiz tem o poder coercitivo de impor sanções ao executado, para que esse satisfaça o bem jurídico violado do exequente. Isso pode acontecer em detrimento à vontade do devedor, bem como, a execução pode acontecer com participação voluntária do executado, visto que “o objetivo da execução é a entrega da prestação devida”⁸.

Nesse passo, existem dois meios para efetivar a execução: a forma direta e a indireta. Na forma direta (sub-rogação), o executado é compelido a satisfazer o bem jurídico com procedimentos que vão de encontro com a vontade do devedor, como por exemplo, a penhora que está no art. 831, CPC/15, o qual aduz “a penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios”⁹. Nessa senda, vale colecionar o ensinamento de Didier:

A decisão *executiva* é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida executiva *direta*, que será adotada em substituição à conduta do devedor, caso ele não cumpra voluntariamente o dever que lhe é imposto. Ela está fundada, portanto, na noção de *execução direta* (ou execução *por sub-rogação*), assim entendida aquela em que o Poder Judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida e, pois, promove uma substituição da sua conduta pela conduta do próprio Estado-juiz ou de um terceiro¹⁰.

O segundo meio técnico de efetivar a execução é a forma indireta (meios coercitivos): neste caso, o devedor é incentivado a cumprir a obrigação devida. O Estado-juiz usa uma

⁶ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Editora JusPodium, 2018. p. 91.

⁷ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. Braga, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 Ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. 46 p.

⁸ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Editora JusPodium, 2018. p. 41.

⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em agosto de 2017.

¹⁰ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. Braga, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 Ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 51.

pressão psicológica ou estimula o executado a cumprir a execução. Exemplo de pressão psicológica é incluir o nome do devedor em cadastro de inadimplência, que está no art. 782, §3º, CPC/15, o qual assevera o referido dispositivo “a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplência”. Outro exemplo é a multa (astreintes), consagrada no art. 537, *in verbis*

a multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou **na fase de execução**, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. (*grifos acrescidos*).

Nessa toada, cumpre mencionar o ensinamento de Neves, assim redigido:

Na execução indireta, o Estado-juiz não substitui a vontade do executado, pelo contrário, atua de forma a convencê-lo a cumprir sua obrigação, com o que será satisfeito o direito do exequente. O juiz atuará de forma a pressionar psicologicamente o executado para que modifique a sua vontade originária de ver frustrada a satisfação do direito do exequente. [...] A execução será voluntária, decorrente da vontade da parte, mas obviamente não será espontânea, considerando que só ocorreu porque foi exercida pelo Estado-juiz uma pressão psicológica sobre o devedor¹¹.

Para finalizar o preâmbulo do estudo da execução, é necessário discorrer sobre Título executivo, o qual é o instrumento legal que reconhece a mora do devedor que deixou de adimplir uma obrigação de pagar quantia, fazer ou não fazer. Título executivo é gênero que pode ser classificado em duas espécies: judicial e extrajudicial. Este dar-se-á por processo autônomo, já aquele é formado por um processo sincrético.

Nessa vereda, Marinoni leciona “Título executivo é a representação documental típica do crédito revestida de força executiva. Os títulos executivos podem ser judiciais (art. 515, CPC/15) ou extrajudiciais (art. 784, CPC/15)”¹². O Título judicial, portanto, deve estar em um rol taxativo, em que cabe o brocardo *nullustitulussine legis*, isto é, só são válidos os Títulos executivos criados por lei.

A validade do Título executivo está adstrita com o art. 783, CPC/15, *in verbis* “A execução para cobrança de crédito findar-se-á sempre em título de **obrigação certa, líquida e exigível**”. (*grifos acrescidos*).

Neste diapasão, Marinoni aponta:

A obrigação consubstanciada no título executivo deve ser certa, líquida e exigível para que possa dar lugar à execução forçada (arts. 783 e 786 CPC). Obrigação certa é aquela que, diante do título, existe – da qual não se duvida a partir do título a respeito da existência. A obrigação é líquida quando determinada quanto ao seu

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Vol. único**. 9 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 1057.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 628.

objeto. Não retira a liquidez da obrigação o fato de estar sujeita à correção monetária ou ao acréscimo de juros. Exigível é a obrigação atual; que pode ser imediatamente imposta. A regra está em que a obrigação é exigível quando em mora o devedor¹³.

Destarte, não basta um título judicial ou extrajudicial para buscar a satisfação do bem jurídico violado, se faz necessário que a obrigação exequenda seja certa, líquida e exigível.

2.1 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS QUE REGEM A EXECUÇÃO

Doravante, será desenvolvido o estudo dos princípios que norteiam o processo de execução, interpretação e aplicação das medidas executivas típicas e atípicas que devem ser alicerçadas pela Norma Constitucional e pelos princípios. O presente projeto não tem o objetivo de discorrer sobre o princípio de forma genérica, bem como, apontar a distinção entre princípio e regra. Destarte, os princípios arrolados têm um papel fundamental para função executiva.

2.1.1 Princípio da boa-fé processual

O art. 5º do CPC/2015 consagrou o princípio da boa-fé processual, como aduz o referido dispositivo: “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”¹⁴. Assim, os sujeitos processuais devem se comportar de acordo com a boa-fé que, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta (boa-fé objetiva)¹⁵.

O princípio em destaque merece relevância, pois objetiva que as partes não criem embaraços, utilizando mecanismos protelatórios, ilícitos ou abusivos com intuito de postergar o processo de conhecimento e/ou processo executivo. A fase executiva é o ambiente onde encontra-se com mais frequência condutas diversas a boa-fé objetiva. É ingenuidade, em regra, crer que o executado o cumpra de forma espontânea uma prestação de fazer, não fazer, ou pagar quantia. Conduto, o que se espera do executado é que ele não crie embaraços para o cumprimento de uma decisão judicial. Cabe ressaltar, ainda, que o devedor tem deveres no processo, como por exemplo, indicar bens à penhora (art.829, §2º, CPC/2015).

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op., cit., p. 863.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em agosto de 2017.

¹⁵ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento**. 19 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 118.

Portanto, a boa-fé elemento que impõe tutela da confiança e dever de aderência à realidade, no processo civil é exigida tanto a boa-fé subjetiva como a boa-fé objetiva. Ao vedar o comportamento contrário à boa-fé, o art. 5º do CPC/15 exige a boa-fé objetiva¹⁶.

2.1.2 Princípio da Cooperação

O art. 6º do CPC/2015 destaca o princípio da cooperação, assim redigido: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e **efetiva**”¹⁷. Observa-se que um dos propósitos do princípio da cooperação é a efetividade do bem jurídico tutelado, em que as partes devem buscar em tempo razoável uma resposta ao direito material violado.

Com força neste dispositivo, os sujeitos processuais devem cooperar entre si. Em uma demanda, as partes têm interesses divergentes, sendo difícil que uma coopere com a outra. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das partes com o juiz no processo¹⁸. É um dever do magistrado promover a participação mais ativa das partes na condução do processo e aumentar as chances de influenciarem de maneira efetiva na formação do convencimento judicial¹⁹.

Trata-se, portanto, de uma democratização do processo, visto que o juiz deve conduzir o processo com a participação das partes, percebe-se isto no saneamento conforme o art. 357, § 3º, do CPC/2015.

2.1.3 Princípio do Resultado (Primazia da Tutela)

O escopo fim da execução é tutela jurisdicional de um bem jurídico violado. Toda execução, portanto, há de ser específica. Uma execução é bem-sucedida, de fato, quanto entrega rigorosamente ao exequente o bem da vida, objeto da prestação inadimplida, e seus consectários, ou obtém o direito reconhecido no título executivo (execução *in natura*)²⁰.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 157.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em agosto de 2017.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. 160 p.

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Vol. único**. 9 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 205.

²⁰ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18 ed. ver e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 144.

Nessa toada, Fredie Didier ensina:

a execução deve ser *específica*: propiciar ao credor a satisfação da obrigação tal qual houvesse o cumprimento espontâneo da prestação pelo devedor. As regras processuais devem ser adequadas a essa finalidade. A atividade jurisdicional deve orientar-se nesse sentido²¹.

Em vista disso, os instrumentos utilizados para alcançar o fim da execução não deve ser uma punição ao devedor, mas sim um meio de pressão para restabelecer o bem material violado.

2.1.4 Princípio da menor onerosidade da execução

O princípio da menor onerosidade está consagrado no art. 805 do CPC/2015, *in verbis*“ quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”²².

O princípio é uma proteção do executado contra eventuais abusos que podem ocorrer no processo de execução. O devedor, apesar de estar em uma situação de sujeição em relação ao exequente, é um sujeito de direitos, e, portanto, deve-se observar o devido processo legal.

Contudo, o princípio da menor onerosidade não é uma prerrogativa para o devedor não cumprir a prestação devida, isto é, não pode o executado usar este princípio em detrimento ao direito de efetividade do credor. Havendo, portanto, outros meios para chegar ao resultado fim da execução, deve-se usar o menos oneroso.

Nesse passo, ensina Misael Montenegro:

É importante destacar que o princípio conferido ao devedor não pode prejudicar a plena satisfação do credor, reforçando a tese de que as atenções devem ser a ele voltadas, por ter sido injustiçado pela conduta do devedor de não adimplir a obrigação, no tempo e no modo devido²³.

Destarte, não é o escopo do princípio da menor onerosidade ser instrumento para criar obstáculos, embaraços à satisfação do direito tutelado. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados, conforme preceitua o parágrafo único do referido artigo.

²¹ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. Braga, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 Ed. ver, ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 71.

²² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em agosto de 2017.

²³ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: de acordo com o novo CPC**. 12. Ed. reform. E atual. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 834.

2.1.5 Princípio da adequação

A medida (típica ou atípica) a ser aplicada, deve buscar a satisfação da obrigação devida, e não ser apenas uma penalidade para o devedor. Portanto, só é possível identificar a melhor medida (típica ou atípica) analisando o caso concreto.

Nesse toar, leciona Didier:

O processo deve ser adequado aos sujeitos processuais. As regras processuais não, pois, de serem adequados àqueles que vão participar do processo. [...] É preciso que o processo seja adequado também *in concreto*. Nada impede que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo com meio de mais bem tutelar o direito material²⁴.

O magistrado deve analisar o momento da execução e aplicar ao caso concreto o instrumento que promova de forma mais célere o adimplemento do bem tutelado. Se, por ventura, o meio utilizado não surtir efeito, deve-se buscar outros instrumentos, como postula Araken de Assis: “sem meio hábil, o bem nunca será alcançado pelo credor”²⁵.

2.1.6 Princípio da proporcionalidade

Consagrado o art. 8 do CPC/2015, versa que:

ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência²⁶.

Neste sentido, o dispositivo ora analisado, em sua parte final, determina que o juiz promova o processo de acordo com o ordenamento jurídico, e tem como escopo a eficiência. Mas, para chegar ao objeto fim, deve-se observar a proporcionalidade, assim como ao aplicar algum procedimento, deve-se observar os direitos do exequente e do executado, pois é nesse momento – processo executivo – que a colisão de direitos e princípios mais sucedem.

Para Minani, a proporcionalidade na execução deve ser pautada no princípio da menor onerosidade ao executado, porém, escolhendo um meio efetivo, a analisar:

a) o prejuízo que a utilização de um meio executivo causará ao executado, se temporário ou permanente; b) o prejuízo que a não utilização de um meio

²⁴ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento**. 19 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. 131;133 p.

²⁵ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18 ed. ver e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 154.

²⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em agosto de 2017.

executivo causará ao exequente, se temporário ou permanente; c) os direitos da personalidade do executado e o direito fundamental à tutela executiva do credor; d) os custos materiais e humanos para o estado, tanto pela utilização, quanto pela não utilização desse meio de efetivação e e) a proibição de deixar de entregar a tutela ao exequente por não existir procedimentos para isso, ou porque os meios executivos disponíveis mostraram-se insuficientes²⁷.

Para não haver arbitrariedade nas decisões judiciais, o magistrado deve fundamentar a mitigação de determinado direito fundamental em detrimento outro para satisfazer o direito do exequente, tal como preceitua o art. 489, § 2º do CPC/15.

3 DA TÍPICIDADE E DA ATÍPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

A função precípua da tutela jurisdicional é a pacificação de um conflito, e no processo executivo, é a entrega do bem da vida tutelado. “O jurisdicionado não recorre ao judiciário, por vezes, para obter uma sentença, uma decisão interlocutória, um mandamento, a penhora, a avaliação ou a aplicação de multa por descumprimento, seu objetivo é a prestação devida”²⁸. Na execução, portanto, é o momento que o Estado-juiz revela o seu poder coercitivo para impor, através de medidas típicas e atípicas, o adimplemento de um direito material violado.

A execução é típica quando o procedimento é positivado no Código de Processo Civil. O rol de medidas executivas típicas é diverso, tendo, por exemplo: a penhora, expropriação, alienação, entre outros. Nesse formato, é possível ter uma previsibilidade das ações do Estado-juiz, mitigando eventuais ações despóticas, a fim de garantir segurança jurídica às partes.

Já as medidas executivas atípicas são aquelas determinadas pelo Juízo e não positivadas na legislação. Isto é necessário, pois em uma sociedade complexa, é impossível o legislador prever todas as artimanhas do executado para não adimplir a sua obrigação jurisdicional. É verdade que a execução corrige ou atenua, muitas vezes, a legislação de má nota²⁹. Assim, o Estado-juiz deve utilizar de todos os instrumentos – por óbvio, respeitando os direitos fundamentais do executado, e com parâmetros a ser aplicados – para efetivar o direito do exequente.

Sobre as medidas típicas e atípicas Minami leciona:

²⁷ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Editora JusPodium, 2018. p. 262.

²⁸ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Editora JusPodium, 2018. p. 30.

²⁹ BARBOSA, Rui de Oliveira. **Oração aos moços e O dever do advogado**. – CL EDIJUR – Leme/SP, 2016. p. 43.

É possível afirmar que a fixação dos meios executivos em lei pode ser categorizada como de tipicidade fechada, a exemplo do que ocorre na tipificação de crimes ou de tributos. Isso significa que um procedimento executivo sem especificação dos expedientes a serem seguidos será tido como regido pela atipicidade, como ocorre no cumprimento de sentença de prestação de fazer ou de não fazer. Por outro lado, um procedimento executivo com detalhamento dos meios executivos é considerado regido pela tipicidade dos meios executivos. É o caso da execução dos títulos executivos extrajudiciais. É possível, enfim, dizer que o Brasil adota um tipo de sistema misto³⁰.

Dessa maneira, para o adimplemento de um bem jurídico violado o Estado-juiz pode se valer de medidas típicas e/ou atípicas.

3.1 DAS MEDIDAS ATÍPICAS NO CPC/73 E NO CPC/2015

As medidas atípicas já se encontravam legalmente expressa no Código de Processo de Civil de 1973, em seu art. 461, §5º, como aduz o referido dispositivo:

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

[...]

§ 5º **Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias**, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (grifos acrescidos)³¹.

O juiz está investido de amplos poderes para adotar medidas atípicas destinadas à obtenção da tutela específica. Como se observa, o rol do §5º do art. 461 é meramente exemplificativo³². A aplicação das medidas executivas atípicas do Código Civil de 1973 nas execuções de obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa diversa a dinheiro, é pacífica entre os doutrinadores e pela jurisprudência, conforme o julgado a seguir:

Efetivação da sentença no mesmo processo em que proferida EMBARGOS À EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA. Na tutela das obrigações de fazer e de não fazer do art. 461 do CPC, concedeu-se ao juiz a faculdade de exarar decisões de eficácia auto-executiva, caracterizadas por um procedimento híbrido no qual o juiz, prescindindo da instauração do processo de execução e formação de nova relação jurídico-processual, exercita, em processo único, as funções cognitiva e executiva, dizendo o direito e satisfazendo o autor no plano dos fatos (TRF4, AC

³⁰ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Editora JusPodium, 2018. 164 p.

³¹ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, jan de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em agosto de 2017.

³² MARTINS, Sandro Gilbert. DOTI, Rogéria Fagundes. **Código de Processo Civil Anotado**. Curitiba: Editora: OAB:PR, 2013. p. 789.

2009.72.08.002633-1/SC, 3ª T., Rel. Des. GUILHERME BELTRAMI, DJe 21.09.2010)³³.

Já no Código de Processo Civil de 2015, esta matéria está disciplinada no art. 139, IV, cujo dispositivo aumenta os poderes do juiz para efetivar o bem jurídico tutelado. Assim estabelece a norma processual:

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

[...]

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária³⁴.

Temos ainda mais dois dispositivos processuais que corroboram a opção do legislador de efetivar as medidas executivas atípicas, a saber, o art. 297, e o art. 536, § 1º.

Destarte, pode-se observar entre os dispositivos a mudança legislativa na forma que a execução ocorre, pois no CPC/73 as medidas atípicas só eram utilizadas para o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer e entregar coisa, sendo que o CPC/15 expandiu para as execuções por quantia.

O professor Gajardoni denomina a mudança de paradigma como uma “revolução silenciosa da execução por quantia”, porquanto o art. 139, IV parece trazer ao país algo bastante novo, cuja aplicação, a depender do comportamento do Judiciário, pode implicar em verdadeira revolução (positiva ou negativa) na sistemática executiva.³⁵

Pelos comandos normativos do CPC/73, identifica-se que a atipicidade é usada como *prima face* nas execuções de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa. O Juízo, portanto, na vigência no CPC/73 usava-se de todos meios executivos para ter um processo efetivo. Esta opção de *prima face* para as execuções de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa foi mantida no CPC/15, e, em síntese, o juiz pode utilizar dos meios mais eficazes para a efetivação do bem jurídico.

Já em termos de execução por quantia, as medidas típicas são *prima face*, e as medidas atípicas só serão aplicadas quando esgotadas todas as medidas típicas, que, uma vez constatadas ineficazes e inefetivas, o juiz pode determinar todas as medidas indutivas,

³³ MARTINS, Sandro Gilbert. DOTTI, Rogéria Fagundes. Op., cit., p. 790.

³⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em agosto de 2017.

³⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015> Acesso em 15/07/2019.

coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial.

Nessa senda, Abelha estabelece: “a regra para a execução de obrigação de fazer, não fazer, e entregar coisa é a atipicidade dos meios executórios, já a execução por quantia a regra é a tipicidade, sendo possível adotar meios atípicos para a melhor obtenção da tutela”³⁶.

Consoante ao ensinamento de Abelha, o professor Didier explana:

A tipicidade *prima face* das medidas na execução por quantia certa é confirmada pelo disposto nos arts. 921, III, e 924, V, ambos do CPC. A ausência de bens penhoráveis acarreta a suspensão da execução durante um ano, findo o qual começa a correr o prazo de prescrição intercorrente, que constitui causa de extinção do processo executivo. Ora, se a atipicidade fosse a regra, a ausência de bens penhoráveis não deveria suspender a execução, bastando ao juiz determinar outras medidas necessárias e suficientes à satisfação do crédito. Como, porém, a penhora, a adjudicação e a alienação são as medidas típicas que se destinam à satisfação do crédito, a ausência de bens penhoráveis impede o prosseguimento da execução, não sendo possível, nesse caso, a adoção de medidas atípicas que lhes sirvam de sucedâneo para que se obtenha a satisfação do crédito do exequente³⁷.

O artigo 139, IV é uma cláusula geral de efetivação, sendo possível a sua aplicação em títulos judiciais, extrajudiciais, em prestações de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa, ou para prestação pecuniária, sendo nesta última aplicação como *ultima ratio*.

O dispositivo em estudo foi tema de debate no Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, o qual teve como escopo discutir o atual Código de Processo Civil. Na ocasião, foi estabelecido o enunciado nº 12 que trata das medidas atípicas, que estabeleceu parâmetros e critérios a serem utilizados para aplicabilidade das medidas executivas atípicas, como aduz o referido enunciado:

12. (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das **medidas atípicas** sub-rogatórias e coercitivas **é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial**. Essas medidas, contudo, **serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas**, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução)³⁸. (grifos acrescidos).

A partir do enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualista Civil, Minami estabeleceu alguns aspectos, a saber:

- a) A atipicidade dos meios executivos é ampla, aplicando-se nas execuções de qualquer espécie de prestações, independentemente do tipo de título executivo que a tenha originado;
- b) A aplicação da atipicidade dos meios executivos é subsidiária, ou seja, apenas deve ocorrer quando os meios tipicamente previstos, uma vez tentados, não tenham mostrado resultado;

³⁶ ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 98.

³⁷ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. Braga, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 Ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 107.

³⁸ Fórum Permanente de Processualista Civis. Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em 15/0/2019.

c) a decisão que determine medidas executivas atípicas deve ser motivada à luz do art. 489, § 1^a, I e II³⁹.

Percebe-se que tanto o legislador, bem como, a doutrina, concorda que o dispositivo ora analisado, criou um “poder geral de efetivação”. Porém, como pondera Minami, o magistrado deve fundamentar suas decisões, não pode invocar o princípio da atipicidade empregando conceitos genéricos, mas sim explicando a sua necessidade em relação ao caso concreto. Neste sentido, Abelha defende que deve haver um link necessário, lógico, razoável e proporcional de instrumento, além de fim, meio e resultado, respectivamente, entre os meios coercitivos e o cumprimento da ordem⁴⁰.

3.2 DOS PODERES E DEVERES DO JUIZ NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

É um dever do Estado-juiz pacificar um conflito entre jurisdicionados. Para tanto, as partes processuais (autor, réu e juiz) devem cooperar entre si. Isto é o que dispõe o art. 6º do CPC/15, assim redigido: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Com força neste dispositivo, os sujeitos processuais devem cooperar entre si.

Em uma demanda, as partes têm interesses divergentes, sendo difícil que uma coopere com a outra. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das partes com o juiz no processo⁴¹. Nesse sentido, leia-se o seguinte julgado que colaciono, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS NÃO OPORTUNIZADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1 – **O constitucional princípio do acesso à justiça, é muito mais do que formulações do tipo 'acesso ao Poder Judiciário' mas sim, acesso a uma ordem jurídica justa, que é a garantia de efetiva e adequada participação no processo, com possibilidade de levar ao julgador todas as provas de que dispuser, relevantes e pertinentes, para ter um julgamento justo(...)**(TJ-GO, APELAÇÃO CIVEL 303847-35.2012.8.09.0051, Rel. DES. WALTER CARLOS LEMES, 3A CÂMARA CIVEL, julgado em 02/07/2013, DJe 1340 de 10/07/2013)⁴². (grifos acrescidos).

³⁹ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Editora JusPodium, 2018. 203-204 p.

⁴⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão do passaporte? As carteira de motorista? Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>> Acesso em 29/07/2019.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. 160 p.

⁴² TJ-GO. APELAÇÃO CIVL. 303847-35.2012.8.09.0051. Relator: Des. Walter Carlos Lemes. DJe 10/07/2013. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/215168995/djgo-suplemento-secao-iii-29-10-2018-pg-5540>>. Acesso em: 05 de julho de 2019.

É um dever de o juiz promover a participação mais ativa das partes na condução do processo e aumentar as chances de influenciarem de maneira efetiva na formação do convencimento judicial⁴³. Destarte, observa-se que o escopo do princípio da cooperação é a efetividade, tanto na fase de conhecimento, bem como, na fase executiva.

O juiz tem papel fundamental para a solução da lide, e não basta o julgamento do mérito – dizer o direito – é necessária a efetivação do bem jurídico tutelado. O juiz tem o dever de decidir, não pode alegar lacuna ou obscuridade do ordenamento. Isto é o que aduz o art. 140 do CPC/15, assim redigido: “o juiz não se exime de decidir sob a legação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. No Estado Constitucional, o juiz tem o dever de decidir em atenção à juridicidade estatal. A omissão legislativa, o não convencimento, não justificam a omissão jurisdicional⁴⁴.

Nesse toar, Ada Pellegrini, com a clareza que lhe é peculiar, pontifica:

Como a jurisdição é função estatal e o seu exercício dever do Estado, não pode o juiz eximir-se de atuar no processo, desde que tenha sido adequadamente provocado: no direito moderno não se admite que o juiz lave as mãos e pronuncie o *non liquet* diante de uma causa incômoda ou complexa, porque tal conduta importaria evidente denegação de justiça e violação constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (Const., 5º, inc. xxxv, e CPC de 1973, art. 126)⁴⁵.

Malgrado, portanto, das inúmeras dificuldades para efetivar o processo de conhecimento, e, mormente o processo de execução, visto os diversos artifícios que o executado usa para não adimplir o direito tutelado, é dever de o juiz viabilizar a satisfação da obrigação exequenda.

Ainda sobre o ensinamento da professora Ada Pellegrino, ela usa o termo *non liquet*. Esta expressão vem do latim e determina que o juiz não pode deixar de apreciar uma demanda por lacuna na legislação, pela falta de clareza ou por ser demanda incômoda, isto é, defeso no direito brasileiro. Destarte, quando o juiz recebe uma demanda, ele é obrigado a se pronunciar sobre o bem tutelado e emitir uma decisão, sendo um direito fundamental ao acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV da Carta Magna de 1988.

Diante do ensinamento da professora Ada Pellegrino que aduz ser defeso ao juiz não apreciar uma demanda – o *non liquet*. Minami assevera, logo, é defeso ao juiz deixar de

⁴³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Vol. único**. 9 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 205.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 285.

⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 315.

efetivar uma demanda – o *non factibile* –, este termo consiste na proibição de o juiz não tomar as medidas cabíveis para efetivar a execução, leciona Minami:

Em regra, não se pode permitir que o judiciário deixe de efetivar prestação certificada em uma decisão ou em título executivo extrajudicial com a justificativa de não ser possível essa realização – o que aqui se batiza de vedação ao *non factibile*. Proibir o *non liquet*, mas permitir o *non factibile* seria uma contradição. [...]A proibição do *non factibile* é decorrência lógica do devido processo legal e da própria razão de criação do judiciário encontrando ainda respaldo no princípio da efetividade. Nesse aspecto, mesmo havendo mecanismo para impedir o *non liquet*, se o comando do dispositivo não se concretizar por ausência de técnicas executivas, ocorrerá, ainda assim, vedação de acesso à justiça⁴⁶.

Neste diapasão, a professora Ada Pellegrino postula que “a função jurisdicional não se limita à emissão de sentença. [...] Isso porque a jurisdição não tem escopo meramente cognitivo: tornar efetiva a sanção é a própria atuação do direito objetivo”⁴⁷.

Com o objetivo de dar ao juiz instrumentos para efetivar suas decisões, o art. 139 do Código Processo Civil de 2015 ampliou os poderes do magistrado e, conseqüentemente, suas responsabilidades.

Uma vez provocado – instalado a relação processual –, o juiz deve dar prosseguimento a demanda seguindo o princípio do impulso oficial, conforme o art. 2º do CPC/2015, *in verbis* “o processo começa por iniciativa das partes e de desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”, até que o bem jurídico tutelado seja efetivo.

Para mover a lide de fase em fase, o juiz utilizará todos os instrumentos para impulsionar o processo. Assim, o artigo 139 trouxe cinco novos dispositivos em relação ao Código de Processo Civil de 1973, a saber: IV, VI, VII, IX e X, sendo o inciso IV o objetivo central dessa pesquisa.

A fazer uma análise superficial dos demais incisos – pois não são objetos da pesquisa – observa-se que o juiz tem o dever de conduzir o processo de forma isonômica, a garantir a paridade de armas e uma duração razoável do processo, cujas premissas são direitos fundamentais das partes. É um dever do juiz tolher qualquer ato contra à dignidade da justiça, promover a autocomposição do litígio, adequar o processo ao caso concreto, lógico, respeitando o princípio da legalidade, e dilatar o prazo processual. O juiz tem o poder de polícia, isto é, pode requisitar a força policial para assegurar determinado ato. Cumpre ao juiz a qualquer tempo – de ofício – determinar a intimação de qualquer das partes processuais. O juiz tem o dever de saneamento que consiste em evitar a extinção do mérito por causa de

⁴⁶ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Editora JusPodium, 2018. 128-129 p.

⁴⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 338.

vícios, quando este é possível ser saneado. Por fim, o juiz tem o dever de quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados para se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

3.3 DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVA ATÍPICA PREVISTA NO ART. 139, IV DO CPC/2015

Um dos pontos que mais gera polêmica na doutrina é a amplitude dos meios executivos atípicos. A execução alicerçada nos meios típicos, como já discorrido, é a execução baseada no texto legal. Já na execução pautada nos meios atípicos é averiguado o caso concreto e são aplicadas as medidas mais adequadas para satisfazer o direito tutelado.

Para Araken de Assis, citado por Didier, a aplicação das medidas executivas atípicas é inconstitucional, pois vai de encontro com direito fundamental do devido processo legal, conforme o raciocínio do ilustre professor:

Não se pode falar em atipicidade das medidas executivas. Para ele, tal interpretação do art. 536, § 1º, CPC (*outro dispositivo que expõe a vontade do legislador para efetivação da tutela por meio de cláusula geral*), seria inconstitucional por violação ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que impede que o sujeito seja privado de seus bens sem a observação do devido processo legal. Entende que é “ilegítimo engendrar em mecanismo próprio específico para o caso concreto, em benefício de uma das partes e em detrimento da outra”. E conclui: “nada disso impede a incidência da adequação do meio ao fim com método de concretizar direitos; porém, no âmbito da atipicidade⁴⁸. (grifos acrescidos).

De forma antagônica ao postulado de Araken de Assis, Minami advoga:

Defender a interpretação restritiva do inc. IV do art. 139 sob o pretexto de ser preceitos restritivos de direitos é desconsiderar alguns fatos. O primeiro deles é que há apenas o direito do requerido envolvido, mas também o direito do requerente. A própria atividade jurisdicional está em jogo. As medidas de efetivação não são utilizadas como fim em si mesmo, mas como meio para se chegar à tutela do direito do exequente. [...] Há limites práticos (como a insolvência do devedor) e jurídicos (estabelecidos, por exemplo, a partir do princípio da proporcionalidade)⁴⁹.

É preciso lembrar que o executado está ali – em um processo executivo – numa posição de sujeição patrimonial e o objetivo é a expropriação do seu patrimônio⁵⁰. A fase executiva se realizará no interesse do exequente, isto é observado no art. 797 do CPC/2015, *in verbis*: “ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal,

⁴⁸ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. Braga, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 Ed. ver, ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 101.

⁴⁹ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Editora JusPodium, 2018. p. 194.

⁵⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão do passaporte? As carteira de motorista? Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>> Acesso em 29/07/2019.

realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”⁵¹.

Nesse passo, Marinoni sustenta que “a execução realiza-se no interesse do exequente (art. 797, CPC), que inclusive poderá, querendo, dele desistir (art. 775, CPC)”. Ele ainda completa: “deve-se instituir técnicas processuais executivas idôneas para a adequada e efetiva realização do direito material”⁵². Desse modo, para compelir que uma ordem judicial seja cumprida, é permitido, portanto, que o Estado-juiz utilize de todos os instrumentos para alcançar o objetivo fim da execução. E o art. 139, IV é uma importante ferramenta para alcançar este fim, que é a outorga do bem jurídico tutelado.

Corroborando com o entendimento de poder geral de efetivação do art. 139, IV, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado – ENFAM – aprovou o enunciado nº 48, assim redigido:

O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais⁵³.

Assim, a órbita do art. 139, IV atinge os títulos judiciais e extrajudiciais, diferentemente do CPC/73, aquele atinge todas as prestações, a saber: fazer, não fazer, entregar coisa diversa a dinheiro e pagar quantia.

Vale ressaltar, que o emprego das medidas executivas é pautado na norma constitucional, bem como nos postulados processuais. O juiz, ao aplicar uma medida executiva, deve utilizar o meio menos oneroso ao executado. Se, existindo outras opções, o juiz decide aplicar o meio mais gravoso, o executado tem o direito de invocar o princípio da menor onerosidade, previsto no art. 805 do CPC. Para tanto, o executado deverá indicar outro meio mais eficaz e menos oneroso, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados, como preceitua o parágrafo único do artigo supracitado.

Nessa toada, Marinoni atenta:

Quando por vários meios identicamente idôneos exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado (art. 805, CPC), ainda que o exequente tenha indicado a forma mais onerosa (art. 798, II, CPC). O juiz pode agir de ofício. Observa-se que aplicação do art. 805, CPC, pressupõe a existência de várias técnicas processuais igualmente idôneas para a realização do direito do exequente. [...] A execução realiza-se no interesse do exequente, que tem direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva (arts. 5º, XXV,

⁵¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, mar de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em agosto de 2017.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. p. 885.

⁵³ ENFAM. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/>>. Acesso em: 05/08/2019.

CF, e 797, CPC), [...] não se pode desprezar o interesse do credor e a eficácia da prestação jurisdicional⁵⁴.

O princípio da menor onerosidade deve-se ser interpretado à luz do art. 797, CPC/2015, segundo o julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAL. CLÁUSULA QUE AUTORIZA DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. VALIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A eg. 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a validade das cláusula que autoriza o desconto, em folha de pagamento, de prestações de empréstimos contrato por empregado ou servidor público, para fins de amortização da dívida, não podendo ser suprimido por ato unilateral de uma delas, principalmente se for da essência da contratação em condições de juros e prazo vantajosos para o mutuário. 2. Não há se falar em afronta ao princípio da menor onerosidade ou da menor gravosidade ao executado, porque, afora a exigência legal de que se realize a execução no interesse do exequente (art. 797, CPC/2015), o mecanismo de pagamento da dívida foi expressamente pacutado pelas partes. (TRF-4 – AG: 50037995020194040000 50003799-50.2019.4.04.000, Relator: VIVIAN JOSETE PANTELEÃO CAMINHA, Data de julgamento: 03/04/2019, QUARTA TURMA)⁵⁵.

Portanto, a execução deve ser balizada pelo princípio da menor onerosidade ao executado (art. 805, CPC/15), da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, eficiência (art. 8, CPC/15). Bem como, deve ser pautado na observância de critérios a serem aplicados ao caso concreto, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade⁵⁶.

O critério da adequação consiste em aplicar o meio executivo que tem o condão de promover o fim da execução. Para isso, é necessária a análise do caso concreto, como por exemplo, a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes (art. 782, § 3º, CPC/15). Essa medida pode surtir efeito para o executado esporádico, mas para um devedor contumaz, a inclusão ao cadastro de inadimplentes provavelmente não surtirá efeito. Pode-se intuir que a escolha adequada pelo judiciário será a do meio que concreta e individualmente puder atingir o fim⁵⁷.

Em relação ao critério necessidade, trata-se do – já discutido de forma ampla – princípio da menor onerosidade ao devedor, disposto no art. 805, CPC/2015. De acordo com Abelha, “esse princípio deve nortear a realização da tutela executiva justamente porque não

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 889.

⁵⁵ TRF-4. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 50003799-50.2019.4.04.000. Relator: Vivian JosetePanteleão Caminha. DJ 03/04/2019. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/695066150/agravo-de-instrumento-ag-50037995020194040000-5003799-5020194040000?ref=serp>>. Acesso em: 12/08/2019.

⁵⁶ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. Braga, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 Ed. ver, ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. 113 p.

⁵⁷ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Editora JusPodium, 2018. p. 64.

ser justo nem legítimo submeter o executado a uma situação mais gravosa do que seria indispensável a satisfação do direito do exequente”⁵⁸. Uma segunda vertente do critério da necessidade que se deve observar é que a constrição ao executado é temporária, e se a medida se mostrar ineficaz, revoga e busca outro meio.

Por fim, a proporcionalidade é o terceiro critério a ser observado pelo juiz ao aplicar uma medida executiva. As vantagens das aplicações das medidas atípicas devem ser superar as desvantagens. Não deve o juiz, em uma execução por quantia, como já discorrido, aplicar as medidas executivas atípicas como *prima face*: deve-se esgotar todos os meios executivos típicos. “Uma medida executiva não deve ser evitada ou manejada a partir da perspectiva apenas do devedor ou do credor”⁵⁹.

4 DO DIREITO FUNDAMENTAL: A EFETIVIDADE JURISDICIONAL DO EXEQUENTE E O DIREITO DE PERSONALIDADE DO EXECUTADO

O Código de Processo Civil deve ser interpretado e aplicado à luz da Constituição de Federal de 1988, conforme aduz o art. 1º do CPC/2015. No processo executivo, apesar da execução realizar-se no interesse do exequente (art. 797, CPC/15), deve-se observar os direitos fundamentais tanto do exequente, bem como do executado. Neste contexto, leciona Marinone “o Código deve ser interpretado de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais, o que significa que as dúvidas interpretativas devem ser aplicadas a favor da otimização do alcance da Constituição do processo civil como meio para tutela dos direitos”⁶⁰.

Na mesma linha, postula a professora Ada Pellegrini:

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. [...] A Constituição constitui um instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios⁶¹.

⁵⁸ ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 99.

⁵⁹ MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Editora JusPodium, 2018. p. 68.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 149.

⁶¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 84-85.

Destarte, a pretensão da satisfação do direito material violado deve respeitar a Constituição, e conseqüentemente, os direitos fundamentais do executado, sendo ele o sujeito de direitos.

4.1 DO DIREITO A EFETIVIDADE JURISDICIONAL

O direito a uma tutela efetiva é corolário do art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988. Este dispositivo é conhecido como o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, ou, também denominado por alguns autores, princípio do amplo acesso à Justiça. Ademais, é consectário do *due process of Law* (devido processo legal), consagrado no art. 5ª, LIV, da carta Magna.

No rumo desse raciocínio, postula Didier: “o devido processo legal, cláusula geral constitucional, tem como um de seus corolários o *princípio da efetividade*: os direitos devem ser efetivos, não apenas reconhecidos. *Processo devido é processo efetivo*”⁶². Qualquer um do povo que tenha um direito material violado tem o direito à tutela jurisdicional. Não basta, porém, ter acesso ao Poder Judiciário: é necessária uma decisão justa e tempestiva que restaure o direito material violado.

A demanda só estará pacificada se o direito tutelado estiver restaurado, visto que as partes não podem estar em uma eterna disputa. Assim, não basta reconhecer o direito, ele deve ser efetivado. Segundo Ada Pellegrino,

a função jurisdicional não se limita à emissão de sentença, através do processo de conhecimento. [...] A jurisdição não tem escopo meramente cognitivo: tornar **efetiva** a sanção, mediante a substituição da atividade das partes pela do juiz, é a própria atuação do direito objetivo⁶³.

O princípio da efetividade também está esculpido na legislação infraconstitucional no art. 4º do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*: “as partes tem o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Nessa senda, vale expor o ensinamento de Marinoni:

O direito de ação não se resume ao ato estático que invoca a jurisdição. Não é um ato solitário, uma simples demanda, como se o direito de ação pudesse ser restringido ao requerimento inicial de tutela jurisdicional, sendo antes um complexo de posições jurídicas previstas ao longo de todo o procedimento que visa

⁶² DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. Braga, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 Ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.p. 65.

⁶³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 335;337.

tendencialmente à tutela do direito mediante uma decisão justa e passível de adequada **efetivação**⁶⁴.

Desse modo, para alcançar a efetividade de uma decisão judicial é necessário esgotar todos os instrumentos legais. O juiz tem o poder-dever de usar as medidas mais adequadas para restaurar o direito material, respeitando, lógico, o devido processo legal, o direito ao contraditório, o princípio da menor onerosidade ao devedor e todos os demais princípios que regem o processo de execução.

4.2 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO EXECUTADO

Os direitos e garantias constitucionais asseguram e garantem, por meio de instrumentos diversos, direitos aos jurisdicionados, como por exemplo, qualquer um do povo tem direito ao acesso à justiça. Para se assegurar este direito, são necessários alguns mecanismos assecuratórios, a exemplo da admissão de todas as pessoas, do direito a uma decisão justa, da participação igualitária e de um juiz imparcial e inseto.

Os direitos e as garantias fundamentais pavimentam todo o processo, desde o processo cognitivo, passando pelo processo executivo, onde espera-se que em todas as fases haja o controle de constitucionalidade. Os instrumentos assecuratórios do executado são os direitos à ampla defesa e do contraditório, consagrados no art. 5º, LV da Carta Magna. O executado, apesar de estar em uma posição de sujeição, pois execução é talhada à luz do restabelecimento do direito material violado do exequente (art. 797, CPC/15), é sujeito de direitos e deveres.

O Estado-juiz tem o dever de outorgar o bem da vida tutelado, contudo, os procedimentos para chegar ao fim da execução devem ser legais e respeitar o ordenamento jurídico. Cabe também ao executado, usar de todos os instrumentos processuais para a sua defesa, como por exemplo, os arts. 914 e 525, ambos do CPC/2015, que tratam dos embargos à execução e impugnação da execução, respectivamente.

A adoção de uma medida atípica não pode configurar um ato ilícito, tanto na esfera civil como na penal. O professor Fred Didier traz um exemplo real – processo de número 2016.01.3.011286-6 –, onde observa:

Um juiz do Distrito Federal determinou, para a efetivação da sua decisão que determinava a desocupação de uma escola, o uso de técnicas de privação do sono dos ocupantes, com uso de “instrumentos sonoros contínuos”. Na mesma decisão, o juiz proibiu a entrada de alimentos no local, determinou o corte de fornecimento de

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de direito civil: Teoria do processo civil, vol I**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 248.

água, energia e gás e proibiu o acesso à escola de parentes e conhecidos dos ocupantes, tudo até que a ordem fosse cumprida⁶⁵.

Didier completa informando que essa decisão configura tortura, disposto no art. 5º, XLII, da Constituição Federal de 1988, sendo um crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia.

Outra medida que afronta a legalidade, é determinar a prisão civil por causa de dívida, cuja exceção é o devedor de alimentos, conforme preceitua o art. 5º, LXVII, CF/88: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Além disso, o Brasil é consignatário do Pacto de San José da Costa Rica, o qual determina que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”⁶⁶.

Destarte, a adoção de medidas executivas atípicas, por dar uma maior liberdade ao magistrado para determinar as medidas necessárias para efetivar a ordem judicial, pode gerar conflitos entre direitos fundamentais. Há diversos julgados em que o juiz determina a retenção do passaporte, a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, o cancelamento de cartão de créditos, impedimento de realizar empréstimos, entre outros meios de pressão. Tais medidas podem ferir ou mitigar algum direito fundamental do executado, a exemplo do direito de ir e vir, consagrado no art. 5º, XV, Cf/88, mediante a adoção da redenção do passaporte.

Ante o exposto, no próximo capítulo será feito o sopesamento das medidas atípicas com alguns julgados para aferir qual é o entendimento jurisprudencial.

5 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

Como já discutido, as medidas executivas não são novidade no processo civil pátrio, pois já eram aplicadas na execução de fazer, não fazer e dar coisa diversa a dinheiro. A inovação se mostra em relação ao novel art. 139, IV para a execução por quantia. Diante da amplitude dos poderes conferida aos magistrados, engendrada pela possibilidade de aplicar medidas coercitivas para efetivar as suas decisões, houve uma opulência de decisões por todo país, tais como: suspensão da CNH, retenção do passaporte, cancelamento de cartão de

⁶⁵ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. Braga, Paula Sarno. Oliveira, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 Ed. ver, ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 132.

⁶⁶BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, Brasília, DF, 22 nov 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em agosto de 2017.

crédito, e entre outros. Contra a Fazenda Pública, houve até corte de energia elétrica, entre outras decisões.

Para dar andamento ao presente estudo foi necessário fazer um corte espacial das decisões. Assim, foram escolhidos os julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ –, pois o entendimento desse órgão jurisdicional reflete em todo o Brasil. Neste sentido, abordaremos o Recurso em Habeas Corpus nº 97.876 – SP (2018/0104023-6), *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015.INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL.SUBSIDIARIEDADE,NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO.
[...]
(STJ – RHC: 97876 SP 2018/0104023-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/06/2018, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: Dje 09/08/2018)⁶⁷.

No caso em tela, o executado foi condenado pela 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré/SP, na importância de quase R\$ 17.000,00 (dezessete mil reais). Para a efetivação da dívida, o juízo deferiu o pedido do exequente e adotou medidas atípicas, a saber: suspensão do passaporte e da carteira de habilitação (CNH). O executado alegou que as medidas são uma coação ilegal, e violam o direito fundamental de ir e vir não havendo justificativa para tal. Diante o exposto, o executado impetrou um *habeas corpus* contra a decisão do juízo *a quo*.

Na fundamentação do Recurso em Habeas Corpus, o Ministro Luis Felipe Salomão pontifica:

No caso dos autos, observada a máxima vênia, quanto à **suspensão do passaporte** do executado/paciente, tenho por necessária a **concessão da ordem**, com determinação de restituição do documento a seu titular, por considerar a medida coercitiva ilegal e arbitrária, uma vez que restringi o direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. [...] Não se pode perder de vista que a base estrutural do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, que resguarda de maneira absoluta o direito de ir e vir, em seu art. 5º, XV⁶⁸. (grifos acrescidos)

O Ministro constata a inconstitucionalidade da medida atípica que suspende o passaporte do executado, pois vai de encontro com o direito fundamental de locomoção, consagrado no art. 5º. XV da Carta Magna. Acentua que a decisão do juízo *a quo* não foi fundamentada, limitou-se em apenas deferir o pedido do exequente, indo de encontro, portanto, com o art. 93, IX da CF/88. Contudo, o Ministro Luiz Felipe Salomão faz uma observação: “anoto que o reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão

⁶⁷ BRASIL. STJ, rhc 97876/SP, REL. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05.06.2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf>. Acessado em:02/07/219.

⁶⁸ BRASIL. STJ, rhc 97876/SP, REL. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05.06.2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf>. Acessado em:02/07/219.

do passaporte do paciente, na hipótese em apreço não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica”⁶⁹.

Já em relação a suspensão da carteira de habilitação (CNH), o Egrégio Tribunal entende que não há violação do direito fundamental de ir e vir, pois o executado pode ir para qualquer lugar, desde que não esteja conduzindo o veículo. “Entender essa questão de forma diferente significaria dizer que todos aqueles que não detêm a habilitação para dirigir estariam constrangidos em sua locomoção”⁷⁰.

Para finalizar, sobre a suspensão da CNH, o Ministro afirma que a impugnação da decisão é por via diversa do *habeas Corpus*, por não se tratar de direito fundamental de locomoção violado, o instrumento devido é o Agravo de instrumento do art. 1.015, caput, do CPC/2015.

Da decisão do RHC 97.876 prolatada pela 4ª Turma do STJ, podemos aferir algumas diretrizes, quais sejam: deve-se analisar o caso concreto para aplicar as medidas executivas atípicas; deve-se observar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório; a suspensão da carteira de habilitação (CNH) não fere o direito de ir e vir, portanto não cabe RHC.

Doravante, vamos analisar o Recurso de Habeas Corpus nº 99.606 – SP (2018/0150671-9), a síntese da ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. CABIMENTO. RESTRIÇÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. SUSPENSÃO DA CNH. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIOLAÇÃO DIRETA. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIOS DA RESOLUÇÃO INTEGRAL DO LITÍGIO, DA BOA-FÉ PROCESSUAL E DA COOPERAÇÃO. ARTS. 4º, 5º E 6º DO CPC/15. INOVAÇÃO DO NOVO CPC. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. COERÇÃO INDIRETA AO PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. SANÇÃO. PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE. DISTINÇÃO. CONTRADITÓRIO PRÉVIO. ART. 9º DO CPC/15. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 489, § 1º, DO CPC/15. COOPERAÇÃO CONCRETA. DEVER. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. ART. 805, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/15. ORDEM. DENEGAÇÃO.

[...]

(STJ – RHC: 99606 SP 2018/0150671-9, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/11/2018, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: Dje 14/12/2018)⁷¹.

⁶⁹ BRASIL. STJ, rhc 97876/SP, REL. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05.06.2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf>. Acessado em: 02/07/2019.

⁷⁰ BRASIL. STJ, rhc 97876/SP, REL. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05.06.2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf>. Acessado em: 02/07/2019.

⁷¹ BRASIL. STJ, rhc 99606/SP, REL. Nancy Andrigri, 3ª Turma, j. 12.12.2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%2099606>>. Acessado em: 03/07/2019.

No caso em apreço, a 4ª Vara Cível da Comarca de Santos/SP deferiu o pedido do exequente para suspender a Carteira Nacional de Habilitação (CNH), e condicionou o direito do paciente de deixar o país ao oferecimento de garantias (suspensão do passaporte), a viabilizar a satisfação da obrigação exequenda.

Em relação à suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), a Ministra relatora Nancy Andrichi entende que não fere o direito fundamental de locomoção:

A utilização do habeas corpus em matéria cível deve ser tanto ou mais excepcional do que em relação à matéria penal, partindo-se da premissa de que é indispensável a presença de situação configuradora de imediata e direta ofensa à liberdade de locomoção física do paciente. [...]

Assim, esta Corte tem asseverado que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, da qual decorre a restrição do direito de dirigir veículo automotor, não configura ofensa direta e imediata à liberdade de locomoção do paciente. Nesse sentido: HC 411.519/SP, Terceira Turma, DJe 03/10/2017; RHC97.876/SP, Quarta Turma, DJe 09/08/2018⁷².

Nesse ponto, é longo o entendimento jurisprudencial, como vimos na RHC 97.876 de relatoria do Ministro Salomão, bem como no entendimento da Ministra Nancy Andrichi, a qual afirma que a suspensão da CNH não fere o direito fundamental de ir e vir, e sendo assim, não cabe Recurso de *Habeas Corpus*, cuja impugnação deve ser por recurso próprio, a não utilizar o *Habeas Corpus* como sucedâneo recursal.

No tocante ao condicionamento do direito do paciente de deixar o país ao oferecimento de garantias (suspensão do passaporte), a Ministra defende:

A medida de anotação, pela Polícia Federal, de restrição de saída do país sem prévia garantia da execução, tem o condão, por outro lado – ainda que de forma potencial – , de ameaçar de forma direta e imediata o direito de ir e vir do paciente, pois o impede, durante o tempo em que vigente, de se locomover para onde bem entender. O risco de concretização dessa ameaça e a efetiva ocorrência de abuso de poder ou de ilegalidade podem, portanto, ser examinados em sede de habeas corpus, haja vista existir, ao menos em tese, uma violência ou coação à liberdade de locomoção do paciente⁷³.

Destarte, há uma convergência entre o entendimento da 4ª turma e a 3ª Turma do STJ de que a suspensão do passaporte fere o direito de locomoção.

Contudo, a Ministra Nancy Andrichi manteve a suspensão do passaporte em análise ao caso concreto, uma vez que o executado não apresentou meios para adimplir sua dívida. “O executado não indicou um meio menos gravoso e mais eficaz ao cumprimento da obrigação

⁷² BRASIL. STJ, rhc 99606/SP, REL. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 12.12.2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%2099606>>. Acessado em: 03/07/2019.

⁷³ BRASIL. STJ, rhc 99606/SP, REL. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 12.12.2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%2099606>>. Acessado em: 03/07/2019.

exigida”⁷⁴, a ferir o princípio da menor onerosidade, da boa-fé processual e o da cooperação. Por fim, cabe ressaltar que a Terceira Turma, por unanimidade, seguiu o voto da relatoria.

Podemos extrair, portanto, os seguintes preceitos desse julgado: devem-se observar os princípios da boa-fé processual, da cooperação, da efetividade, bem como o princípio da menor onerosidade da execução; deve-se analisar caso a caso para providenciar a medida mais apropriada à efetivação do direito; é necessário respeitar o direito ao contraditório e fundamentar as decisões que autorizam as medidas coercitivas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 139, IV é uma das maiores novidades do Código de Processo Civil de 2015, e, apesar, do lapso temporal da sua vigência, é o um dos dispositivos que enseja mais debate tanto na doutrina como na seara do judiciário.

A execução é o instrumento pelo qual se outorga o bem jurídico violado, em que não basta reconhecer o direito do exequente, é necessária a efetivação desse direito. Para restabelecer o bem jurídico, temos dois meios: o direto (sub-rogação), por exemplo, é a penhora (art. 831, CPC/15); e o segundo meio, indireto (meios coercitivos), *v.g.*, que pode incluir o nome do devedor em cadastro de inadimplentes (art. 782, § 2º, CPC/15).

Por não ser possível o legislador prever todas as estratégias para fraudar a execução, as medidas típicas por vezes se mostram ineficazes, sendo necessária a adoção de medidas atípicas para assegurar o cumprimento de uma ordem judicial. O art. 139, IV criou o poder geral de efetivação, isto é, o juiz pode determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de uma ordem judicial. Porém, o magistrado deve fundamentar a aplicação das medidas atípicas com fulcro no art. 489, §1º, CPC/15. Deve-se observar também, se o meio de pressão utilizado é o mais adequado ao caso concreto e não uma mera punição ao executado.

A aplicação das medidas executivas típicas e atípicas deve ser alicerçada pela norma Constitucional e pelos princípios processuais, dentre os quais estão os princípios da boa-fé processual, da cooperação, do resultado, da menor onerosidade da execução, da adequação e da proporcionalidade, os quais nortearam o presente estudo.

⁷⁴ BRASIL. STJ, rhc 99606/SP, REL. Nancy Andrigri, 3ª Turma, j. 12.12.2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%2099606>>. Acessado em: 03/07/2019.

Observa-se na pesquisa que o juiz tem o dever de julgar uma demanda (art. 104, CPC/2015). A lacuna, a obscuridade da lei não justificam a omissão estatal e o juiz não pode pronunciar o *non liquet*. De modo consequente, é defeso do Estado-juiz não proporcionar o direito da tutela jurisdicional pretendida, o *non factibile*.

As medidas executivas atípicas devem ser aplicadas como *ultimo ratio*, isto é, quando demonstrado no caso concreto que os meios típicos são ineficientes para adimplir o direito tutela, o juiz poderá utilizar dos meios atípicos. Ademais, o juiz deve observar o princípio da menor onerosidade ao executado. Portanto, quando tiver vários mecanismos idôneos para a outorga do direito, deve-se utilizar o mecanismo menos oneroso para o devedor.

Constata-se que os meios executivos atípicos estão em um processo de maturação, pois ao analisar os julgados do STJ, percebe-se que em alguns pontos estão pacíficos entre a 3ª e 4ª turma, a exemplo da compreensão de que não fere o direito de locomoção a suspensão da CNH. As decisões devem ser fundamentadas, deve-se analisar o caso concreto, observar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, bem com os princípios processuais. Todavia, há divergência na aplicação da suspensão do passaporte. A superação desse estado de maturação, ou seja, uniformizar as decisões, a criar um precedente, garantirá resultados iguais a todos jurisdicionados, bem como possibilitará aos magistrados um instrumento consolidado para buscar o fim da execução, que é a satisfação do bem da vida tutelado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18 ed. ver e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

ABELHA, Marcelo. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão do passaporte? As carteira de motorista? Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,510450+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>> Acesso em 29 jul. 2019.

BARBOSA, Rui de Oliveira. **Oração aos moços e O dever do advogado**. – CL EDIJUR – Leme/SP, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 01 agos. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 01 agos. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, jan de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em 10 agos. de 2017.

BRASIL. STJ, rhc 97876/SP, REL. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 05.06.2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf>. Acessado em: 02 jul. 2019.

BRASIL. STJ, rhc 99606/SP, REL. Nancy Andrigri, 3ª Turma, j. 12.12.2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%2099606>>. Acessado em: 03 jul. 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

PAULA, Isis Regina de. **A aplicação de medidas atípicas em obrigações pecuniárias: art. 139, IV, do CPC/2015**. Universidade Federal de Santa Catarina – UFST, Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/182415>>. Acesso em 28 de jun 2019.

DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. Braga, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: execução**. 7 Ed. ver, ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento**. 19 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

ENFAM. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/>>. Acesso em: 05 agos. 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015> Acesso em 15 jul. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria do processo civil, vol I**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Sandro Gilbert. DOTTI, Rogéria Fagundes. **Código de Processo Civil Anotado**. Curitiba: Editora: OAB:PR, 2013.

MINAMI, Marcos Youji. **Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Editora JusPodium, 2018.

MINATTO, Kellen. **A imposição das medidas atípicas previstas no art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil: Uma análise à luz do direito de ir e vir e dos princípios da realidade da execução**. Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Criciúma, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/handle/1/6067>>. Acesso em 28 de jun 2019.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: de acordo com o novo CPC**. 12. Ed. reform. E atual. – São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Vol. único**. 8 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Vol. único**. 9 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.