



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL
EXECUTIVA E AS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS
EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS:
proposta de parâmetros mínimos para a aplicação adequada
diante do caso concreto**

DOUTORADO

Marcus Vinícius Motter Borges

**Florianópolis
2018**

Marcus Vinícius Motter Borges

**A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL
EXECUTIVA E AS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS
EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS:
proposta de parâmetros mínimos para a aplicação adequada
diante do caso concreto**

Tese submetida ao Curso de Pós-Graduação em Direito, *stricto sensu*, área de concentração em Direito, Estado e Sociedade, da Universidade Federal de Santa Catarina, para a obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy

Florianópolis
2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Borges, Marcus Vinícius Motter

A efetividade da prestação jurisdicional
executiva e as medidas coercitivas atípicas nas
execuções pecuniárias : proposta de parâmetros mínimos
para a aplicação adequada diante do caso concreto /
Marcus Vinícius Motter Borges ; orientador, Eduardo
de Avelar Lamy, 2018.

444 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Efetividade da prestação
jurisdicional. 3. Execução civil. 4. Obrigações
pecuniárias. 5. Meios executórios. I. Lamy, Eduardo
de Avelar. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Título.

MARCUS VINÍCIUS MOTTER BORGES

**A EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL
EXECUTIVA E AS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS
EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS:**

**proposta de parâmetros mínimos para a aplicação adequada
diante do caso concreto**

Esta tese foi julgada adequada para obtenção do título de Doutor e aprovada, em sua forma final, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, __ de _____ de 2018.

Prof. Dr. Arno Dal Ri
Coordenador do Curso

Banca examinadora:

Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
Universidade Federal de Santa Catarina
Orientador

Prof. Dr. Araken de Assis
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Flávio Luiz Yarshell
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Gilberto Gomes Bruschi
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
Universidade Federal de Santa Catarina

Aos amores que me deram a vida, Cida e Claudio.
Aos amores que a vida me deu, Bianca e Maria.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho, a minha carreira, o meu caráter e tudo mais que, eventualmente, eu tenha ou faça de bom nesta vida é em razão da educação que recebi da minha família. Obrigado, mãe, pai, dinda e Maria. O agradecimento também se estende aos agregados da família, Carlos, João Paulo, Isabel e Camila.

À minha namorada, Bianca Bez Goulart, por todo o apoio que me deu ao longo desta jornada. Em especial, sou grato por seres minha companheira em tudo e por tudo. A certeza da tua presença é meu acalanto.

Ao Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy, pela compreensão, pela amizade, pelas valiosas contribuições acadêmicas e pelos ensinamentos passados, formal e informalmente.

Agradeço ao Prof. Dr. Araken de Assis, por, entre inúmeras contribuições, ter-me ensinado a pesquisar e a entender, criticamente, o processo civil. Seu respeito e afeto são as maiores titulações que a academia poderia conferir-me.

Agradeço ao Prof. Eduardo de Mello e Souza, por ter, há tempos, despertado o meu interesse pela advocacia, pela docência e pelo processo civil. O seu exemplo sempre me guiou, e espero assim continuar.

Ao Prof. Pedro Miranda de Oliveira, pela amizade, pela parceria docente e pelas contribuições para este trabalho, na pessoa de quem agradeço a todas minhas colegas e meus colegas docentes da UFSC.

Aos meus colegas do Núcleo de Negócios Imobiliários da Menezes Niebuhr Advogados Associados, Diogo Bonelli Paulo, Eduardo Luiz Collaço Paulo, Lucas Rocha Mendes, Jéssica Cristina da Silva Costa, Eduardo Freccia de Oliveira, Leonardo Pflüger Zanardi, Sara Lúcia Martins, Bruna Teixeira Rabello, Jessica Marlete Francisco, Matheus Marin, Joana Burkhardt Verani, Paulo Henrique de Almeida Ribeiro, Luiza Becker de Souza, Luiza Marinho de Carvalho Crippa de Oliveira, pela amizade, por terem conduzido os nossos trabalhos nos momentos de minha ausência e, também, por me ensinarem todos os dias. Em especial, agradeço a minha sócia Luiza Silva Rodrigues, por, em tudo isso, ter ajudado nas pesquisas deste trabalho.

Agradeço aos meus colegas da diretoria do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário, André Abelha, Alexandre Gomide, Bernardo Chezzi, Luciana Ismael, Marcelo Barbaresco, Olivar Vitale, Ricardo Campelo, Ulisses Penachio, por terem me convidado para participar da

construção deste sonho chamado IBRADIM e por compreenderem os meus momentos de ausência em razão da elaboração deste trabalho.

Agradeço ao Prof. Dr. Gilberto Gomes Bruschi, pela parceria de anos, por todos os ensinamentos passados e, em especial, por todas as oportunidades que me abriu.

Ao Prof. Dr. Flávio Luiz Yarshell, por servir de exemplo profissional e por ter aceitado participar da banca avaliadora deste trabalho.

Aos meus amigos, pelos momentos de descontração e pelo acolhimento reconfortante. Lamento pela ausência dos últimos tempos.

Aos professores Dr. Gilson Mitchels, Dr. Pedro de Menezes Niebuhr e Dr. Fernando Vieira, pelas excelentes considerações durante a qualificação desta tese. Agradeço por terem aceitado, gentilmente, participar da construção deste trabalho.

Aos servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito, em razão da prontidão, paciência e zelo com que exercem as suas funções.

“El contenido de la jurisdicción no se reduce a la actividad cognoscitiva de la misma sino también a su actividad ejecutiva. Conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia; ejecución sin conocimiento es despotismo no justicia.

Sólo un perfecto equilibrio entre las garantías del examen del caso y las posibilidades de hacer efectivo el resultado de ese examen, da a la jurisdicción su efectivo sentido de realizadora de la justicia.

Esta necesidad de asegurar tanto el conocimiento como la ejecución plantea el alcance constitucional de las medidas coercitivas de la jurisdicción.”

O conteúdo da jurisdição não se reduz à sua atividade cognitiva, mas também à sua atividade executiva.

Conhecimento e declaração sem execução é academia e não justiça; execução sem conhecimento é despotismo, não justiça.

Só um perfeito equilíbrio entre as garantias do exame do caso e as possibilidades de efetivar o resultado desse exame, dá à jurisdição seu efetivo sentido de realizadora da justiça.

Essa necessidade de garantir tanto o conhecimento quanto a execução enaltece o escopo constitucional das medidas coercitivas da jurisdição.

(COUTURE. Eduardo J. Estudios de derecho procesal civil – la constitución y el proceso civil. Buenos Aires: Ediar, 1948. p. 89)

RESUMO

BORGES, Marcus Vinícius Motter. *A efetividade da prestação jurisdicional executiva e as medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias*: proposta de parâmetros mínimos para a aplicação adequada diante do caso concreto. 2018. 444f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

A aplicação de medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias é tema recente no sistema processual executivo brasileiro e ainda desperta controvérsias na doutrina e na jurisprudência. A tradicional concepção de que a essas execuções somente seria aplicável o meio de expropriação foi quebrada pela cláusula geral executiva do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, que tornou viável o manejo de coerções atípicas. Os órgãos judiciários têm julgado inúmeros casos sobre o assunto e, na maioria das vezes, a nota comum entre as decisões é a insuficiência de fundamentação, seja para deferir ou indeferir o manejo dessas medidas. A partir desta temática, o objetivo do presente trabalho é apresentar uma proposta de aplicação adequada dessas medidas coercitivas que, partindo do caso concreto, enfrente os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso e que, consagrando a segurança jurídica pelos vieses de cognoscibilidade, estabilidade e calculabilidade, calque-se em parâmetros mínimos para a interpretação e a aplicação por concreção do referido dispositivo. Para a realização de tal escopo, adotou-se o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, com aportes de doutrinas nacional e estrangeira. O trabalho está subdividido em seis capítulos. Os dois primeiros dedicam-se ao estudo da atipicidades dos meios executórios. O terceiro e quarto capítulos avançam sobre a temática das coerções. O quinto capítulo analisa as nove principais diretrizes levantadas pela doutrina para a aplicação dessas medidas coercitivas em execuções pecuniárias, a saber: campo de aplicação em razão do nível de definitividade e do tipo de título executivo; aplicação subsidiária ou supletiva; necessidade de requerimento expresso do exequente; imprescindibilidade de contraditório prévio; correlação entre a medida aplicada e a natureza da obrigação inadimplida; customização da coerção à pessoa do executado; necessidade de indícios de que o devedor possua patrimônio; cognição do juiz da execução diante das alegações de defesa do executado; obrigatoriedade de fundamentação substancial da decisão judicial. O sexto capítulo investiga a aplicação

dessas medidas pela ótica dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso, diante do caso concreto. Igualmente, analisa a importância da fixação de parâmetros mínimos para a interpretação das normas jurídicas como forma de consagração da segurança, sobretudo em se tratando de cláusulas gerais, as quais requerem aplicação pelo método de concreção. Alcançados os objetivos, conclui-se ser pertinente a formulação de uma proposta de aplicação para as medidas atípicas com base em parâmetros mínimos que devem ser verificados a partir do caso concreto.

Palavras-chave: Efetividade da prestação jurisdicional. Execução civil. Obrigações pecuniárias. Meios executórios. Atipicidade. Coerções. Parâmetros mínimos.

ABSTRACT

BORGES, Marcus Vinícius Motter. *The effectiveness of executive judicial provision and atypical coercive measures in pecuniary enforcement: proposal of minimum parameters for adequate application in the concrete case*. 2018. 444p. Thesis (PhD in Law) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

The application of atypical coercive measures in pecuniary executions is a recent issue in the Brazilian judicial system and still raises controversies in doctrine and jurisprudence. The traditional conception that these executions would apply only to the means of expropriation was broken by the general executive clause contained in article 139, item IV, of CPC / 2015, which made it possible to handle atypical coercions. Judicial authorities have adjudicated numerous cases on the subject and, for the most part, the common note between decisions is insufficient reasoning, either to defer or refuse to handle these measures. Based on this theme, the objective of the present work is to present a proposal for the adequate application of these coercive measures that, based on the concrete case, face the postulates of proportionality, reasonableness and prohibition of excess, and - enshrining legal certainty by the biases of cognoscibility, stability and calculability - is based on minimum parameters for the interpretation and application by concretion of said device. To achieve such scope, the method of deductive approach and the bibliographic research technique, both national and foreign, were adopted. The work is subdivided into six chapters. The first two are devoted to the study of the atypicities of the means of execution. The third and fourth chapters advance on the theme of coercion. The fifth chapter analyzes the nine main guidelines raised by the doctrine for the application of these coercive measures in pecuniary executions, namely: field of application due to the level of permanence and type of enforcement; subsidiary application; the need for an express request of the apprentice; essential of prior contradiction; correlation between the measure applied and the nature of the defaulted obligation; customization of coercion to the person of the executor; need for indications that the debtor has equity; cognition of the execution judge before the defendant's defense claims; obligation to provide a substantial statement of reasons for the judicial decision. Chapter six investigates the application of these measures from the point of view of the postulates of proportionality, reasonableness and prohibition of

excess, in the concrete case. Likewise, it analyzes the importance of establishing minimum parameters for the interpretation of legal norms as a form of security, especially when dealing with general clauses, which require application by the concretion method. Once the objectives have been reached, it is concluded that it is appropriate to formulate a proposal for the application of atypical measures based on minimum parameters that must be verified from the concrete case, which is summarized in the conclusion.

Keywords: Effectiveness of jurisdictional provision. Civil enforcement. Monetary obligations. Means of execution. Atypicality. Coercions. Minimum parameters.

RIASSUNTO

BORGES, Marcus Vinícius Motter. *L'efficacia del provvedimento giurisdizionale esecutivo e le misure coercitive atipiche nelle esecuzioni pecuniarie*: proposta di parametri minimi per una corretta applicazione nel caso concreto. 2018. 444f. Tesi (Dottorato in Giurisprudenza) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

L'applicazione di misure coercitive atipiche nelle esecuzioni pecuniarie è una questione recente nel sistema processuale esecutivo brasiliano e solleva ancora controversie in materia di dottrina e giurisprudenza. La tradizionale concezione secondo cui queste esecuzioni si applicherebbero solo ai mezzi di espropriazione fu infranta dalla clausola generale esecutiva dell'articolo 139, IV, del CPC / 2015, che rese fattibile il praticare delle coercizioni atipiche. Le autorità giudiziarie hanno giudicato numerosi casi sull'argomento e, per la maggior parte, la nota comune tra le decisioni è l'insufficienza di sfondo teorico, sia per concedere o negare di praticare tali misure.

Sulla base di questo tema, l'obiettivo del presente lavoro è presentare una proposta per l'adeguata applicazione di queste misure coercitive che, partendo dal caso concreto, affrontano i postulati di proporzionalità, ragionevolezza e proibizione dell'eccesso e, sancendo la certezza del diritto dal punto di vista della conoscibilità, stabilità e calcolabilità, rientrano nei parametri minimi per l'interpretazione e l'applicazione mediante l'attuazione del riferito dispositivo.

Per raggiungere tale scopo, sono stati adottati il metodo dell'approccio deduttivo e la tecnica della ricerca bibliografica, con contributi di dottrine nazionali e straniere. Il lavoro è suddiviso in sei capitoli. I primi due sono dedicati allo studio delle atipicità dei mezzi di esecuzione. Il terzo e il quarto capitolo avanzano sul tema della coercizione.

Il quinto capitolo analizza i nove principali orientamenti suscitati dalla dottrina per l'applicazione di queste misure coercitive nelle esecuzioni pecuniarie, vale a dire: campo di applicazione a causa del livello di definitività e del tipo di titolo esecutivo; applicazione sussidiaria o suppletiva; la necessità di una domanda esplicita dell'esecutore; indispensabilità della contraddizione precedente; correlazione tra la misura applicata e la natura dell'obbligazione inadempiente; personalizzazione della coercizione alla persona dell'esecutore; bisogno di indicazioni che il debitore abbia patrimonio; cognizione del giudice

dell'esecuzione davanti alle allegazioni della difesa dell'imputato; obbligo di base sostanziale della decisione giudiziaria.

Il sesto capitolo indaga l'applicazione di queste misure dal punto di vista dei postulati di proporzionalità, ragionevolezza e proibizione dell'eccesso, nel caso concreto. Allo stesso modo, analizza l'importanza di stabilire parametri minimi per l'interpretazione delle norme giuridiche come forma di sancire la sicurezza, specialmente quando si tratta di clausole generali, le quali richiedono l'applicazione del metodo della concrezione. Una volta raggiunti gli obiettivi, si conclude che è opportuno formulare una proposta per l'applicazione di misure atipiche basate su parametri minimi da verificare nel caso concreto.

Parole chiave: Efficacia del provvedimento giurisdizionale. Esecuzione civile. Obblighi pecuniari. Mezzi esecutori. Atipicità. Coerenza. Parametri minimi

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Artigo 139, inciso IV - Comparativo entre as versões 79

LISTA DE SIGLAS

CHN	– Carteira Nacional de Habilitação
CC/1916	– Código Civil de 1916
CC/2002	– Código Civil de 2002
CPC/1939	– Código de Processo Civil de 1939
CPC/1973	– Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	– Código de Processo Civil de 2015
CF/1934	– Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 CF/1937 – Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937
Lei n. 7.347/1985	– Lei da Ação Civil Pública
Lei n. 8.078/1990	– Código de Defesa do Consumidor
PLS 166/2010	– Projeto de Lei do Senado n. 166 de 2010
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
ZPO	– <i>Zivilprozessordnung</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	27
1 A FUNÇÃO EXECUTIVA DA JURISDIÇÃO E A MITIGAÇÃO DO DOGMA DA TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	37
1.1 A EXECUÇÃO CIVIL, OS MEIOS EXECUTÓRIOS, OS PODERES EXECUTÓRIOS DO JUIZ E OS PROCEDIMENTOS EXECUTIVOS.....	40
1.2 A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS NO ESTADO LIBERAL: A PREVISIBILIDADE DOS MEIOS COMO FORMA DE GARANTIR A LIBERDADE DOS INDIVÍDUOS.....	48
1.3 O MEIO EXECUTÓRIO COMO “TIPO” E O SIGNIFICADO EXCLUDENTE DA “TIPICIDADE” DOS MEIOS EXECUTÓRIOS.....	52
1.4 A QUESTÃO DA TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL DE 1939 E DE 1973 E O PERÍODO DE REFORMAS PROCESSUAIS...56	
1.4.1 O Código de Processo Civil de 1939.....	57
1.4.2 O Código de Processo Civil de 1973.....	60
1.4.3 O artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).....	63
1.4.4 Os artigos 273, 461 e 461-A do CPC/1973 após as leis n. 8.952/1994, n. 8.953/94 e n. 10.444/2002.....	65
1.4.5 A reforma da execução no CPC/1973: leis n. 11.232/2005 e 11.382/2005.....	67
1.4.6 A situação da tipicidade dos meios executórios no sistema processual civil brasileiro no momento anterior ao Código de Processo Civil de 2015: conclusões das reformas parciais quanto ao tema e sistematização da atipicidade por tipos de obrigações e de títulos executivos.....	69
2 A ATIPICIDADE PREVISTA NA CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	75
2.1 A PREVISÃO DO ARTIGO 139, INCISO IV, NO CPC/2015: CONFIRMAÇÃO DO SISTEMA MISTO PARA OS MEIOS EXECUTÓRIOS E A EXPANSÃO PARA AS OBRIGAÇÕES DE PAGAR.....	76

2.1.1 As diferentes redações do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 durante o processo legislativo.....	76
2.1.2 Análise crítica da versão final do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.....	79
2.1.3 A localização topográfica do artigo 139, inciso IV, no CPC/2015.....	84
2.1.4 O sistema misto de tipicidade e a atipicidade dos meios executórios no CPC/2015 para execuções de obrigações específicas e pecuniárias.....	88
2.2 O ARTIGO 139, INCISO IV, DO CPC/2015 COMO CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL EXECUTIVA.....	92
2.2.1 Breves digressões sobre as cláusulas gerais nos ordenamentos jurídicos.....	92
2.2.2 O artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 como cláusula geral processual executiva.....	98
2.2.3 A relação entre cláusula geral executiva do artigo 461 do CPC/1973 e cláusula geral executiva do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.....	103
3 A EVOLUÇÃO DAS COERÇÕES NA FUNÇÃO EXECUTIVA DA JURISDIÇÃO.....	109
3.1 ANÁLISE DE ALGUNS ÓBICES HISTÓRICOS À COERÇÃO NA FUNÇÃO EXECUTIVA DA JURISDIÇÃO.....	110
3.1.1 Breves considerações sobre o enquadramento da execução por coerção no conceito de execução forçada.....	110
3.1.2 A origem da incoercibilidade da vontade do devedor no brocardo latino <i>nemo praecise cogi potest ad factum</i> e a conversão em perdas e danos no inadimplemento de obrigações específicas.....	114
3.1.3 A consagração da incoercibilidade da vontade do devedor nas obrigações infungíveis pelo artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão e a distinção entre infungibilidade jurídica e infungibilidade material das obrigações de prestar declaração de vontade.....	122
3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS COERÇÕES NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	130
3.2.2 A coerção pelo <i>contempt of court</i> nos sistemas da <i>Common Law</i>.....	136
3.2.3 A coerção pela multa pecuniária (<i>Zwangsgeld</i>) e pela prisão (<i>Zwangshaft</i>) no direito alemão.....	142

3.3 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS MEIOS COERCITIVOS NO DIREITO BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE DA TEMÁTICA A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 ATÉ O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.....	150
3.3.1 Primeiro ciclo evolutivo: o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1939 – a coerção relegada a segundo plano.....	150
3.3.2 Segundo ciclo evolutivo: o Código de Processo Civil de 1973, as reformas processuais direcionadas às obrigações específicas e o Código Civil de 2002 – a consagração das coerções típica e atípica e a assimetria entre legislação processual e legislação material.....	154
3.3.3 Terceiro ciclo evolutivo: a reforma da execução pecuniária no Código de Processo Civil de 1973.....	161
4 AS COERÇÕES EM EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: A PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E O AFASTAMENTO DA IDEIA PUNITIVA DO ARTIGO 139, INCISO IV, DO CPC/2015.....	167
4.1 AS COERÇÕES PARA AS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: REPENSANDO A CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DA EXECUÇÃO INDIRETA.....	167
4.1.1 A coerção por multa pecuniária.....	168
4.1.2 A coerção pelo protesto da decisão judicial transitada em julgado.....	169
4.1.3 A coerção pela inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes.....	174
4.1.4 Peculiaridades da coerção por protesto e por inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes: discricionariedade, termo final e natureza coercitiva.....	177
4.1.5 A coerção por protesto e por inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes e a restrição dos direitos de personalidade.....	182
4.1.6 A relação entre as coerções atípicas do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 e as coerções típicas por protesto e por inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes: repensando a classificação dos meios de execução indireta.....	191
4.2 AS COERÇÕES ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL.....	193

4.2.1 Questões gerais sobre a responsabilidade patrimonial como princípio da atividade executiva.....	194
4.2.2 O princípio da responsabilidade patrimonial sob as óticas da intangibilidade corporal do devedor por dívidas e da limitação da atividade expropriativa ao valor do crédito versus a aplicação de medidas coercitivas em execuções de obrigações de pagar.....	198
4.2.2.1 Breve regaste histórico da questão no processo civil romano.....	198
4.2.2.2 Premissas e conclusões que podem ser firmadas com base no resgate histórico da origem romana do princípio da responsabilidade patrimonial e conclusões decorrentes.....	206
4.3 AS SANÇÕES NAS COERÇÕES ATÍPICAS E A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 139, INCISO IV, DO CPC/2015.....	212
4.3.1 Breve exposição de argumentos que questionam a constitucionalidade de sanções decorrentes de atividade coercitiva com base no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.....	212
4.3.2 A ideia de sanção no direito e a sanção executiva	217
4.3.3 Diferenciando sanções processuais, sanções executivas, sanções decorrentes da atividade coercitiva e sanções civis de natureza material.....	222
4.3.4 O caráter não punitivo das sanções decorrentes da atividade coercitiva e a constitucionalidade da atipicidade prevista no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.....	226
5 ANÁLISE DAS PRINCIPAIS DIRETRIZES LEVANTADAS PELA DOCTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA PARA UTILIZAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS.....	233
5.1 SOBRE A NECESSIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL DEFINITIVO.....	235
5.1.1 A aplicação das medidas atípicas no cumprimento provisório de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar.....	246
5.2 A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS.....	253
5.2.1 Argumentos favoráveis e desfavoráveis à aplicação subsidiária das medidas executivas atípicas.....	254
5.2.2 Tentativa de equacionamento da questão da subsidiariedade das medidas coercitivas atípicas.....	257

5.3 QUANTO À NECESSIDADE DE REQUERIMENTO DA PARTE PARA O USO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS.....	268
5.4 A QUESTÃO DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO.....	283
5.5 A CORRELAÇÃO ENTRE A SANÇÃO VINCULADA À COERÇÃO E A NATUREZA DA OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA....	298
5.6 A CUSTOMIZAÇÃO DA COERÇÃO AO DEVEDOR E A IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DESMOTIVADA.....	307
5.7 A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS ACERCA DA OCULTAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS NA ESFERA PATRIMONIAL DO DEVEDOR.....	320
5.8 A NECESSIDADE DE COGNIÇÃO PRÉVIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO EM RELAÇÃO A DETERMINADAS MATÉRIAS.....	332
5.9 QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE JULGA O PEDIDO DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS.....	339
6 PROPOSTA PARA A APLICAÇÃO ADEQUADA DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS.....	347
6.1 A OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO PARA A CORRETA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS EM EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS.....	350
6.1.1 Considerações iniciais.....	350
6.1.2 O postulado da proporcionalidade pela máxima parcial de adequação.....	354
6.1.3 O postulado da proporcionalidade pela máxima parcial de necessidade.....	359
6.1.4 O postulado da proporcionalidade pela máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito.....	362
6.1.5 Quanto aos postulados da proibição do excesso e da razoabilidade.....	364
6.2 A SEGURANÇA JURÍDICA NOS VIESES DA COGNOSCIBILIDADE, DA ESTABILIDADE E DA CALCULABILIDADE E O MÉTODO DE CONCREÇÃO PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS EM EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS.....	367

6.3 BREVE EXPOSIÇÃO SISTEMÁTICA DAS OPINIÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DOS CRITÉRIOS PARA MANEJO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS.....	376
6.4 A OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS MÍNIMOS PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS.....	382
6.4.1 A amplitude do campo de incidência dos meios coercitivos atípicos em razão da definitividade e do tipo de título executivo.....	386
6.4.2 A subsidiariedade na aplicação das medidas coercitivas atípicas equiparada a requisito de validade.....	387
6.4.3 A necessidade de requerimento da parte equiparada a requisito de validade.....	389
6.4.4 A necessidade de contraditório prévio equiparada a requisito de validade.....	390
6.4.5 A desnecessidade de correlação entre a sanção vinculada à coerção e a natureza da obrigação pecuniária.....	391
6.4.6 A customização da coerção à pessoa do devedor como fator de eficácia da coerção atípica e a impossibilidade de cumulação desmotivada.....	391
6.4.7 A existência de indícios de ocultação de bens penhoráveis na esfera patrimonial equiparada a requisito de validade.....	392
6.4.8 A necessidade de cognição prévia de determinadas matérias de defesa do executado como requisito de validade.....	393
6.4.9 A necessidade de fundamentação substancial como requisito de validade.....	395
CONCLUSÃO.....	397
REFERÊNCIAS.....	403

INTRODUÇÃO

Salvatore Satta afirmava que a execução era um momento da tutela jurisdicional dos direitos.¹ Hodiernamente, talvez esteja claro que se trata do momento mais importante da prestação jurisdicional porque não basta o Estado exercer a jurisdição formulando uma norma concreta para a resolução do conflito, é necessária a sua efetivação no mundo real.

O princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional está previsto na Constituição Federal em vigor, no artigo 5º, inciso XXXV. A ideia de inafastabilidade, por si só, nunca traduziu o real conceito de acesso à justiça, sobretudo após a consolidação, em diversos ordenamentos jurídicos, pelo mundo das ideias levantadas na obra de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, denominada “*Acess to justice: the worldwide movement to make rights effective. a general report*”².

A concepção tradicional de acesso à justiça, na simples vertente de inafastabilidade do Poder Judiciário, foi gradativamente substituída pela lógica de um direito fundamental mais amplo – garantidor de uma prestação jurisdicional justa para resolver os conflitos de interesses –, uma espécie de “direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais”³. O foco passou a ser, então, a qualidade na prestação: o conflito deveria ser resolvido de forma justa e correta.

Em um segundo momento histórico – resultado, sobretudo, das demandas da sociedade contemporânea –, percebeu-se que a resolução do conflito de forma justa e correta não era suficiente. A celeridade na resposta estatal passou a ocupar o protagonismo e esta premissa ocasionou, ao menos no Brasil, inúmeras modificações legislativas, o que, vale dizer, não ficou imune à crítica de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.⁴

¹ SATTÀ, Salvatore. *L'esecuzione forzata*. Torino: Unione Tipografica, 1952. p. 3.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FÁRIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça*. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989, p. 40-65. p. 45, 46.

⁴ Explanava o autor: “A política da rapidez obcecou o legislador, diante das reclamações públicas, e não raro o subconsciente exponta nos textos das próprias regras legais. A presteza dos processos não é de somenos importância (longe disso!); porém seria demasia crê-la requisito principal da justiça.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. (arts. 46-163). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. II, p. 472).

Sob esse contexto, a razoável duração de um processo tornou-se, então, direito constitucional, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, incluindo o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal. A partir desse ponto, a preocupação com a celeridade na prestação jurisdicional alçou voos explicitamente constitucionais, e isso não impressionou, sob o ponto de vista prático, parcela da doutrina que chegou a afirmar que o “direito à razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII) constitui mera promessa, sem qualquer ressonância prática”.⁵

Atualmente, a ideia de efetividade na prestação jurisdicional tem como arcabouço normativo os artigos 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal e os artigos 3º e 4º do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Fala-se também em eficiência processual, sob a perspectiva da gestão do processo, levando em conta critérios como tempo, custos e consecução de objetivos.⁶

O descumprimento dos preceitos de celeridade e de efetividade da prestação jurisdicional geram sequelas ao longo de todo o processo; todavia, é inegável que, ao menos aos olhos dos jurisdicionados, estes problemas são mais perceptíveis na seara da execução civil. De nada adianta um processo que não gere resultados concretos no mundo real, ainda que tenha recebido uma justa, rápida e correta resposta estatal na fase cognitiva. Por isso, é na execução civil que a efetividade deve mostrar a sua faceta mais robusta e, nesse enleio, têm lugar o postulado da “maior coincidência possível”⁷, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, e o direito fundamental à tutela executiva.⁸

O direito à execução efetiva das decisões civis, para Nicoló Trocker, deve ser clara e explicitamente reconhecido como parte do

⁵ LOPES, João Baptista. Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro (Coord.). *Reforma do Judiciário* – analisada e comentada. São Paulo: Método, 2004. p. 330.

⁶ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 75. Sobre a perspectiva da eficiência: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 275, p. 89-117, jan. 2018; JOBIM, Marcos Félix. *As funções de eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁷ Explica o autor: “O postulado da ‘maior coincidência possível’ deve atuar no sentido de imprimir à execução da sentença a aptidão para produzir resultado tendente a igualar aquele que se obteria mediante a realização espontânea do direito.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências em matérias de execução de sentença e ordens judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 151-168, 1986. p. 155.

⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 99-110.

direito a uma proteção judicial eficiente.⁹ A realização coativa de um direito na perspectiva da atividade jurisdicional de execução, na visão de Ugo Rocco, pertence à categoria dos direitos de supremacia.¹⁰

Nos dias atuais, os problemas práticos da prestação jurisdicional têm surgido justamente no campo da execução civil, no qual os jurisdicionados depositavam as esperanças de ver, ainda que coativamente, a satisfação de seus direitos. Os mecanismos e os instrumentos de um sistema de execução civil, corrobora Masanori Kawano, devem ser formados pela perspectiva de seus principais “usuários” (credores) e gerar um resultado satisfatório, efetivo, rápido e razoável em relação aos custos.¹¹

A problemática se agrava em sede de execuções de obrigações de pagar, notadamente, devido à vinculação histórica que este tipo de execução tem à técnica exclusivamente expropriatória e, assim, o sistema executivo nacional, pela ótica dos seus “usuários”, não vem cumprindo o seu papel.

Nesse contexto, surge o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, no qual parte da doutrina tem depositado expectativas para a satisfação daqueles créditos pecuniários cujas execuções se arrastam, de forma não exitosa, por anos no Judiciário.

A vagueza do dispositivo, inerente às cláusulas gerais, e o ineditismo de se poder coagir atipicamente o devedor em execuções pecuniárias causaram fervor na doutrina e na magistratura. Surgiram, aos montes, decisões de juízes de primeiro grau determinando a aplicação de medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias, as quais, majoritariamente, foram anuladas pelos respectivos tribunais de segundo grau.

A nota comum entre a maioria dessas decisões consiste na insuficiência de fundamentação baseada em critérios claros, à luz do caso concreto, seja para deferir ou indeferir as medidas. Por muitas vezes, os motivos para o deferimento em primeiro grau são os mesmos

⁹ TROCKER, Nicolás, Masanori. Civil The right to effective enforcement of civil judgements and orders: Lessons from Case Law of the European Court of Human Rights. In: STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. (Coord.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 21-48. p. 22.

¹⁰ ROCCO, Ugo. *Corso di teoria e pratica del processo civile: il processo executivo*. Napoli: Libreria Scientifica, 1955. v. III. p. 84.

¹¹ KAWANO, Masanori. Civil enforcement as a fundamental of effective justice - Introductory remarks on comparative study of civil enforcement. In: STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. (Coord.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 3-12. p. 6.

para o indeferimento em segundo grau. A questão carece de um balizamento, ainda que mínimo.

Esse é o contexto que emoldura o tema do presente estudo, que trabalha com a efetividade da prestação jurisdicional executiva em execuções pecuniárias, delimitado na aplicabilidade de medidas coercitivas atípicas, com base no mencionado artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, em execuções dessa natureza. Dessa delimitação, é importante consignar que a investigação que será entabulada levará em conta, tão somente, o manejo das coerções atípicas em execuções, aparelhadas por títulos judiciais ou extrajudiciais, de obrigações de pagar. Por corolário, não se fará um estudo da questão em relação às execuções de obrigações específicas, às execuções de prestações alimentares, à tutela provisória, à execução das decisões estruturantes ou ao processo penal.

O problema a ser enfrentado, em verdade, pode decompor-se em dois, subproblemas, de modo que a pertinência da investigação do segundo, necessariamente, depende da confirmação da hipótese levantada para o primeiro – quase que se operando uma relação de prejudicialidade entre ambos. Nessa linha, expõem-se os subproblemas: (a) é possível, ao menos em tese, o manejo das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias? E se possível, (b) é pertinente a formulação de uma proposta de aplicação para essas medidas com base em parâmetros mínimos que devem ser verificados a partir do caso concreto?

A hipótese escolhida como ponto de partida, igualmente, secciona-se em duas sub-hipóteses, a saber: (a) em razão da valorização normativo-histórica da atipicidade dos meios executórios e das coerções, da constitucionalidade e da compatibilidade do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 com o princípio da patrimonialidade, e da necessidade de se repensar a tradicional classificação dos meios executórios quanto à execução indireta, é possível, ao menos em tese, o manejo das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias; (b) assim sendo, mostra-se pertinente a formulação de uma proposta para a adequada aplicação das medidas em apreço – que se posicione a partir do caso concreto, enfrente os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso e consagre a segurança jurídica pelos vieses de cognoscibilidade, estabilidade e calculabilidade – calcada em parâmetros mínimos para a interpretação e a aplicação por concreção de cláusula geral processual executiva, consubstanciada no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.

Tomando como base esses enunciados especulativos, o objetivo da presente tese, então, é formular proposta para a aplicação adequada das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias sob a perspectiva do magistrado, diante e a partir do caso concreto que lhe é posto. A atividade do julgador, por esta proposta, consistirá em enfrentar as circunstâncias do caso *in concreto* pelos prismas dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso, e em perquirir – enaltecendo a segurança jurídica – a presença de parâmetros mínimos que legitimem, ou refutem, eventual deferimento das medidas em tela.

A tentativa de contribuição do presente trabalho, a propósito, inscreve-se no campo da prática na medida em que pretende propor uma orientação ou um norte para que o órgão judiciário – diante de uma execução pecuniária em que se cogita a aplicação das medidas coercitivas atípicas – possa interpretar por concreção e aplicar, adequadamente, o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, com base nos postulados já mencionados e nos aludidos parâmetros mínimos.

No plano da metodologia, o estudo adota a abordagem de raciocínio dedutivo, compreendido como aquele que parte de argumentos gerais apanhados das teorias de base e que circundam a temática aqui proposta para, a partir daí, chegar a conclusões particulares, tudo isso instrumentado pela técnica de pesquisa bibliográfica – a partir de dados secundários (livros, revistas, periódicos, sites e outros materiais de interesse) considerados repertórios da doutrina nacional e internacional.

Quanto à estrutura, necessária à apresentação deste relatório, divide-se em introdução, seis capítulos de conteúdo, conclusão e lista das referências efetivamente utilizadas ao longo do trabalho.

O objetivo do primeiro capítulo consiste em perquirir a tipicidade dos meios executórios. Com esse intuito, busca-se abordar alguns conceitos de instrumentos fundamentais da execução civil, a origem da formação do dogma da tipicidade dos meios executórios no Estado Liberal e os significados de tipo e tipicidade. Em seguida, almeja-se pesquisar a presença de traços de atipicidade no Código de Processo Civil de 1939 (CPC/1939) e no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), na sua redação original, e a evolução normativa do tema, promovida pelas leis n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e pelas reformas parciais realizadas no CPC/1973, por meio das leis n. 8.952/1994, n. 8.953/1994, n. 10.444/2002, n. 11.232/2005 e n. 11.382/2005.

A importância do estudo que será promovido no primeiro capítulo é justamente a fixação da base teórica necessária para o enfrentamento das hipóteses estudadas nos capítulos seguintes e a indispensável demonstração da situação legislativa quanto à tipicidade dos meios executórios no momento anterior à promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

O escopo do segundo capítulo reside na análise normativa do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015. Com esse desiderato, será investigada a evolução do processo legislativo do artigo em comento, analisando a forma pela qual se operou a expansão da atipicidade de meios executórios, sob o ponto de vista normativo, para as execuções pecuniárias. Igualmente, almeja-se pesquisar o enquadramento do referido dispositivo legal como cláusula geral processual executiva, abordando as consequências desta interpretação para o sistema.

A relevância da investigação a ser promovida no segundo capítulo para a consecução final do trabalho consiste em verificar como o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 ampliou os horizontes do sistema misto de tipicidade e de atipicidade dos meios executórios já existentes na sistemática processual civil nacional.

Pode-se dizer que o estudo a ser formulado no primeiro e no segundo capítulos, conjuntamente, pretende estabelecer o marco conceitual acerca da atipicidade de meios executórios e investigá-lo pelo prisma sistêmico do ordenamento jurídico brasileiro.

A partir do terceiro capítulo, o foco do trabalho passa a ser as coerções e o intuito é verificar a forma pela qual se operou a evolução histórica do seu uso na execução civil. Para tanto, inicialmente, busca-se enfrentar alguns óbices históricos relativamente ao manejo das coerções na atividade executiva – notadamente quanto: à remota ideia de que a execução indireta estaria fora do campo conceitual da execução civil; à suposta origem da incoercibilidade da vontade do devedor no brocardo latino *nemo praecise cogi potest ad factum* e a conversão em perdas e danos no inadimplemento das obrigações específicas; e à consagração da incoercibilidade da vontade do devedor nas obrigações infungíveis pelo artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão.

Em seguida, realiza-se uma breve análise das coerções sob a ótica do surgimento das astreintes no direito francês, do *contempt of court* nos sistemas da *Common Law* e da coerção pela multa pecuniária (*Zwangsgeld*) e pela prisão (*Zwangshaft*) no direito alemão. Por fim, destaca-se a análise da evolução das coerções no Brasil subdivida em três ciclos evolutivos.

A importância do estudo que será promovido no terceiro capítulo reside na hipótese de que esse movimento normativo de valorização das coerções, de certa forma, legitimaria a utilização de medidas coercitivas atípicas nas execuções de obrigações de pagar.

O quarto capítulo deste trabalho tem por desígnio aprofundar o estudo sobre as coerções. De início, busca-se identificar o sistema de coerções típicas existente para execuções pecuniárias no CPC/2015, primeiramente abordando a multa pecuniária, o protesto da decisão judicial transitada em julgado e a inscrição do devedor nos cadastros de inadimplente para, então, tentar esboçar uma (re)classificação diferenciada para a execução indireta no ordenamento jurídico pátrio. Na sequência, intenta-se confrontar a possibilidade de manejo das medidas coercitivas atípicas em execuções de obrigações de pagar com o princípio da patrimonialidade, o que será feito por meio de uma breve investigação histórica acerca das motivações do aludido princípio no processo civil romano.

Ao final, promove-se um estudo acerca da constitucionalidade do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 mediante: investigação da ideia de sanção no direito e de sanção executiva; diferenciação de sanções processuais, sanções executivas, sanções decorrentes da atividade coercitiva e sanções civis de natureza material; e análise do suposto caráter não punitivo das sanções decorrentes da atividade coercitiva.

A imprescindibilidade da investigação deste capítulo, para fins de elaboração da tese, situa-se em – além de tentar provocar um movimento de reflexão acerca da tradicional classificação dos meios executórios no tocante à execução indireta – constatar se são pertinentes duas das principais críticas formuladas contra a aplicação do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 em execuções pecuniárias, a saber, afronta à patrimonialidade e inconstitucionalidade.

De certa forma, o terceiro e quarto capítulos formam um bloco de estudo histórico-dogmático acerca das coerções na execução civil. Então, acrescendo ao estudo acerca da atipicidade, que será formulado nos capítulos antecedentes, almeja-se – com a construção a ser desenvolvida durante os quatro primeiros capítulos – confirmar, ou refutar, uma das hipóteses primárias deste estudo: é possível, ao menos em tese, o manejo das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias.

O quinto capítulo visa analisar as principais diretrizes estabelecidas pela doutrina e pela jurisprudência para a aplicação das medidas atípicas coercitivas em execuções de obrigações de pagar. Para tanto, serão utilizadas dezenas de obras doutrinárias que abordaram de

forma direta ou indireta o tema, que propõem inúmeros parâmetros, critérios, diretrizes e requisitos para a aplicação das medidas em apreço.

Nesse contexto, serão analisadas as seguintes diretrizes: (a) campo de aplicação das medidas em razão do nível de definitividade e do tipo de título executivo; (b) aplicação subsidiária ou supletiva; (c) necessidade de requerimento expresso do exequente; (d) imprescindibilidade de contraditório prévio; (e) correlação entre a medida aplicada e a natureza da obrigação inadimplida; (f) customização da coerção à pessoa do executado; (g) necessidade de indícios de que o devedor possua patrimônio; (h) cognição do juiz da execução diante das alegações de defesa do executado; (i) obrigatoriedade de fundamentação substancial da decisão judicial acerca da possibilidade de manejo das medidas coercitivas em apreço.

Na análise de cada um desses parâmetros propostos pela doutrina serão pesquisados vários julgados, exarados pelos Tribunais Estaduais e pelo Superior Tribunal de Justiça, que enfrentaram a temática do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, sendo colacionados no dito capítulo apenas aqueles que analisaram a matéria de maneira mais contundente e pontual.

A relevância do estudo que será entabulado no quinto capítulo repousa no enfrentamento doutrinário de cada uma dessas nove diretrizes, concluindo pela sua pertinência, ou não, para o manejo das coações atípicas em execuções pecuniárias. De certa forma, a análise a ser realizada no aludido capítulo serve de base preparatória para a proposta que será formulada no capítulo seguinte.

O derradeiro capítulo deste trabalho ambiciona formular uma proposta para a aplicação adequada dos meios executórios coercitivos atípicos nas execuções de obrigação de pagar. Para atingir esse propósito, será (i) estudada a pertinência da proposta de aplicação de medidas coercivas atípicas em execuções pecuniárias pela ótica dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso, com base na teoria de Robert Alexy, diante do caso concreto; e (ii) examinada a importância da fixação de parâmetros mínimos para a interpretação das normas jurídicas como forma de consagração da segurança jurídica nos vieses de cognoscibilidade, estabilidade e calculabilidade – com base na doutrina de Humberto Ávila –, sobretudo, em se tratando de cláusulas gerais, as quais requerem aplicação pelo método de concreção.

A última seção do sexto capítulo analisará as diretrizes estudadas no capítulo anterior, de modo a verificar quais delas constituem parâmetros mínimos para a interpretação do artigo 139, inciso IV, do

CPC/2015 em execuções pecuniárias. Não obstante, esta seção tentará ainda equiparar algumas das diretrizes a requisitos de validade e a fatores de eficácia para a aplicação das medidas coercitivas atípicas em apreço.

1 A FUNÇÃO EXECUTIVA DA JURISDIÇÃO E A MITIGAÇÃO DO DOGMA DA TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O ser humano vive em constante busca de satisfação de suas necessidades e, para tanto, tende a se colocar em situação ou posição que seja mais apta à obtenção daquilo que deseja ou que lhe carece. Comportando-se desta forma, ou seja, adotando uma posição “favorável à satisfação de uma necessidade”¹², as pessoas demonstram aquilo que se chama de *interesse*. Os interesses humanos, no entanto, são ilimitados e os bens – entendidos como meios para satisfação das necessidades – são finitos. Em razão disso, e pelo fato de os seres humanos viverem em coletividade, inevitavelmente surgirão conflitos entre interesses individuais de diferentes pessoas.¹³

A função jurisdicional do Estado tem como objetivo precípua resolver esses conflitos, os quais consistem em sua causa de existir; portanto, pode-se dizer que a jurisdição existe para solucioná-los.¹⁴ Na linha de Francesco Carnelutti, trata-se de “justa composição da lide”¹⁵. Igualmente, não devem ser desprezados os conceitos de jurisdição com enfoque “na realização dos interesses que o direito objetivo tutela”¹⁶, pelo qual o juiz “põe em prática os remédios necessários para obter em concreto”¹⁷ o preceito contido na norma.

As ideias são complementares e se antes a jurisdição enquadrava-se na correta, mas singela definição de “poder de administrar a justiça”¹⁸, hodiernamente, o enfoque reside na efetiva realização dos

¹² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2000. v. 1. p. 55.

¹³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v.1, p. 60.

¹⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 105.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Traducción de Santiago Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971. p. 22.

¹⁶ ROCCO, Alfredo. *La interpretación de las leyes procesales*. Traducción de Manuel Romero Sanchez y Julio Lopez de La Cerda. Mexico: Editorial Stylo, 1944. p. 14.

¹⁷ MICHELI, Gian Antonio. *Curso de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970. v. 1. p. 3-4.

¹⁸ RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Praxe brasileira*. São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869. p. 5. No mesmo sentido: BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermaneutica para o uso das facultades de direito do Brazil*. 7. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1910. p. 54.

direitos.¹⁹ Justamente por isso, de nada adianta a prestação jurisdicional limitar-se ao seu viés cognitivo porquanto pode não ser suficiente para a tutela do direito²⁰ – ela não se esgota na cognição²¹. Necessária é, então, uma atividade posterior²² “dirigida a modificar o mundo exterior e a fazê-lo corresponder a vontade da lei”²³.

Nesse enleio, exsurge a vertente executiva da jurisdição, objetivando colocar em prática os efeitos jurídicos decorrentes da atuação jurisdicional do Estado, de modo a “fazer cumprir, coativamente, prestação a que a lei conceda pronta e imediata exigibilidade”²⁴. Vale lembrar que, remotamente, a execução não era considerada atividade jurisdicional. Como pontua Andrea Proto Pisani, “a atividade de execução forçada era considerada atividade inferior à

¹⁹ Com enfoque na satisfação dos direitos, Eduardo de Avelar Lamy afirma que o processo consiste em “um ato jurídico complexo resultante da operação de um núcleo de direitos fundamentais - tais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal - que atuam sobre uma base procedimental, não apenas com o objetivo de declarar, mas principalmente com o fim de satisfazer os direitos no mundo dos fatos, nas vidas dos litigantes” (Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais *Revista de Processo*. São Paulo, v. 173, p. 95-128, 2009. p 102).

²⁰ PISANI, Andre Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 1994. p. 774-775.

²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1980. p. 149. Pasquale Castoro afirma que a cognição serve para determinar uma concreta vontade da lei que garante algum bem da vida; a execução forçada (serve) a realizar aquela vontade concreta resultante de precedente acerto jurisdicional, fazendo praticamente alcançar o bem garantido. CASTORO, Pasquale. *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 1.

²² Salvatore Satta pontuava que tanto o “código civil quanto o de processo colocam sob a mesma denominação de execução a atividade seguinte à sentença de condenação”. No original: “[...] sia il codice civile come quello di procedura pongono sotto il comune denominatore dell’execuzione l’attività conseguente alla sentenza di rivendica e alla sentenza di condanna” (*L’execuzione forzata*. Torino: Unione Tipografio, 1952. p. 10). No original: “No original: “[...] sia il codice civile come quello di procedura pongono sotto il comune denominatore dell’execuzione l’attività conseguente alla sentenza di rivendica e alla sentenza di condanna”

²³ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Albezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 137. Como bem observa Eduardo de Avelar Lamy: “É necessário haver um compromisso por parte daqueles que prestam a tutela jurisdicional para com os seus resultados práticos.” (Súmula vinculante: um marco. In: _____ (Org.). *Ensaio de processo civil*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, v. 1. p. 25-60. p. 30).

²⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar (parte geral)*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 4. p. 25.

atividade lógico-cognoscitiva de *ius dicere* e assim não era considerada pertencente à jurisdição, mas à administração”²⁵.

A prestação jurisdicional executiva não se pode desincumbir do respeito a determinados preceitos, regras e princípios de cunho constitucional e infraconstitucional, para que se concretize a garantia do devido processo legal. Entre eles, classicamente, arrola-se o dogma da tipicidade dos meios executórios.

Feitas essas breves digressões, destaca-se que o escopo deste primeiro capítulo consiste em perquirir o preceito da tipicidade dos meios executórios. A importância dessa análise, para fins de consecução dos objetivos do trabalho, reside na fixação da base teórica necessária para o enfrentamento das hipóteses estudadas nos capítulos seguintes.

Para atingir esse desiderato, esta seção, inicialmente, abordará alguns conceitos de instrumentos fundamentais da execução civil, a origem da formação do dogma da tipicidade dos meios executórios e os significados de tipo e tipicidade. Em um segundo momento, analisar-se-á a presença de traços de atipicidade no Código de Processo Civil de 1939 (CPC/1939)²⁶ e no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), este na sua redação original, bem como a evolução normativa do tema, promovida pelas leis n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e pelas reformas parciais realizadas no CPC/1973, por meio das leis n. 8.952/1994, n. 8.953/1994, n. 10.444/2002, n. 11.232/2005 e n. 11.382/2005.

A breve retrospectiva histórica é indispensável para, então, demonstrar qual a situação legislativa quanto à tipicidade dos meios executórios no momento anterior à promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). O tema correlaciona-se com o objeto de estudo do segundo capítulo, no qual o trabalho avançará no enfrentamento de peculiaridades do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.

²⁵ No original: “In altre epoche storiche l’attività di esecuzione forzata era considerata attività inferiore rispetto alla attività logico-cognoscitiva di *ius dicere*, e come tale non era considerata appartenente alla giurisdizione, ma alla amministrazione.” PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994. p. 776.

²⁶ Objetivando estabelecer um recorte histórico de análise da questão, optou-se por investigar a questão somente a partir da primeira codificação processual civil unificada nacional.

1.1 A EXECUÇÃO CIVIL, OS MEIOS EXECUTÓRIOS, OS PODERES EXECUTÓRIOS DO JUIZ E OS PROCEDIMENTOS EXECUTIVOS

Em um primeiro momento, faz-se necessária uma concisa exposição dos institutos nucleares da execução civil²⁷, com o objetivo de aclarar os conceitos que serão adotados para o desenvolvimento do presente estudo.

A execução civil consubstancia-se na faceta prática da prestação jurisdicional. É a zona de toque entre o plano jurídico e o plano concreto. A função executiva se opera no mundo dos fatos, ou seja, para “realizar os provimentos judiciais no mundo real”²⁸, tendo como escopo alterar a realidade fática, de modo a adequá-la ao dever ser jurídico. Como bem explica José Carlos Barbosa Moreira, a execução caracteriza-se pela prática de atos “destinados a modificar a realidade sensível, afeiçoando-a, na medida do possível, àquilo que, segundo o direito, ela deve ser.”²⁹⁻³⁰

Portanto, a execução civil consiste no conjunto de “atos judiciais agressores da esfera jurídica do executado”³¹ destinados à efetivação real da norma jurídica concreta³², seja ela objeto de anterior atividade

²⁷ Em que pesem alguns dos conceitos abordados serem aplicáveis também à execução penal, objetivando desde logo a delimitação máxima do escopo do trabalho, adotou-se a nomenclatura “execução civil”.

²⁸ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo, 2015. v. 1. p. 369.

²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 185.

³⁰ Em sentido semelhante é a lição de Andrea Proto Pisani: “L’esecuzione ha per scopo la rimozione (esecuzione forzata) di quegli ostacoli che non consentirebbero al titolare del diritto il godimento del bene, della utilità assicurategli dalla legge sostanziale, o l’impedire (esecuzione processuale indiretta, misure coercitive) che siano posti ostacoli che non consentirebbero al titolare del diritto il godimento del bene, della utilità assicurategli dalla legge sostanziale.” Tradução livre: A execução tem por escopo a remoção (execução forçada) daqueles obstáculos que não permitiriam ao titular do direito a fruição do bem, da utilidade assegurada pela lei substantiva, ou impedir (execução processual indireta, medidas coercitivas) que sejam postos obstáculos que não permitiriam ao titular do direito à fruição do bem, da utilidade assegurada pela lei substantiva.” (*Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994. p. 775).

³¹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 107.

³² Crisanto Mandrioli explica que enquanto a cognição quer alcançar a formulação concreta da regra de direito, ou seja, o accertamento da existência do direito, a execução forçada quer atingir a atuação prática, material, desta regra, de forma coativa ou forçada, ou seja mediante o emprego efetivo ou potencial da força do ordenamento. (*Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. Torino: Giappichelli, 1981. p. 23-24).

cognitiva de formulação (título executivo judicial) ou esteja presumida no próprio título³³, por expressa previsão legal, quando restará dispensada a precedente prestação jurisdicional (título executivo extrajudicial). É da essência da atividade executiva a invasão forçada³⁴ no domínio jurídico, pessoal ou patrimonial, do executado e, se necessário for, inclusive com “emprego da força física”³⁵.

Os atos processuais que compõem a execução, chamados de atos executivos, diferenciam-se densamente dos atos cognitivos. Enquanto estes se destinam a perquirir a verdade sobre os fatos para, então, emanar carga decisória acerca da relação processual ou do conflito em si; aqueles se dirigem, essencialmente, à provocação de alterações no mundo real.

Para que a execução civil alcance o seu escopo final, é imperativa a aplicação de técnicas que utilizem os atos executivos, os quais serão reunidos, organizados e desencadeados em uma sequência cronológica para que, ao fim e ao cabo, o exequente obtenha o bem litigioso. Esta operação é denominada meio executório.³⁶⁻³⁷

Os meios executórios, segundo ensinamento de Giuseppe Chiovenda, são “medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem que tem direito”³⁸.

³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*: exposição sistemática do procedimento, p. 185-186.

³⁴ Nisso também se enquadra o conceito de execução por coerção (indireta), abordada nas páginas seguintes.

³⁵ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Albezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 139.

³⁶ Para Flávio Luiz Yarshell, “falando em termos de atividade executiva, busca-se o estabelecimento de meios executivos que possam dar efetividade aos comandos judiciais que deles necessitam para produzir efeitos substanciais” (*Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006. p. 28).

³⁷ Paulo Eduardo D’Arce Pinheiro afirma que os adjetivos “executivo” e “executório” são utilizados na doutrina de forma indistinta, como sinônimos, para qualificar meios, atos e procedimentos relativos à execução. Assim, o autor promove análise acerca do significado do sufixo “ivo” e “ório” na língua portuguesa, inferindo que o primeiro exprime uma noção de capacidade e o segundo de qualidade ou característica. Ao final, adota a nomenclatura “executório” para qualificar os poderes do juiz na execução, fazendo a ressalva que a utilização de “executivo” não está incorreta (*Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25, 26). No presente trabalho, os termos “executivo” e “executório” serão utilizados como sinônimos, por entender que na execução civil as expressões possuem o mesmo significado.

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1. p. 348.

A jurisdição executiva dispõe de vários conjuntos de atos executivos (ou seja, de meios executórios), para realizar a sua função prática, os quais são identificados e aplicados conforme o tipo de bem pretendido pelo exequente. Portanto, para a correta compreensão dos meios executórios é indispensável o domínio dos tipos de bens que podem ser objeto da execução.

Na doutrina clássica³⁹, os bens jurídicos objeto da execução civil distinguem-se da seguinte forma: (a) bens para obtenção de coisa certa e determinada (*corpus*) ou de soma em dinheiro (*genus*); (b) bens para prática de atos pelo obrigado; e (c) bens para abstenção de determinada conduta do obrigado. Em resumo, o bem jurídico pretendido pelo exequente poderá ser um bem corpóreo, um valor em pecúnia ou uma conduta (omissiva ou comissiva) do executado.⁴⁰ É nítida, assim, a correlação entre o bem jurídico aspirado na execução e a natureza da obrigação (pagar, entregar, fazer ou não fazer) no campo do direito civil.

Em razão do tipo de bem jurídico pretendido pelo exequente, revela-se a feição da atuação executiva do Estado e, com base nela, os meios executórios são agrupados e classificados. Então, diante do inadimplemento no tocante ao bem da vida, ou de ameaça, o Estado dispõe de duas diferentes técnicas⁴¹, que a doutrina divide em dois grupos (sub-rogação e coerção).

Em determinadas situações, a obtenção do bem jurídico pleiteado independe de participação, contribuição ou cooperação do executado e, nestes casos, o Estado age sub-rogando-se na posição do credor. Em nítido caráter de atividade substitutiva do Estado, a vontade⁴² do executado, para fins de concretização da tutela, torna-se prescindível. Está-se diante dos meios executórios de sub-rogação, os quais ensejam a execução direta.⁴³

³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 349.

⁴⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 182.

⁴¹ PISANI, Andre Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 775.

⁴² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 350.

⁴³ José Frederico Marques denominava a execução direta de **execução genérica** e afirmava que nela a satisfação se operava de forma **indireta**: “A execução genérica tem caráter expropriatório e satisfaz a pretensão do credor, de modo indireto: o devedor perde algum bem ou bens, a fim de que, com o produto de sua venda, ou sua entrega ao credor a título de adjudicação, acabe atendida a sanção imposta na sentença. Na execução específica, porém, o credor é atendido de modo direto e imediato, porquanto a prestação, que é objeto da *sanctio iuris*, se realiza e se efetiva com o cumprimento específico da própria obrigação contida no título executivo.” (*Manual de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar* (parte geral, p. 25).

A penetração na esfera do devedor, na técnica sub-rogatória, poderá ocorrer: (a) por desapossamento, quando é retirada a posse de coisa móvel ou imóvel do devedor; (b) por transformação, quando a esfera patrimonial do devedor responde por obrigações de fazer, de não fazer e de entregar inadimplidas; (c) por expropriação, quando o executado é privado de parcela do seu patrimônio, em bens ou em pecúnia, equivalente ao valor da dívida executada.⁴⁴

A expropriação poderá adotar quatro formas de satisfazer a obrigação inadimplida, a saber⁴⁵: (a) desconto – é exclusivo das obrigações alimentares e se opera mediante a reserva de uma parte dos ganhos do devedor para o adimplemento do crédito⁴⁶; (b) adjudicação – o exequente opta por receber o bem penhorado ao invés da obrigação originária em pecúnia; (c) alienação por iniciativa particular – o exequente, devidamente autorizado e sob condições fixadas pelo juiz, encarrega-se de vender a terceiros o bem penhorado do devedor; (d) alienação por leilão judicial – o Estado conduzirá a alienação coativa do bem penhorado a terceiros para, com o fruto da arrematação, satisfazer o crédito pecuniário do exequente; (e) apropriação de frutos e rendimentos de empresas e de outros bens do executado para satisfazer os créditos do exequente.

Em outros casos, a obtenção do bem jurídico depende de aptidões pessoais do executado. Nessas situações, a atuação do Estado cinge-se a compelir o devedor a participar ativamente da satisfação da obrigação. Em outras palavras, a atuação executiva destina-se a “influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve”⁴⁷, ou seja, a pressioná-lo para cumprir a obrigação.⁴⁸ Está-se diante dos meios executórios de coerção, os quais ensejam a execução indireta.⁴⁹

⁴⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 26. ed. São Paulo: Leud, 2009. p. 54.

⁴⁵ A classificação apresentada adota a nomenclatura e a divisão previstas no CPC/2015.

⁴⁶ MARMITT, Arnaldo. *Pensão alimentícia*. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 163.

⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 349.

⁴⁸ Cândido Rangel Dinamarco entende que na utilização dos meios coercitivos o Estado “procura persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações tão onerosas e inconvenientes que em algum momento seja para ele mais vantajoso cumprir do que permanecer inadimplente” (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4. p. 47).

⁴⁹ Não se despreza a divergência doutrinária sobre a pertinência da inserção da execução por coerção no campo conceitual da execução. Esta polêmica, a propósito, será enfrentada no terceiro capítulo.

O CPC/2015 inovou no tocante aos meios de coerção e, assim, pode-se aventar uma nova classificação dessas técnicas, o que será objeto de análise mais profunda na seção 4.1.6.

De todo modo, a divisão proposta para os meios coercitivos previstos no CPC/2015 é a seguinte⁵⁰: (a) coerção patrimonial, consubstanciada na aplicação de multa pecuniária para o cumprimento da obrigação inadimplida; (b) coerção por restrição de outros direitos do executado, por meio da qual existe a ameaça de restrição de seus direitos para compeli-lo a satisfazer a obrigação.⁵¹

A jurisdição executiva confere ao juiz poderes⁵² executivos⁵³ para a prática do conjunto de atos que compõem os diversos meios executórios. Portanto, pode-se dizer que tais poderes “instrumentalizam a invasão da esfera jurídica de pessoas, promovendo modificações no

⁵⁰ No mesmo sentido, no entanto conferindo maior ênfase aos “poderes executórios do juiz”, Paulo Eduardo D’Arce Pinheiro afirma que “os poderes executórios podem ser divididos em dois grandes grupos: poderes executórios coercitivos e poderes executórios sub-rogatórios. Os poderes executórios coercitivos subdividem-se em poderes coercitivos por meio de restrição de direitos e poderes coercitivos patrimoniais” (Poderes executórios atípicos no projeto do Código de Processo Civil. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Execução civil e temas afins - do CPC/1973 ao Novo CPC. Estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 807). Na mesma linha, ver: PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Poderes executórios do juiz* p. 229. Araken de Assis doutrina em sentido similar, todavia, entendendo que a coerção por restrição de direitos opera-se somente com a prisão civil do devedor de obrigação alimentar (*Manual da execução*, p. 182).

⁵¹ Ainda que o rol de medidas coercitivas de restrição de direitos do executado seja, pelo CPC/2015, aberto (como será enfrentado mais adiante), dois exemplos (devidamente tipificados) deste tipo de coerção podem ser mencionados: (a) coerção pessoal do executado para satisfação do débito alimentar, sob pena de prisão civil; (b) coerção do executado para pagar, no prazo de quinze dias, a sentença transitada em julgado, sob pena de protesto deste título.

⁵² Interessante ressaltar, ainda na seara dos poderes do juiz, a observação de Elicio de Cresci Sobrinho, acerca da ideologia do processo civil brasileiro após o CPC/1973: “A ideologia do novo código de processo Civil Brasileiro é SOCIAL e toda teoria geral do processo deve partir desta constatação e não mais da ultrapassada teoria da relação jurídica processual e d’outras.” (*O juiz, seus poderes e o novo C.P.C.* São Carlos: Revistas Técnicas, 1977, p. 12).

⁵³ Para Sidnei Amendeira Junior: “O juiz possui uma vasta gama de poderes decisórios, ordinatórios e cautelares (concessão de arresto, sequestro, busca e apreensão de bens e assim por diante) que visam à entrega da tutela executiva.” (*Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 186).

mundo sensível a fim de satisfazer um direito provável ou já reconhecido”⁵⁴.

Todavia, é preciso deixar claro que os meios executórios não se confundem com os poderes executórios do juiz: por meio destes ao magistrado é conferida legitimidade para praticar os atos executivos, os quais estão previstos e organizados naqueles. Em arremate, diz-se que “o emprego dos meios executivos pressupõe alguém com poderes-deveres executivos correspondentes”⁵⁵.

Para concluir esta seção, é imprescindível, ainda, o enfrentamento da questão dos procedimentos executivos, pois é no bojo destes que serão manejados os meios executórios.

Nesse vértice, tem-se que os atos jurisdicionais praticados no transcorrer de qualquer processo estão sujeitos a determinadas “regras concernentes ao seu modo de expressão, ao conteúdo, ao tempo, ao lugar (prazos e formas processuais), e têm uma sequência ordenada em lei, que se chama procedimento”⁵⁶. Na execução, como não poderia ser diferente – em razão da tutela dos direitos –, os procedimentos se especializam e, assim, o CPC/2015, replicando a fórmula do CPC/1973, previu, no Título II do Livro II da Parte Especial, as “diversas espécies de execução”⁵⁷.

A propósito, a expressão “espécies de execução” pode gerar problemas de interpretação e, por isso, o objetivo deste ponto é definir critérios para a correta classificação dos procedimentos executivos. Explica-se.

O referido Título II possui seis capítulos: (a) disposições gerais (artigos 797 a 805); (b) execução para entrega de coisa (artigos 806 a 813); (c) execução das obrigações de fazer ou de não fazer (artigos 814 a 823); (d) execução por quantia certa (artigos 824 a 909); (e) execução contra a Fazenda Pública (artigo 910); (f) execução de alimentos (artigos 911 a 913). Portanto, conclui-se que a divisão estabelecida neste Título adotou como critério – para diferenciar as “espécies” de execução – o tipo de bem, ou seja, a natureza da obrigação inadimplida ou o direito violado/ameaçado (entregar, fazer ou não fazer e pagar, nesta ordem, inclusive). Eis o primeiro critério previsto pelo legislador: o tipo de bem jurídico pretendido.

⁵⁴ PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. Poderes executórios atípicos no projeto do Código de Processo Civil. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Execução Civil e temas afins* - do CPC/1973 ao Novo CPC, p. 805.

⁵⁵ PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Poderes executórios do juiz*, p. 227.

⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 73.

⁵⁷ Artigos 797 a 913 do CPC/2015.

Da análise dos dispositivos atinentes ao Título II em comento, é possível, ainda, constatar que a respectiva “espécie de execução”, em verdade, traz em seu bojo a previsão e a forma dos atos executivos que compõem o meio executório prioritariamente previsto para o tipo de bem jurídico pretendido. Por exemplo, na “espécie” execução por quantia certa estão contemplados os atos executivos relativos ao meio executório de expropriação (nas suas fases preparatória, instrutória e satisfativa, conforme os artigos 827 a 909 do CPC/2015), ou, ainda, na “espécie” de execução de obrigações de fazer são previstos os atos executivos pertinentes ao meio executório de coerção patrimonial (artigo 814 do CPC/2015). Logo, o segundo critério adotado é o meio executório prioritariamente previsto para o tipo de obrigação executada.

Não se pode olvidar também que, como lembrado por Araken de Assis, “o regime é duplo”⁵⁸, porquanto as obrigações podem estar auguradas em títulos executivos judiciais (rol do artigo 515) e extrajudiciais (rol do artigo 784). Portanto, ainda que o famigerado arrolamento das “espécies de execução” esteja topologicamente inserido no Título II do Livro II da Parte Especial do CPC/2015 – destinado ao “processo de execução” de títulos extrajudiciais –, os seus ditames também se aplicam aos procedimentos executivos lastreados em títulos judiciais, por força do *caput* do artigo 513 do CPC/2015. Trata-se do terceiro critério, a saber, a espécie de título na qual a obrigação está esculpida.

Há, ainda, outro critério a ser identificado. Existem determinados direitos materiais que receberam “espécies” diferenciadas de “execução”, a despeito de ser possível seus enquadramentos no regime geral de bens pretendidos pelo exequente (pagar, fazer, não fazer e entregar). O legislador optou por criar categorias especiais de procedimentos executivos – segmentadas das demais categorias comuns, em razão da natureza do direito material tutelado e dos meios executórios específicos (exclusivo ou diferenciado) a serem aplicados – como é o caso da execução de alimentos (que goza da exclusividade de utilização do meio de coerção pessoal ou de expropriação por desconto) e da execução contra a Fazenda Pública (a qual possui um sistema de satisfação diferenciado das demais execuções de obrigações de pagar).

Agremiando os quatro critérios analisados linhas atrás, pode-se inferir que, em verdade, a ideia do legislador do CPC/2015, com as disposições do Título II, consiste em agrupar os procedimentos executivos, catalogando-os conforme o tipo de bem jurídico pretendido,

⁵⁸ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, v.1, p. 372.

o meio executório prioritariamente previsto e a natureza do título executivo, bem como segmentando determinadas categorias especiais. Assim, tendo em vista o exposto, os procedimentos executivos contidos no CPC/2015 podem ser sistematizados da seguinte forma:

procedimento para títulos executivos extrajudiciais com obrigação de pagar (artigos 824 a 920);

procedimento para títulos executivos judiciais com obrigação de pagar, com base em decisão definitiva (artigos 523 a 527) ou em decisão provisória (artigos 520 a 522);

procedimento para títulos extrajudiciais com obrigação de entrega de coisa, que pode ser certa (artigos 806 a 810) ou incerta (artigos 811 a 813);

procedimento para títulos judiciais com obrigação de entrega de coisa, que pode ser certa ou incerta (artigo 538);

procedimento para títulos extrajudiciais com obrigação de fazer fungível (artigos 817 a 820) ou infungível (artigo 821) e de não fazer (artigos 822 e 823);

procedimento para títulos judiciais com obrigação de fazer fungível ou infungível e de não fazer (artigos 536 e 537);

procedimentos especiais executivos, os quais possuem meios executórios exclusivos ou diferenciados (por exemplo: execução de alimentos e execução contra a Fazenda Pública).

Por fim, objetivando sistematizar e congregiar os conceitos enfrentados nesta seção, os quais serão adotados no desenvolvimento do trabalho, tem-se que: a atividade jurisdicional do Estado não se esgota na cognição, pois é necessária a modificação no mundo dos fatos para adaptá-lo ao dever ser jurídico. Para tanto, a execução civil dispõe de atos executivos – aqueles praticados em razão da outorga de poderes executivos ao magistrado –, os quais, quando reunidos de forma sistemática e destinados a obter o bem jurídico reclamado pelo exequente, compõem um meio executório. Toda esta lógica de atos dentro do meio executório, não custa lembrar, é praticada no desenrolar de procedimentos executivos expressamente previstos no CPC/2015.

Questão ainda controvertida hodiernamente consiste na tipicidade ou atipicidade do rol de meios executórios; suas nuances começarão a ser enfrentadas na seção seguinte.

1.2 A ORIGEM DO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS NO ESTADO LIBERAL: A PREVISIBILIDADE DOS MEIOS COMO FORMA DE GARANTIR A LIBERDADE DOS INDIVÍDUOS

A Revolução Francesa promoveu significativas mudanças no contexto jurídico, social e econômico, em nível mundial, e elas ainda reverberam nos dias atuais. Com esse pano de fundo, o escopo desta seção consiste em analisar como os ideais do liberalismo clássico influenciam a aplicação dos meios executórios até o presente momento.

O Estado Liberal de Direito, em razão das arbitrariedades cometidas no regime anterior, foi caracterizado por uma acentuada restrição no tocante à sua intervenção na esfera jurídica dos particulares. A ideia consistia em a lei conferir um tratamento igual (no sentido formal) entre os indivíduos, independentemente de sua posição social. Com essa igualdade de tratamento, seria alcançado o fim precípua do Estado Liberal, a saber: a garantia de liberdade aos particulares. Em verdade, a pretensão mor não era a valorização da igualdade, mas sim a sua consequência: o império da lei.

Também não se pode olvidar que a classe burguesa, embora privada de poder político, detinha o poder econômico, o que tornava conveniente a manutenção do sistema capitalista então vigente e, ao mesmo tempo, imprescindível a incorporação de direitos fundamentais individuais que delimitassem fortemente a intervenção do Estado na seara dos particulares como, por exemplo, a segurança no tocante à propriedade privada. Tudo isso, ao fim e ao cabo, refletia com precisão os valores e os interesses burgueses da época⁵⁹.

Assim, erigiu-se o princípio da legalidade como fundamento supremo do modelo de Estado Liberal, com a criação de uma espécie de mitologia pela qual a lei, em razão de ser a expressão da vontade do poder soberano, consistia na declaração da vontade geral e, por isso, no único instrumento válido do direito⁶⁰. O direito estaria somente na norma jurídica e a valorização desta norma não decorreria do seu conteúdo, eficácia ou alcance, mas sim da legitimidade, pois a competência normativa advinha do povo (vontade geral). A lei contemplava todos os permissivos e tudo aquilo que era proibido;

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

⁶⁰ GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. Roma: Editori Laterza, 2004. p. 7.

consequentemente, garantia-se o ideal de liberdade consubstanciado em “fazer tudo que as leis permitem”⁶¹.

Com base nessa lógica, por óbvio, não faria sentido atribuir àquele que possuía a prerrogativa de formular as leis a tarefa de aplicá-las. A tese encontrava, assim, o arrimo da separação de poderes defendida por Montesquieu, que segregou o poder executivo, do poder legislativo e do “poder de julgar”⁶². É claro que tudo isso alterou a feição da função judicante do Estado, porquanto não seria possível a supervalorização da norma posta e a separação de poderes, como garantidores da liberdade, se fosse possibilitado ao magistrado julgar conforme sua livre interpretação, em razão de suas convicções e do contexto social. Por isso, a atividade de julgar deveria encaixar-se nesse novo panorama, ou seja, praticamente inexistir no sentido criativo, cingindo-se à mera declaração da lei.

A célebre expressão de Montesquieu surge exatamente nesse contexto ao exprimir o sentido de que o juiz seria a “boca da lei”, limitando-se a indicar a lei aplicável ao caso, a qual gozaria de sentido unívoco, prescindível de qualquer conformação⁶³. Para Norberto Bobbio, à época, caberia ao magistrado encontrar a “resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso”⁶⁴.

A limitação da atividade intelectual do magistrado, por certo, foi muito bem absorvida no período pós-revolução porque existia no regime anterior um clima de grande desconfiança em relação aos juízes – os quais faziam parte da nobreza, alvo do levante, e tendiam a sempre manter o *status quo* do poder feudal vigente.

A segurança dos particulares, pode-se dizer, certamente estaria mais garantida se as regras de conduta já estivessem previamente delimitadas e pormenorizadas de forma a garantir previsibilidade e estabilidade. Para atingir esse objetivo, exsurge a promulgação as codificações – extensas e completas – como solução mais adequada. As

⁶¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Muracho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166.

⁶² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, p. 167.

⁶³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, p. 170.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 74.

leis e os códigos, então, deveriam ser claros e precisos, a ponto de possibilitar apenas uma interpretação.⁶⁵

É importante lembrar ainda – conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni⁶⁶ – que no direito liberal não só a atividade de julgar do magistrado era limitada, mas, também, a execução material das decisões. Por isso, Montesquieu partia da premissa de que a atividade executiva não integrava o rol de competências do “poder de julgar” (magistratura) e, sim, do poder executivo, pois se o juiz tivesse o poder de julgar e de executar exerceria um poder equivalente ao de um opressor. Então, a separação entre conhecimento e execução tinha por objetivo evitar que a magistratura concentrasse em si ambos os poderes.

O liberalismo clássico, além de ter moldado as sentenças declaratórias, também esculpiu as linhas centrais das sentenças condenatórias e, como não poderia ser diferente, a esta igualmente incutiu ideias de liberdade, previsibilidade e segurança jurídica, por meio de uma moderada intervenção na esfera do particular. Isso, no sentido pragmático, ocorreu de duas maneiras: (a) estabeleceu-se uma correlação entre a sentença condenatória e os meios executórios a ela vinculados; (b) deixou-se claro que nenhum outro meio executório, além daqueles expressamente previstos em lei (típicos), poderia ser utilizado.⁶⁷

O direito liberal, como se vê, definiu o princípio da tipicidade dos meios executórios⁶⁸ como um dos seus pilares para a consecução da garantia de liberdade e de segurança, certificando que a esfera jurídica do executado não será invadida de forma (meio executório) diversa daquela expressamente prevista em lei⁶⁹ para a espécie respectiva.⁷⁰

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, Ed. do TRF4, ano 12, v. 40, p. 15-49, 2001. p. 45.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30-32.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 34.

⁶⁸ Não se olvida que tal influência também propiciou o desprezo – nas legislações supervenientes ao Estado Liberal – pelos meios de coerção do obrigado, levando a execução a tomar feições exclusivamente sub-rogatórias. No presente estudo, esse assunto será aprofundado em seção específica.

⁶⁹ Sobre o assunto, Luiz Guilherme Marinoni assim afirma: “Esse princípio chega a ser curioso quando se pensa em admitir uma garantia ao cidadão que descumpra a sentença, embora possa ser compreensível, considerando-se o momento histórico em que foi forjado, como mecanismo garantidor da liberdade dos litigantes contra a possibilidade de arbítrio judicial. A preocupação em conter o poder executivo do juiz é intimamente ligada aos valores do Estado liberal-clássico, ou melhor, à necessidade de impedir a interferência estatal na esfera jurídica dos indivíduos. Nesse sentido, o princípio da

Com o fito de preservar a liberdade, ocorria uma predeterminação das hipóteses e das formas pelas quais o Estado faria a sua intromissão na esfera do obrigado.⁷¹ Seria impensável, no Estado Liberal, uma incursão no domínio jurídico do executado por meio de técnica que não estivesse previamente estabelecida em lei.⁷² Tratava-se de clara e bem orquestrada limitação dos poderes do juiz, com o objetivo de preservar as garantias dos litigantes diante da atividade jurisdicional.

Aliás, como será abordado no terceiro capítulo, o liberalismo francês, ao incorporar o brocardo *nemo praecise cogi potest ad factum* – positivado no artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão –, sequer permitia coagir a vontade de um devedor em obrigações de fazer infungíveis.

Depois do auge do Estado Liberal clássico muitos anos se passaram. As relações sociais evoluíram e tornaram-se mais complexas e, por isso, o direito teve que se aprimorar. A própria concepção de Estado transmutou-se para um Estado Democrático, Social e, sobretudo, Constitucional. O processo foi erigido à categoria de relação jurídica, inserido no plano do direito público, e até hoje adota diferentes modelos processuais. A ideia da tipicidade dos meios executórios, enraizada na cultura jurídica no longínquo liberalismo clássico, vale destacar, influenciou de forma determinante toda a atividade legislativa processual superveniente⁷³. E, se à época – em razão dos ideais liberais e do receio de novos desmandos promovidos pelo Estado, como ocorria

tipicidade dos meios executivos é a expressão jurídica da restrição do poder de execução do juiz e da ideia de que o exercício da jurisdição deve se subordinar estritamente à lei. Em outras palavras, a lei, ao definir os limites da atuação executiva do juiz, seria uma garantia de justiça das partes no processo.” (Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER Jr. Fredie (Coord.). *Execução civil* – Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225-245. p. 225).

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 34.

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p.74.

⁷² 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. 200, p. 125-157, 2011. p. 153.

⁷³ No mesmo sentido: “A ideia de que os meios executivos devem ser típicos, explícita e exaustivamente previstos em lei, tem clara origem na matriz liberal que forjou o processo civil moderno, a partir do final do século XVIII e ao longo do século XIX. Caberia ao legislador, democraticamente eleito, determinar de que forma o Estado pode invadir a esfera jurídica do executado.” VITORELLI, Edilson. Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC* – Atipicidade dos meios executivos. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 821-822.

no regime anterior-, o dogma da tipicidade se justificava; hodiernamente, ele contribui de forma decisiva para a ineficácia generalizada da tutela jurisdicional executiva.

Eduardo de Avelar Lamy adverte que os operadores jurídicos apegados à concepção tradicional de prestação jurisdicional “tendem a entender que se deve negar a adequada tutela jurisdicional necessária para o exercício do direito material da parte, quando o meio processual utilizado for diverso daquele que o julgador acredita ser correto”⁷⁴. Prossegue afirmando que “a tutela jurisdicional é muito mais do que uma resposta da jurisdição ao pleito que lhe é formulado, pois o direito contemporâneo, processual ou material, encontra-se impregnado pelos valores humanitários”. E conclui que esses “valores conclamam cada indivíduo, especialmente os operadores jurídicos, para um compromisso em relação à solução dos conflitos”⁷⁵.

Não obstante a análise das origens liberais da tipicidade dos meios executórios, para alcançar o objetivo final deste trabalho ainda é necessário promover o estudo dos conceitos de tipo e de tipicidade no direito, precipuamente, no processo civil, o que será objeto da próxima seção.

1.3 O MEIO EXECUTÓRIO COMO “TIPO” E O SIGNIFICADO EXCLUDENTE DA “TIPICIDADE” DOS MEIOS EXECUTÓRIOS

Esta seção tem por escopo enfrentar o significado da expressão “tipicidade dos meios executórios” e identificar qual a sua amplitude sob as óticas do sistema normativo e da atividade do juiz. Para tanto, é necessário primeiro compreender o próprio termo “tipicidade” pelos prismas semânticos da expressão e de suas consequências pragmáticas.

Em estudo acerca da tutela jurisdicional, Flávio Luiz Yarshell enfrenta a questão da *tipicidade* e da *atipicidade* no direito processual – notadamente quanto às vias de acesso para a prestação jurisdicional – e no início da obra analisa os conceitos de *tipo* e *tipicidade* no direito. Os *tipos*, segundo o mencionado autor, são formas de organização “da

⁷⁴ LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um marco In: _____ (Org). *Ensaio de processo civil*, v. 1. p. 29.

⁷⁵ LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações para a reforma da tutela de urgência: análise do esboço do anteprojeto sobre “a tutela de urgência e as medidas antecipatórias e cautelares”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org.) *Bases científicas para um renovado direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 554.

realidade em estruturas ou esquemas representativos”⁷⁶; todavia, quase de forma contraditória, ao mesmo tempo que exprimem uma ideia de harmonia com um modelo preestabelecido, também podem significar destaque para uma característica do modelo, o seu ponto diferencial.

Em sentido semelhante acerca dessa suposta contradição, Misabel de Abreu Machado Derzi afirma que atualmente a palavra tipo é usada tanto no sentido geral, como forma básica ou essência, quanto com “significado mais lato de forma plena como padrão”⁷⁷. Então, vê-se que é da essência do *tipo* a flexibilidade em sua interpretação – pois possui caráter de “maior fluidez” – e neste fato reside a explicação dos seus variados empregos.⁷⁸

As funções do tipo no direito são múltiplas – classificar e ordenar; estabelecer segurança; singularizar ou especializar; simplificar⁷⁹ –, e isso demonstra que, em certa medida, pode ser usado de formas diversas e até mesmo com objetivos antagônicos. Portanto, constata-se a imprescindibilidade da identificação do campo do direito em que o *tipo* está sendo utilizado ou estudado e com qual objetivo, para evitar que “o meio traia o fim, com a produção de resultados diversos dos realmente pretendidos e desejados”^{80, 81}.

Discorrer sobre a tipicidade da tutela jurisdicional, segundo Flávio Luiz Yarshell, significa projetar de que forma se regulamenta o controle jurisdicional para fins de concretização do direito material. A segurança e a previsibilidade, então, são consequências inerentes à ideia

⁷⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 35.

⁷⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, v. 31, p. 213-260, 1987-1988. p. 218-219. E continua a autora: “Como se sabe, o tipo nunca é o único ou o exclusivo, mas o que colhe as propriedades essenciais que se repetem de forma mais ou menos semelhante em diversos fenômenos. Por isso tipificar é tanto generalizar e abstrair como padronizar.” DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no Direito Tributário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, v. 31, p. 213-260, 1987-1988. p. 223.

⁷⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 35, 43.

⁷⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 50.

⁸⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 50.

⁸¹ Depois de discorrer sobre o uso do tipo em alguns campos do direito, Misabel de Abreu Machado Derzi concluiu que: “Em todos esses lugares que o tipo tem ocupado no Direito, apesar das profundas distinções conotativas reconhecíveis entre eles, o núcleo de sentido comum é ser uma abstração generalizadora que abandona as diferenças individuais – um padrão. É sentido não técnico, portanto, mas extraído desses diferentes usos da palavra tipo.” (Tipo ou conceito no Direito Tributário, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, v. 31, p. 213-260, 1987-1988. p. 223).

de tipicidade. O autor também afirma que a expressão *tutela jurisdicional* deve ser interpretada não apenas como provimento final ou resultado do processo, mas – igualmente – pelos “meios predispostos ao atingimento daquele resultado ou provimento”⁸². Desse modo, a ideia de tipo e tipicidade da tutela jurisdicional está umbilicalmente ligada com as concepções de meios executórios e de segurança jurídica.

Invocando a função de classificar e ordenar, pode-se afirmar que o meio executório consiste em *tipo* direcionado à obtenção do bem jurídico pretendido pelo autor. Isso, em razão de a lei prever categoricamente o desenrolar sequencial, ordenado e formalizado de atos executivos, por mais que – como mencionado anteriormente –, seja também da essência do *tipo* certa fluidez e, até mesmo, fungibilidade⁸³. A adoção, pela disciplina processual executiva, dessa concepção de meio executório *como* tipo implica aceitar que a legislação oferece uma série de “modelos jurídicos idôneos à realização de interesses”⁸⁴, o que é, finalisticamente, o objetivo da execução. E isso deve ser colocado no plural, pois o CPC/2015, a exemplo das codificações brasileiras anteriores, prevê uma pluralidade de meios executórios.

Não obstante, trazendo à baila a função de estabelecer segurança, entendida como uma das finalidades da tipicidade, afirmar que os meios executórios previstos na lei são taxativos – ou seja, que é vedado ao juiz valer-se de meios (modelos) diferentes daqueles expressamente determinados pela norma – impõe uma espécie de restrição “com o escopo de tutelar ou resguardar determinados valores, em prol da segurança”⁸⁵. Essa associação entre limitação dos tipos e taxatividade do que está disposto na lei também é notada no rol de recursos cíveis, estabelecido na legislação processual civil e no inventário de direitos reais, previsto no Código Civil.

Portanto, seguindo essa linha, falar em *meio executório como tipo* nada mais é do que compreendê-lo em sua essência: trata-se de um conjunto de atos organizados, preordenados e, sobretudo, previstos de forma pormenorizada na lei. Noutra banda, pensar na *tipicidade dos meios executórios* – no sentido de taxatividade para conferir segurança jurídica – significa admitir que apenas os meios (*tipos*) anteriormente imaginados e positivados pelo legislador na norma processual podem ser

⁸² YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 34.

⁸³ Pois é possível a substituição ou modificação de alguns de seus elementos, desde que se objetive a consecução do mesmo resultado.

⁸⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 47.

⁸⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, p. 45.

empregados na jurisdição executiva, ainda que sejam ineficazes para os fins colimados.

De forma pragmática, o dogma da tipicidade dos meios executórios traduz-se na impossibilidade de utilização de meios executórios que não estejam relacionados na codificação processual. Consequentemente, ao juiz é permitido tão somente o manejo daqueles meios antevistos e descritos pelo legislador. Por corolário, a interpretação comumente conferida ruma no sentido de que o rol dos meios executórios em um sistema precipuamente típico é *taxativo*, no sentido de restrição ou diminuição das técnicas executórias possíveis.

A adoção da tipicidade, em verdade, torna o rol previsto em lei *exclusivo* – e não somente *taxativo*. Em outros termos, a ideia de taxatividade talvez não traduza com fidelidade o fato de que há uma exclusão de outras possibilidades executórias, simplesmente por não estarem arroladas de forma expressa na legislação. Mais que taxar, no sentido de restringir ou de diminuir as hipóteses, a tipicidade dos meios executórios conduz à eliminação da possibilidade de utilização daqueles não previstos em lei – ou seja, o rol é *exclusivo* das hipóteses nele previstas ou *excludente* das nele não inseridas.

De todo modo, também é certo que o termo "exclusividade" refere-se "a tudo que traz qualidade de exclusivo, ou seja, do que vem só, unicamente, sem admissão de outra coisa"⁸⁶. Correlato a essa terminologia, o termo "taxativo" reflete uma hipótese limitativa, restrita⁸⁷, da qual a não previsão de algo dentro do conjunto proposto implica a sua exclusão. Portanto, tudo que é taxativo também é excludente das hipóteses ausentes, ou seja, daquelas que não estão inclusas ou não foram previstas em determinado conjunto propositivo.

Nesse enleio, tolerar a ideia de que seria possível a aplicação de meios não previstos de forma específica na lei, ou seja, a atipicidade, não elide o fato de que meios já previstos (*tipos*) continuarão a existir e que poderão/deverão ser devidamente aplicados. A presença de meios predeterminados na legislação não é sepultada com a possibilidade – também devidamente prevista em lei – de que outros não vaticinados possam ser aplicados em determinadas circunstâncias.

Se em uma interpretação o sistema torna-se fechado, estanque e inflexível, tentando evitar uma suposta ausência de segurança jurídica;

⁸⁶ OLIVEIRA NETTO, José. *Dicionário Jurídico Universitário*: terminologia jurídica e latim forense. 6. ed. São Paulo: Edijur, 2014. p. 281.

⁸⁷ FIGUEIREDO, Candido de. *Novo Dicionário de Língua Portuguesa*. Lisboa: Livraria Clássica Editora A.M. Teixeira, 1913. p. 1943.

na outra, o sistema não se torna imprevisível ou perigosamente aberto – pois os meios já previstos continuam vigorantes – e, ainda, permite-se a efetividade da prestação jurisdicional nos casos em que os meios previstos são comprovadamente ineficazes ou que já foram aplicados de maneira inexitosa. E isso, é interessante ressaltar, não fere o devido processo legal nem conduz à insegurança jurídica porque, repita-se, a possibilidade de utilização do meio executório não arrolado deve estar – como cláusula geral⁸⁸, é verdade – expressamente prevista em lei.

Por fim, o que se pode inferir é que a adoção de um sistema exclusivamente típico de meios executórios – calcado na supervalorização da segurança jurídica, mas em detrimento de outros direitos, notadamente o da efetividade da prestação jurisdicional – tolhe do magistrado a possibilidade de utilização de meios executórios não previstos em lei. Mesmo que em sua aplicação sejam observados determinados requisitos e, sobretudo, garantidos os direitos do executado.

Se a hipótese de um sistema unicamente típico de meios executórios coadunava-se com os preceitos e com as necessidades do Estado Liberal, em especial no período pós-revolução, certamente não se enquadra nas balizas da sociedade contemporânea, em especial, porque fere de forma irreparável a garantia de efetividade na prestação jurisdicional.

A forma pela qual a legislação processual brasileira recepcionou a tipicidade dos meios executórios será objeto da seção seguinte.

1.4 A QUESTÃO DA TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL DE 1939 E DE 1973 E O PERÍODO DE REFORMAS PROCESSUAIS

As seções anteriores do presente capítulo, além de conceituar os meios executórios, contextualizando-os na jurisdição e na disciplina executiva, também promoveram breve análise histórica acerca da origem e do fortalecimento da ideia de tipicidade dos meios executórios. Da mesma forma, enfrentou-se a questão sob a ótica do *tipo* para, ao final, tentar demonstrar o que de fato significa a tipicidade executiva em um ordenamento jurídico.

Assim, alcança-se o momento de perquirir a forma pela qual a legislação processual civil brasileira recepcionou – e depois mitigou – a

⁸⁸ A questão das cláusulas abertas presentes no ordenamento jurídico será analisada no segundo capítulo, em seção própria.

dita tipicidade dos meios executórios. Objetiva-se, por conseguinte, encontrar traços, específicos ou genéricos, de atipicidade na evolução processual legislativa.

Com o fim metodológico de delimitação do tema, adotou-se o critério de analisar, neste ponto do estudo, tão somente as legislações processuais civis unificadas brasileiras, corporificadas nos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, este último tanto em sua redação original quanto naquela oriunda das reformas. Salienta-se que o estudo atinente ao Código de Processo Civil de 2015 será objeto de análise em seção distinta.

1.4.1 O Código de Processo Civil de 1939

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (CF/1934), em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea “a”, outorgou à União competência exclusiva para legislar sobre matéria processual. Com esse dispositivo, abriu-se caminho para que, em 18/09/1939 – já na vigência da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (CF/1937), a qual também mantinha a aludida outorga no artigo 16, inciso XVI –, fosse promulgado o Decreto-lei n. 1.608, doravante, o primeiro Código de Processo Civil nacional unificado.

A promulgação do CPC/1939 emergiu em meio a um contexto de descrença na democracia liberal como regime político eficaz. Afora isso, a crise econômica de 1929 havia acelerado a concretização da tendência de implantação de regimes políticos autoritários, marcados, entre outras peculiaridades, por forte intervenção na economia.

No Brasil, a conjuntura política centralizadora do governo de Getúlio Vargas não era diferente, tanto que, em 1937, iniciou-se o movimento da ditadura e a implantação do denominado Estado Novo.

Corroborando a ideia de que os contextos político, social e econômico influem diretamente na atividade legislativa, a dita codificação “não se furtou dessas influências, prestando-se a oralidade, magnificamente, como bandeira para concentrar poderes no órgão instituído pelo Estado para resolver os conflitos em detrimento das partes”⁸⁹. A oralidade como pretensa forma de melhorar a tramitação dos conflitos e a concentração de poderes instrutórios e ordinatórios do juiz são traços marcantes do CPC/1939.⁹⁰

⁸⁹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, p. 259.

⁹⁰ Extrai-se da exposição de motivos da legislação em análise, firmada pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos: “A publicação do Ante-Projeto inspirado nos

De forma específica, para fins do estudo em tela, faz-se necessário destacar alguns pontos do CPC/1939.

O processo de execução, propriamente dito, era previsto somente para as sentenças, pois para os títulos executivos extrajudiciais caberia a via da ação executiva (artigo 298), a qual, após a penhora de bens do devedor, processava-se pelo rito ordinário (artigo 301). A formação de novos autos para a execução da sentença somente ocorria nas execuções provisórias (artigo 890), haja vista que a execução, no caso de sentença definitiva, “instaurar-se-á por mandado em que será transcrita a sentença exequenda” (artigo 889).

Quanto aos meios executórios, o CPC/1939 previa que nas execuções de obrigação de pagar seriam utilizados para créditos alimentares os meios executórios de desconto (artigo 919) e de coerção pessoal (artigo 920) e, para os demais créditos, a adjudicação (artigos 949 e 981) e a “arrematação” (artigo 963). Para as execuções de obrigação de entrega, estipulava-se o meio executório de desapossamento (artigo 993) e de transformação (artigo 994, §2º). Nas execuções de obrigação de fazer fungível ou de não fazer, dispunha-se do meio executório de transformação (artigos 999 e 1.004). Para as obrigações infungíveis, previa-se a coerção por “cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação” (artigo 1.005).

Interessante notar, ainda, o uso da expressão “efetivação”. No título XI do Livro II, o parágrafo único do artigo 290 asseverava que a sentença condenatória seria “pleiteada por meio de ação adequada à efetivação do direito declarado”. Verifica-se, claramente, que a redação do dispositivo não falava propriamente em efetivação *da* decisão judicial, mas, sim, em “efetivar” o direito declarado, o que supostamente seria possível por meio de uma sentença condenatória.

Por fim, dois traços de atipicidade no CPC/1973 merecem destaque. O primeiro deles consiste na “ação cominatória para prestação de fato ou abstenção de ato” (artigo 302), arrolada como um dos “processos especiais” do Livro IV. O autor de tal ação deveria pleitear,

princípios da oralidade e da concentração e de cuja elaboração se incumbiu, por solicitação deste Ministério, o meu amigo e brilhante advogado Pedro Batista Martins, provocou de todo o país sugestões da maior valia. E adeptos do sistema cresceram de número, principalmente entre aqueles que de perto sentem a necessidade de uma reforma de fundo da nossa antiquada legislação processual.” BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-Lei Nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*. Exposição de motivos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

na petição inicial (artigo 303), que o réu prestasse o fato ou se omitisse em prestá-lo, a depender do caso, “sob a pena contratual, *ou a pedida pelo autor*, se nenhuma tiver sido convencionada”. Percebe-se, assim, a nítida possibilidade de que a coerção utilizada, no caso de inexistir previsão contratual específica, fosse algo não especificamente previsto no Código.

Contudo, a interpretação da doutrina era restritiva. Moacyr Amaral Santos, por exemplo, ao ilustrar as penas que poderiam ser cominadas pelo autor fazia referência à ação disposta no artigo 302, inciso XI, alíneas “a” e “b” do CPC/1939. Nessa ação a União, o estado ou o município poderiam pleitear em juízo a suspensão ou demolição de obras ou até a interdição de prédios. Afirmava ainda que “outras várias penas terão que ser admitidas, de modo que o interesse público não venha a sacrificar-se”⁹¹. Nitidamente, o citado doutrinador vinculava essa possibilidade atípica de pena a tais ações.

Luiz Machado Guimarães, ao comentar o aludido artigo 303, promovia outro tipo de esclarecimento, todavia, igualmente restritivo. Ao mencionar a *pena pedida pelo autor*, asseverava que o seu valor poderia ser reduzido pelo juízo, a exemplo da pena convencional, ou seja, remetia essa atipicidade da pena somente a valores pecuniários.⁹²

O segundo traço de atipicidade reside na tutela cautelar do CPC/1939, denominada de “medidas preventivas”, que tinha por essência a possibilidade de o juiz “determinar providências para acautelar o interesse das partes” nos casos previstos no artigo 675, incisos I, II e III.⁹³ No dispositivo subsequente (artigo 676), dispunha-se um rol exemplificativo de medidas preventivas, as quais adotavam um mesmo procedimento. Verifica-se, então, que a existência de um poder geral de cautela do magistrado conferia claras feições de atipicidade para a tutela cautelar, ainda que, de certa forma, limitadas aos casos dos incisos do artigo 675.

Assim sendo, constata-se que no CPC/1939 – em que pese, sobretudo, a possibilidade consignada nos mencionados artigos 303 e 675 – não existia previsão expressa para aplicação de meios executórios

⁹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. t. II. p. 734.

⁹² GUIMARÃES, Luiz Machado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. arts. 298 a 370. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. IV. p. 231.

⁹³ SIMAS, Hugo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. arts 675 a 781. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940. v. VIII. p. 5-15.

não previstos em lei nas execuções de sentença⁹⁴. Ao contrário, adotava-se a fórmula padrão de prever o determinado meio executório conforme o tipo de obrigação exigida na execução.

1.4.2 O Código de Processo Civil de 1973

Com o surgimento de severas críticas ao CPC/1939, notadamente quanto ao procedimentalismo exagerado⁹⁵, coube a Alfredo Buzaid redigir o anteprojeto de uma nova codificação processual nacional unificada. Após intensos debates, com a participação de consagrados juristas, entre eles, por exemplo, José Frederico Marques, e depois de inúmeras emendas apresentadas, foi promulgada a Lei n. 5.869, em 10/01/1973.

Entre os vários traços marcantes do CPC/1973⁹⁶, dois importam para o estudo em tela. O primeiro consiste na exaltação aos poderes de direção (artigo 125), de instrução (artigo 130) e de “recolher os subsídios indispensáveis ao bom julgamento”⁹⁷, claramente filiando o sistema processual brasileiro, à época, ao modelo de processo inquisitivo. O segundo traço consubstancia-se na ausência de mecanismos aceleradores da prestação da tutela – uma vez que o processo cautelar constante do Livro III era previsto, precipuamente, para situações de proteção e não de antecipação da satisfação –, e na falta de mecanismos mais incisivos para assegurar a efetividade dos resultados da atividade jurisdicional.

Especificamente quanto à execução, previam-se todos os procedimentos executivos no Livro II, inclusive aqueles atinentes aos títulos extrajudiciais, que foram agraciados com o processo de execução,

⁹⁴ Para Hermes Zaneti Jr.: “O princípio da tipicidade e os meios executivos estão intimamente ligados no imaginário do processualista brasileiro, sul-americano e italiano, entre outros ordenamentos, muito por força de terem sido influenciados pelo modelo alemão de obrigações típicas e meios executivos típicos.” (O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento e a partir do caso concreto. *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). Salvador: JusPodivm, 2018. p. 880).

⁹⁵ Para Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Gomes, o CPC/1939 primou pela “consagração de um grande número de ações especiais, em geral sumárias, a que a moderna tendência para a plenariedade substancial das demandas oferece forte resistência” (*Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.31).

⁹⁶ Serão analisados os artigos dispostos na redação original do CPC/1973.

⁹⁷ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, p. 263. O autor identifica e agrupa esses poderes nos seguintes artigos: 342 e 599, inciso I; 355 e 369; 399; 400; 145; 440; 339.

pela eliminação da ação executiva prevista no CPC/1939⁹⁸. Afora algumas peculiaridades quanto aos embargos, os procedimentos de execução de títulos judiciais e extrajudiciais, respeitadas as singularidades em razão do tipo de obrigação, eram idênticos.

No tocante aos meios executórios, em relação às execuções de obrigações de entrega de coisa certa ou incerta, estipulava-se o meio executório de desapossamento (artigo 625) e de transformação (artigo 627). Já, para as execuções de obrigações de fazer ou de não fazer, dispunha-se do meio executório de coerção com condenação “a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso” (artigo 644⁹⁹) e de transformação

⁹⁸ Para Celso Neves, a dicotomia existente no CPC/1939 entre os procedimentos para títulos executivos judiciais e extrajudiciais “é, agora eliminada, adotando-se o processo de execução, tanto para as sentenças, como para títulos extrajudiciais dotados de executividade” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII: arts. 646 a 795. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 5). A motivação da mudança pode ser verificada na exposição de motivos do CPC/1973: “O direito luso-brasileiro conhece dois meios de realizar a função executiva: a) pela *parata executio*; b) pela ação executiva. Esta se funda em título extrajudicial; aquela, em sentença condenatória. Mas, como observa Liebman, diferentes foram os resultados da evolução histórica nos países do continente europeu. O direito costumeiro francês reafirmou energicamente a equivalência das sentenças e dos instrumentos públicos (lettres obligatoires faites par devant notaire ou passées sous Seel Royal); e reconheceu a ambos a execution parée. Este princípio foi acolhido pelas Ordenações reais e, depois, pelo Code de Procédure Civile napoleônico, de 1806, do qual passou para a maior parte das legislações modernas. Adotaram, nos nossos dias, o sistema unificado os Códigos de Processo Civil da Itália (art. 474), da Alemanha (§§ 704 e 794), de Portugal (art. 46) e a Lei de Execução da Áustria (§1º). O projeto segue esta orientação porque, na verdade, a ação executiva nada mais é do que uma espécie da execução geral; e assim parece aconselhável reunir os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Sob o aspecto prático, são evidentes as vantagens que resultam dessa unificação, pois o projeto suprime a ação executiva e o executivo fiscal como ações autônomas.” BRASIL, Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. *Código de Processo Civil*. Histórico da Lei. 1974. v. I. t. I. Exposição de motivos. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 dez. 2017. p. 22, 23.

⁹⁹ A redação do artigo seguinte (artigo 645) conferia a nítida conotação de que a coerção patrimonial somente poderia ser aplicada em execuções de sentenças. Veja-se a redação dos dois dispositivos: “Art. 644. Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz.” e “Art. 645. A condenação na pena pecuniária deverá constar da sentença, que julgou a lide.” Verifica-se isso, também, nas palavras de Amílcar de Castro, ao explanar sobre quem seria o juiz mencionado no artigo: “O juiz, de que fala o art. 644, não é necessariamente o mesmo a que se refere o art. 645. Este é o que julgou a lide; enquanto aquele é o da execução. E podem ser diferentes. O juiz que julga a lide apenas condena a multa diária; enquanto o juiz executor é o que impõe a multa cominada, mandado contá-la a partir da data que estabelecer.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII – arts. 566 a 747. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 1880).

(artigos 633, 638 e 643). Para as execuções de obrigações de pagar, previa-se a expropriação por alienação, adjudicação e usufruto (artigos 646 e 647, incisos I, II e III). As execuções de pagar alimentos dispunham do meio executório de expropriação genérica (artigo 732) ou por desconto (artigo 734) e de coerção pessoal (artigo 733).

A cominação de pena pecuniária para as obrigações de fazer ou de não fazer persistia, porém não mais na forma de ação específica, mas sim de pedido a ser realizado em ação pelo procedimento comum, conforme dispunha o artigo 287.

Interessante notar que, na redação original do CPC/1973, inexistiam cláusulas gerais executivas direcionadas à efetivação das decisões judiciais em execução.

Percebe-se, então, que a estrutura padrão do sistema executivo no CPC/1973 não abria a possibilidade de utilização de meios executórios que não estivessem expressamente previstas na lei.¹⁰⁰ A lógica era, basicamente, a estipulação específica de cada meio de acordo com o respectivo tipo de obrigação, repetindo o formato do CPC/1939.

A possibilidade de o juiz utilizar medidas não previamente estabelecidas repousava, tão somente, no processo cautelar. A fórmula adotada foi de preestabelecer determinados procedimentos específicos que deveriam ser aplicados em casos antevistos pelo legislador, desde que mediante o preenchimento dos requisitos da espécie. A doutrina e a praxe forense alcunharam esses procedimentos de “nominados ou típicos”, enquanto a redação expressa da lei falava em “procedimentos cautelares específicos”.

É claro que o legislador não poderia prever todas as situações em que seria necessária uma tutela de asseguaração ou de proteção. Para tanto, facultou ao magistrado “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”. Essa possibilidade, prevista no artigo 798 do Código em

¹⁰⁰ Sobre o assunto, Luiz Guilherme Marinoni afirma que: “A necessidade de subordinar o exercício da execução aos meios executivos estampados na lei influenciou a doutrina italiana clássica e, por consequência, a doutrina brasileira e o Código de Processo Civil de 1973.” (Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER Jr. Fredie (Coord.). *Execução civil*, p. 225). Em sentido semelhante: “No sistema processual delineado em 1973, sob forte influência da tradicional doutrina italiana, o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa seguia uma moldura típica claramente definida.” VITORELLI, Edilson. Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 822.

comento, foi denominada na praxe forense – até mesmo em antítese aos procedimentos específicos – como cautelares “atípicas ou inominadas” e conferia ao juiz um poder geral de cautela. O artigo subsequente, 799, exemplificava atos que poderiam ser praticados pelo magistrado: “autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”.

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

1.4.3 O artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)

Na perspectiva histórica, e para os objetivos aqui perseguidos, será necessário analisar outras duas leis que influenciaram os rumos da efetivação das decisões judiciais e, por conseguinte, enfrentar a discussão acerca da tipicidade.

Não se pode olvidar que, já em 1985, a Lei n. 7.347 (Lei da Ação Civil Pública) previu em seu artigo 11 – notadamente em casos de defesa do consumidor e do meio ambiente – a efetivação da tutela específica. Neste dispositivo, estabeleceu-se que, em ações para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, o magistrado determinará o “cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”. Ainda que não se configurasse uma tutela inibitória pura¹⁰¹, mostrava-se um grande avanço no sentido de dar efetividade às decisões judiciais.

No mesmo desiderato, a Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) abriu definitivamente o caminho para a consagração da atipicidade. O artigo 84 da aludida lei, em redação muito semelhante ao

¹⁰¹ Para Luiz Guilherme Marinoni: “A tutela inibitória pura, porém, não está consagrada no art. 11, pois esta norma, ao referir-se à ‘cessação da atividade nociva’, supõe logicamente um ato ilícito já ocorrido.” (*Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 77).

supramencionado artigo 11 da Lei n. 7.347/1985, asseverava que nas ações que tenham como objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer “o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Para a efetivação do comando judicial, o parágrafo quarto do dito artigo 84 previa a aplicação de multa diária e, não obstante, o parágrafo quinto assegurava de forma límpida a atipicidade de meios para se fazer cumprir a ordem judicial, conferindo ao juiz a possibilidade de “determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

A expressão “medidas necessárias” surgia na legislação processual outorgando ao juiz fartos poderes para fazer valer os comandos judiciais. Trata-se de marco normativo que influenciou de forma decisiva para a concepção da tutela antecipada no CPC/1973 e, sobretudo, para a discussão acerca da atipicidade dos meios executórios.

Por fim, é importante consignar que boa parte da inspiração para a redação do artigo 84 da Lei n. 8.078/1990 adveio de projeto de lei de 1985 que promovia significativas mudanças no CPC/1973, elaborado por uma comissão de juristas nomeada pelo Ministério da Justiça, composta por Luís Antônio de Andrade, Kazuo Watanabe, Calmon de Passos, Joaquim Corrêa de Carvalho Júnior e Sérgio Bermudes. A comissão, entre outras valiosas contribuições, “sugeriu a criação de uma ação especial de tutela específica da obrigação de fazer e não fazer”¹⁰².

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 524. A mencionada ação estava prevista no artigo 889-A, que em seus §§ 4º e 5º assim dispunha: “§4.º O juiz poderá, na hipótese do §3.º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. §5.º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento da atividade nociva, além da requisição de força pública.” A redação do anteprojeto foi publicada em: LIRA, Fernando; CAVALCANTI FILHO, José Paulo. Anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil – a ser discutido com a comunidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, p. 86-116, 1986.

1.4.4 Os artigos 273, 461 e 461-A do CPC/1973 após as leis n. 8.952/1994, n. 8.953/94 e n. 10.444/2002

A redação original do CPC/1973, como sabido, sofreu várias modificações, materializadas nas chamadas reformas processuais parciais. Para fins do presente trabalho, nesta seção serão analisadas três leis que o modificaram.

Em 1994, por meio da Lei n. 8.952, foi introduzida no CPC/1973 a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela final, modificando-se a redação dos artigos 273 e 461. O primeiro dispositivo passou a prever uma espécie de regime geral da tutela antecipada e o segundo a possibilidade desta antecipação na “ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Alguns pontos merecem destaque no tocante à redação do artigo 461 reformado do CPC/1973, além, é claro, da sua forte semelhança com o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O próprio *caput* do artigo 461, como se constata, já possuía um sentido bastante aberto ao falar que o juiz “determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. E, apesar de o parágrafo quarto prever expressamente a coerção patrimonial (multa diária) para o cumprimento de decisão liminar, a efetivação da decisão não ficaria adstrita tão somente a tal meio executório porque o parágrafo quinto, de forma clara, indicava as hipóteses de atuação do juiz (poderes) utilizando a expressão “medidas necessárias”¹⁰³ para efetivar a tutela específica.

O maior objeto de divergência em torno dessa reforma legislativa – e, notadamente a origem da discussão que é enfrentada nesta seção – talvez consistisse na previsão, no aludido parágrafo quinto, da expressão “efetivação”¹⁰⁴, no sentido de colocar em prática os comandos judiciais. Isso porque o dispositivo, logo após dispor que o juiz poderá praticar as “medidas necessárias”, aduzia a seguinte redação “tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras,

¹⁰³ A expressão “medidas necessárias” já estava na redação original do CPC/1973, no artigo 995, inciso IV, entretanto, em sentido diverso do ora analisado.

¹⁰⁴ A presença da expressão “efetivação” não era inédita. Aludida palavra já constava na redação original do CPC/1973, nos artigos 653, parágrafo único (“Nos dez (10) dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o devedor três (3) vezes em dias distintos; não o encontrando, certificará o ocorrido”), e 806 (“Cabe à parte propor a ação, no prazo de trinta (30) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.”). Contudo, o sentido conferido à expressão não era o mesmo do aqui abordado.

impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”, emprestando uma conotação aparentemente exemplificativa para as medidas ali descritas.

Comentando o parágrafo o quinto, logo após a reforma, Sergio Bermudes asseverava que o legislador “entendeu oportuno fazer enumeração, evidentemente exemplificativa, das medidas que o juiz poderá conceder para efetivar a tutela específica, ou para assegurar o resultado prático equivalente”¹⁰⁵.

Constata-se, portanto, que a atipicidade dos meios de efetivação das decisões judiciais passa a ser a regra do CPC/1973 no tocante às ações que tenham por objeto obrigações de fazer ou de não fazer. Contudo, a redação do mencionado artigo 461 parecia muito mais direcionada ao cumprimento de decisões liminares em sede de tutela antecipada do que propriamente de execuções de sentença. Além disso, o dispositivo não fazia menção às execuções de títulos executivos extrajudiciais.

Também, em 1994, a Lei n. 8.953 modificou a redação dos artigos 644 e 645, os quais tratavam do processo de execução das obrigações de fazer ou de não fazer. Quanto ao primeiro artigo, entre as mudanças de ordem terminológica estão a alteração da expressão “pena pecuniária” para “multa” e a previsão, no seu parágrafo único, da possibilidade de o juízo da execução majorar ou diminuir o valor da multa. No tocante ao segundo artigo, a modificação foi mais expressiva: previu-se, de forma clara, a possibilidade de coerção patrimonial quando esta modalidade de obrigação também estiver lastreada em títulos extrajudiciais e, no parágrafo único, a possibilidade de o magistrado, tão somente, reduzir o valor da multa.

Em 2002, a Lei n.º 10.444 também gerou algumas mudanças importantes sobre o tema no âmbito do CPC/1973. De início, insta constatar que no parágrafo quinto do artigo 461 foi incluída a possibilidade de “imposição de multa por tempo de atraso”, ratificando a possibilidade de coerção patrimonial – já prevista no parágrafo quarto.

O artigo 644 foi alvo de nova mudança para claramente consignar que as execuções de obrigações de fazer ou de não fazer lastreadas em títulos judiciais ocorreria na forma do artigo 461, ou seja, tendo como regra a atipicidade dos meios executórios. Interessante notar que o mesmo não ocorreu com o artigo 645 e, assim, as execuções de

¹⁰⁵ BERMUDES, Sergio. *A reforma do Código de Processo Civil: observações às leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, de 13-12-1994, 9.079, de 14-7-1995, 9.139, de 30-11-1995 e 26-12-1995, que alteraram o CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 67.

obrigação de fazer ou de não fazer carreadas em títulos extrajudiciais continuaram dispendo, tão somente, sobre as possibilidades de coerção patrimonial e de transformação.

Para a tutela específica das obrigações de entrega de coisa, a dita reforma criou o artigo 461-A, prevendo o desapossamento como meio executório primário, conforme dicção do parágrafo segundo. Afora isso, o parágrafo terceiro replicou as disposições atinentes à efetivação das decisões já previstas no artigo 461. Em linha semelhante, incluiu-se o parágrafo sexto no artigo 273, afirmando que a efetivação da tutela antecipada genérica também se valerá das medidas de efetivação dispostas no artigo 461.

Ainda, em sede de obrigações de entrega, o artigo 621 foi modificado, incluindo o parágrafo único, para prever a possibilidade típica de coerção patrimonial nas execuções de títulos executivos extrajudiciais com tais obrigações.

Em conclusão, percebe-se que as mencionadas leis podem ser consideradas marcos legislativos no sistema processual civil brasileiro, não só pelo fato de preverem a antecipação da satisfação, trazendo atos executivos para a fase cognitiva, mas, também, em razão da positivação de cláusula aberta de efetivação das decisões, pela qual o magistrado poderia valer-se de meios não previstos expressamente no Código.

1.4.5 A reforma da execução no CPC/1973: leis n. 11.232/2005 e 11.382/2005

De forma mais direta, a execução pecuniária foi alvo do ímpeto reformista do legislador a partir de 2005, com a Lei n. 11.232. Algumas dessas modificações são relevantes para o tema em estudo.

Inicialmente, é importante destacar que, retornando às origens do CPC/1939¹⁰⁶, a dita reforma sepultou o processo de execução de sentença, criando uma fase executiva (cumprimento da sentença) no bojo do processo de conhecimento (Capítulo X, Título VIII, Livro I, artigos 475-I a 475-R). Assim sendo, de forma a harmonizar as novas previsões com as disposições já existentes nos artigos 461 e 461-A, o primeiro artigo do Capítulo X, o artigo 475-I, afirmava que o cumprimento da sentença de obrigações de fazer e de não fazer tramitariam na forma do artigo 461, prevendo, para as obrigações de pagar, o procedimento disposto nos demais artigos do mencionado capítulo.

¹⁰⁶ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, v. 1, p. 267.

Nessa linha, para o cumprimento da sentença de obrigação de pagar, o artigo 475-J inovou ao possibilitar a aplicação de medida de coerção patrimonial no bojo de uma execução pecuniária, a saber, a multa de 10% (dez por cento) sobre o valor executado no caso de não pagamento voluntário pelo devedor após o escoamento do prazo de 15 (quinze) dias.

Correlacionando as execuções lastreadas em diferentes tipos de títulos, a sobredita lei dispôs, no artigo 475-R, que se aplicavam ao cumprimento da sentença, subsidiariamente, as regras previstas para execução de títulos extrajudiciais.

No ano de 2006, a Lei nº 11.382 promoveu as modificações finais na execução, entre as quais se destacam: (a) o artigo 615-A inaugurou a possibilidade de averbação premonitória no caso das execuções de obrigação de pagar, nitidamente restringindo direitos do executado antes mesmo da citação ou penhora; (b) o artigo 647, inciso III, previu a alienação por iniciativa particular como uma das modalidades de expropriação; (c) o artigo 652-A determinou a fixação de honorários de 10% (dez por cento) já na decisão que recebe a inicial e ordena a citação do executado; (d) na forma do artigo 655-A, possibilitou-se a penhora eletrônica de ativos do executado depositados em instituições financeiras.

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

Especificamente quanto ao objeto deste estudo, quatro conclusões sobre as apontadas reformas na execução civil merecem destaque. A primeira consubstancia-se no fato de que o CPC/1973 voltou a prever regramentos procedimentais diversos para execuções de títulos judiciais e de títulos extrajudiciais. A segunda conclusão consiste na novidade da utilização de meios coercitivos em obrigações de pagar, na forma da multa prevista no artigo 475-J do CPC/1973. A terceira materializa uma omissão: se, com as Leis n. 8.952/1994, n. 8.953/1994 e n. 10.444/2002, a reforma possibilitou a atipicidade de meios executórios em obrigações de fazer, de não fazer e de entregar; o mesmo não se viu – ainda que se

esperasse¹⁰⁷ – para as obrigações de pagar com as modificações promovidas pelas Leis n. 11.232/2005 e n. 11.382/2005.

Por fim, a quarta conclusão traduz-se no resultado do emprego da técnica de reformas parciais no CPC/1973. Notadamente quanto à execução em si e no que concerne à tipicidade dos meios executórios, as leis analisadas nesta seção e na antecedente ajudaram a desfigurar a sistemática executiva da redação original do CPC/1973. O efeito colateral, vale dizer, foi uma verdadeira e literal desordem, no sentido topológico, das disposições sobre tais temas no Código, a qual contribuiu para algumas interpretações equivocadas por parte da doutrina e dos tribunais, que serão enfrentadas em seguida.

1.4.6 A situação da tipicidade dos meios executórios no sistema processual civil brasileiro no momento anterior ao Código de Processo Civil de 2015: conclusões das reformas parciais quanto ao tema e sistematização da atipicidade por tipos de obrigações e de títulos executivos

O breve esforço histórico até aqui realizado foi necessário para a verificação de como o sistema processual civil nacional evoluiu, em sentido normativo, no tocante às questões pertinentes ao tema deste trabalho. Assim, para fins de analisar como estava prevista a questão da tipicidade dos meios executórios no período imediatamente anterior ao CPC/2015 – após todo o emaranhado de reformas processuais apresentado – é importante o destaque de alguns pontos.

Inicialmente, pode-se invocar a forte presença da atipicidade nas tutelas de urgência no transcurso de todo o lapso normativo-temporal analisado. A possibilidade de o juiz praticar medidas de assecuração, ainda que não expressamente previstas em lei, já estava na tutela cautelar do CPC/1939 e foi mantida no CPC/1973. Em arremate, a Lei da Ação Civil Pública e o CDC abriram caminho para que as reformas de 1994 e de 2002 potencializassem e fortalecessem a ideia de atipicidade – com expansão para o campo da tutela antecipada – nessa época já utilizando a expressão “medidas necessárias”.

¹⁰⁷ Abordando a evolução das reformas processuais parciais no tocante à tipicidade dos meios executórios, Edilson Vitorelli afirma que: “O ciclo de transição da tipicidade para a atipicidade parecia ter como seguimento natural as obrigações de pagar. Não foi esse, todavia, o rumo do legislador.” (Dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 823).

Em segundo lugar, não se pode olvidar que, tanto na redação do CPC/1939 quanto na do CPC/1973, neste último antes e depois das reformas, adotava-se a fórmula padrão de prever um determinado meio executório conforme o tipo da obrigação exigida na execução. Assim, historicamente, para as obrigações de pagar havia o meio de expropriação via adjudicação, via usufruto ou via alienação (judicial ou particular, este somente após 2006); e, nas obrigações de pagar alimentos, existiam os meios de coerção pessoal e expropriação, via desconto ou pelas demais modalidades de expropriação genéricas.

A ideia de previsão expressa de meio executório por tipo de obrigação, presente na legislação processual desde 1939, ajudou a conservar um dogma: as execuções de obrigações de pagar apenas se operam por meios de sub-rogação, não sendo possível a adoção de medidas coercitivas típicas ou atípicas. Felizmente, vale frisar, a Lei n. 11.232/2005 iniciou a desconstrução deste preceito ao prever a coerção patrimonial consubstanciada na multa de 10% (dez por cento) para o cumprimento das sentenças de obrigação de pagar.

Uma terceira questão importante, decorrente do que foi mencionado linhas atrás, consiste na percepção de que tanto no CPC/1939 quanto no CPC/1973 – este, seja na redação original ou pós-reformas – jamais o tema da atipicidade dos meios na execução foi tratado de forma clara e direta no que se refere às obrigações de pagar.¹⁰⁸ O que havia eram previsões expressas para alguns procedimntos de obrigações de fazer, de não fazer e de entregar, e uma grande omissão quanto às obrigações de pagar. Esse hiato era, no mínimo, curioso ao se confrontar com a atipicidade do processo cautelar: o magistrado poderia valer-se de medidas não previstas, em razão do poder geral de cautela, para a asseguaração de uma tutela ressarcitória, por exemplo, mas – chegada a hora de efetivá-la, leia-se, cumprimento ou execução da sentença, estava restrito aos meios subrogatórios previstos em lei.

¹⁰⁸ Para José Henrique Araújo Mouta, antes do CPC/2015, “a preocupação em relação às medidas de apoio era mais clara nas tutelas específicas (fazer, não fazer, entrega de coisa – arts. 287, 461 e 461-A do CPC/73), especialmente com a imputação da multa cominatória de valor variável. Já em relação às obrigações de quantia, o estímulo era apenas a fixação da multa de 10% caso a ordem de pagamento não fosse cumprida nos 15 dias (art. 475, J, do CPC/73 e 523, §1º, do CPC/15)”. (Multa e medidas atípicas no mandado de segurança: um tema com variações. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 591).

Em sentido semelhante, Alexandre Freitas Câmara¹⁰⁹ afirmava, ainda antes da vigência do CPC/2015, que tanto o poder de cautela quanto o poder de efetivar as decisões são inerentes à jurisdição e, portanto, em ambos os casos, o juiz está autorizado a praticar medidas não previstas em lei, objetivando, respectivamente, a asseguaração e a efetivação.

A doutrina, nesse ponto, em que pesem posições divergentes¹¹⁰, inclinava-se fortemente no sentido de que a atipicidade era permitida – em razão de ausência de previsão expressa para as obrigações de pagar – somente nas obrigações específicas. Assim sendo, medidas coercitivas atípicas, seriam aplicáveis apenas em alguns procedimentos executivos de obrigações específicas.

Em quarto lugar, verifica-se que as execuções lastreadas em títulos executivos extrajudiciais foram ignoradas pelo legislador no tocante à atipicidade, pois as reformas de 1994 e de 2002, ao modificarem o artigo 461 e criarem o artigo 461-A – ambos inseridos no processo de conhecimento, especificamente no Capítulo VIII do Título VIII do Livro I, destinado aos artigos que dispõem sobre a sentença –, foram silentes quanto à aplicação das “medidas necessárias” para além das sentenças, das decisões interlocutórias e dos acórdãos. Portanto, o que se desenhara era a tipicidade, inclusive nas obrigações específicas, quando o título executivo fosse extrajudicial.¹¹¹

Analisadas essas quatro questões e perquirida a evolução normativa pertinente ao tema, uma conclusão pode ser lançada acerca da situação da tipicidade dos meios executórios no momento anterior à vigência do CPC/2015: estava-se diante de um sistema misto, no qual já

¹⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Execução civil e temas afins* - do CPC/1973 ao Novo CPC. Estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 16-17.

¹¹⁰ Por todos, entendendo, por exemplo, pelo cabimento da coerção patrimonial (multa pecuniária) em obrigações de pagar, antes do CPC/2015: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 166.

¹¹¹ Nesse sentido, inclusive no CPC/2015, Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam: “Já em se tratando de títulos extrajudiciais a opção legislativa é outra. Considerando que nesses casos, os documentos que baseiam a execução não têm origem na atividade jurisdicional do Estado, é razoável que se limitem as técnicas postas à disposição do credor, a fim de evitar injustas incursões sobre a esfera do executado. Aqui, portanto, o modelo adotado é o da tipicidade das formas executivas.” (*Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 783).

conviviam em harmonia meios executórios típicos e atípicos de coerção e de sub-rogação.

Para as obrigações de fazer ou de não fazer previstas em títulos judiciais, ante a redação expressa do artigo 461 do CPC/1973, a atipicidade era a regra. Assim, poderia o magistrado, diante da necessidade de efetivação da medida, optar pela utilização de meios executórios sub-rogatórios ou coercitivos não previstos em lei, sem ter que, para isso, tentar antes utilizar os típicos. Já, no caso de títulos extrajudiciais, a regra, em razão do artigo 645, consistia na aplicação da coerção patrimonial, por meio de multa por dia de atraso para o cumprimento da obrigação, não obstante a possibilidade de satisfação da obrigação por terceiro ou a conversão em perdas e danos (transformação) previstas no artigo 633, bem como a transformação em obrigações infungíveis, nos termos do artigo 638.

Nas obrigações de entrega de coisa com base em título judicial, pela redação literal do artigo 461-A, §2º, a regra consistia na utilização do meio executório de sub-rogação por desapossamento e, caso não fosse obtida a satisfação da tutela pretendida, com espeque no §3º do mesmo artigo, estava aberta a via subsidiária¹¹² da utilização da atipicidade prevista no artigo 461. Para os títulos extrajudiciais, a regra, em razão do artigo 621, parágrafo único, consistia na aplicação da coerção patrimonial, por meio de multa por dia de atraso para o cumprimento da obrigação, cumulada com o meio de desapossamento previsto no artigo 625.

Para as obrigações de pagar – em razão da ausência completa de norma específica ou de cláusula geral que permitisse a utilização de meios coercitivos atípicos (a simples analogia com os artigos 461 e 461-A não era suficiente) –, seriam aplicados apenas os meios sub-rogatórios típicos, no caso a expropriação, seja para o cumprimento da sentença, seja para a execução de títulos extrajudiciais. Afora isso, também caberia a coerção típica patrimonial, consubstanciada na multa de 10% (dez por cento) prevista no artigo 475-J.

¹¹² Em sentido contrário, entendendo que a atipicidade também era regra nas obrigações de entrega, André Vasconcelos Roque assevera que: “Ainda ao tempo do CPC/1973, já se havia detectado a tendência de ampliação da tutela executiva atípica, a qual foi tornada regra geral em relação às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa por ocasião das reformas processuais realizadas nos anos 1990 e 2000, notadamente pelas Leis nº 8.952/1994 e 10.444/2002.” (Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV, do CPC/2015? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 733).

Note-se que a atipicidade como regra valia apenas para as obrigações de fazer ou de não fazer postadas em títulos executivos judiciais. Para as demais hipóteses – também em razão de ausência de norma expressa ou cláusula aberta nesse sentido –, deveria ser seguido o caminho trilhado pelo código processual civil: expropriação, desapossamento, coerção patrimonial ou transformação.

Não se pode olvidar os efeitos colaterais gerados pelo panorama descrito, a saber, a falta de tratamento isonômico entre as obrigações específicas e as obrigações de pagar, e a falta de tratamento isonômico entre a execução de títulos extrajudiciais e a de títulos judiciais. Para o primeiro, talvez a explicação resida no dogma enraizado na cultura processual de que a execução por quantia se faz apenas pelo clássico modelo típico de sub-rogação por expropriação. Para o segundo, decerto, a motivação repousa em dois pontos: (a) o clamor por efetividade da jurisdição, à época das reformas de 1994 e de 2002, focava muito mais no cumprimento de decisões judiciais do que propriamente nas obrigações previstas em títulos extrajudiciais; (b) a Lei n. 11.232/2005 não primou pela técnica legislativa quanto à redação e à organização, o que, de certa forma, tumultuou o CPC/1973 em matéria de execução. Assim, caso a intenção do legislador tenha sido expandir a atipicidade para os títulos extrajudiciais, este desígnio, por óbvio, não ficou claro.

2 A ATIPICIDADE PREVISTA NA CLÁUSULA GERAL EXECUTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

No capítulo antecedente foram perquiridos alguns conceitos fundamentais da execução civil e, em especial, analisada a evolução normativa da atipicidade em sentido aberto desde o CPC/1939, passando pela redação original e pela reforma do CPC/1973.

Mesmo sendo considerada uma codificação que, originalmente, primava pela sistematicidade de seu conteúdo, ao longo dos anos, tal característica positiva foi desaparecendo, ante a promulgação de dezenas de leis que alteraram centenas de dispositivos do CPC/1973. Como mencionado alhures, a ideia de reformas parciais e setoriais em seu texto original, por vezes, além de não conseguir os resultados esperados, acabou migrando do papel de cura para o de causador do problema. A estratégica não atingiu os fins colimados e, se não bastasse, comprometeu a sistemática do Código.¹¹³

A singela análise histórica anteriormente promovida fez-se necessária para o propósito de tentar estabelecer qual era o panorama da atipicidade dos meios executórios no CPC/1973 – após o intenso ciclo de reformas – e, por conseguinte, identificar o ambiente normativo existente à época da elaboração e do início de vigência do CPC/2015. Entre outras, uma nota é significativamente perceptível no reformismo processual – sobretudo nas leis analisadas anteriormente – qual seja: a verdadeira fixação do legislador reformista com a efetividade da prestação jurisdicional.

Demonstrou-se, então, a existência de um sistema misto de tipicidade e atipicidade para os meios executórios no processo civil brasileiro. Agora, é imprescindível enfrentar alguns pontos relevantes pertinentes ao artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, o qual, inegavelmente, ampliou os horizontes desse sistema misto de tipicidade e atipicidade.

Nessa direção, a primeira seção do presente capítulo – de cunho mais dogmático – tem por escopo inicial perquirir a evolução do processo legislativo no que tange ao tema da tipicidade e estudar a

¹¹³ Em linha semelhante, afirma a exposição de motivos do anteprojeto do CPC/2015: “O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática.” BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Exposição de Motivos. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>. Acesso em: 10 dez. 2017.

literalidade da redação final do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015. Por fim, objetiva-se estabelecer qual o sistema atualmente vigente no tocante à tipicidade.

Na segunda parte do capítulo, analisar-se-á o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 como cláusula geral processual executiva, abordando as consequências desta interpretação para o sistema.

2.1 A PREVISÃO DO ARTIGO 139, INCISO IV, NO CPC/2015: CONFIRMAÇÃO DO SISTEMA MISTO PARA OS MEIOS EXECUTÓRIOS E A EXPANSÃO PARA AS OBRIGAÇÕES DE PAGAR

O artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 inaugurou uma nova fase na execução pecuniária no Brasil. O alcance e, por conseguinte, os limites da sua aplicação ainda estão sendo plasmados pela doutrina e pela jurisprudência. Nada melhor que o tempo e o uso forense para atestar o acerto ou o desacerto da previsão.

Não se pode ignorar que a interpretação e o manejo prático do dispositivo legal em comento deverá levar em conta os sistemas processual e constitucional em que a norma está inserida.

Do mesmo modo, deve-se ter em mente a necessidade de harmonização dos diversos, e quase sempre antagônicos, interesses do exequente e do executado. No entanto, parece indiscutível que, mesmo diante dessa análise sistêmica, tudo partirá – ao menos prioritariamente – da letra da lei. Em razão disso, avulta a necessidade de uma abordagem da evolução do processo legislativo do CPC/2015, no tocante ao dispositivo em apreço e também quanto à sua redação final e sua localização topográfica dentro da codificação.

2.1.1 As diferentes redações do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 durante o processo legislativo

Em 30/09/2009, o então Presidente do Senado Federal Senador José Sarney, formou uma comissão de juristas cujo designio era a elaboração de anteprojeto para um novo Código de Processo Civil. A dita comissão possuía doze juristas e era presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça à época, Luiz Fux, tendo como relatora a jurista Teresa Arruda Alvim.

No referido anteprojeto, o dispositivo equivalente ao artigo 139 do CPC/2015 consistia no artigo 107, o qual dispunha em seu *caput* que “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código,

incumbindo-lhe: [...]”. O seu respectivo inciso III, ao tratar especificamente da questão da atipicidade, previa como poder do juiz: “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”.

No Senado Federal, o anteprojeto, nominado de Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010 (PLS 166/2010), foi analisado por uma comissão de senadores. Após algumas emendas, a comissão apresentou um substitutivo ao anteprojeto, o qual foi aprovado em 15/12/2010 e, logo após, enviado à Câmara dos Deputados. Frise-se que neste substitutivo aprovado, a redação do dispositivo permaneceu inalterada e sua localização mantida dentro do rol de poderes do juiz, contudo, sua numeração foi modificada passando a ser o artigo 118, inciso III.

Na Câmara dos Deputados, o projeto, designado como Projeto de Lei n. 8.046/2010, foi apensado a dezenas de outros que tramitavam naquela casa legislativa e que objetivavam a criação ou modificação de normas processuais, em especial o Projeto de Lei n. 6.025/2005. Para a análise do projeto, criou-se uma comissão especial de vinte e cinco deputados, a qual foi dividida em subcomissões que guardavam pertinência com os livros do Código de Processo Civil projetado no Senado Federal.

O mencionado artigo 118, inciso III, depois de analisado pela subcomissão que tinha como relator-parcial o Deputado Federal Efraim Filho, não recebeu nenhuma alteração em sua redação.¹¹⁴

No relatório final da comissão, contudo, que tinha como relator o Deputado Federal Paulo Teixeira, o dispositivo foi alterado em dois pontos que merecem atenção. Primeiramente, vale destacar que o rol de poderes do juiz foi reenumerado, em razão da inclusão de outros artigos nas seções precedentes, passando a ser o de número 139. No inciso I do referido artigo, incluiu-se como poder do juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”. Portanto, o inciso relativo aos poderes de efetivação do juiz, ora em análise, passou a ser o inciso IV. O segundo ponto, e certamente o mais importante, alude ao fato de a redação ter

¹¹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório parcial* - Parte geral (“das normas fundamentais do processo civil”) Arts. 1.º a 291 do projeto de lei n.º 8.046, de 2010 da Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n.º 6.025, de 2005, do senado federal, e apensados, que tratam do “Código de Processo Civil” (revoga a lei n.º 5.869, de 1973). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/parecer_deputado-efraim-filho>. Acesso em: 10 dez. 2016.

sido modificada, passando a dispor que incumbe ao juiz: “IV – determinar, de ofício ou a requerimento, todas as medidas coercitivas ou sub-rogoratórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito”. A modificação, conforme se extrai do relatório final, objetivava a correção de imprecisões de ordem técnica e, em especial, o estabelecimento de uma espécie de harmonização com o dispositivo geral de efetivação das tutelas, previsto no então vigente artigo 461, §5º, do CPC/1973.¹¹⁵

Em 26/03/2014, na quarta sessão legislativa ordinária da 54ª legislatura da Câmara dos Deputados, o relatório final e mais três emendas foram levados à votação. Na ocasião, apenas a emenda de número três foi aprovada, transformando-se, assim, na redação final¹¹⁶ chancelada pela Câmara. Ato contínuo, no dia 27/03/2014, a aludida emenda foi encaminhada ao Senado Federal na forma de substitutivo ao PLS 166/2010, projeto original que lá fora concebido.

De volta à sua casa originária, o Senado Federal, em 30/06/2014, criou uma comissão de onze senadores, que seria auxiliada por cinco dos doze juristas integrantes da comissão original, culminado no anteprojeto em 2010.

Por fim, no tocante ao artigo em estudo, o Senado Federal rejeitou as propostas de modificação aprovadas pela Câmara dos

¹¹⁵ Transcreve-se do relatório final: “A disciplina dos poderes do juiz foi alvo de muitas críticas, sobretudo em razão de ela supostamente aumentar excessivamente o papel do órgão jurisdicional na condução do processo. De fato, alguns ajustes hão de ser feitos. Em primeiro lugar, é preciso melhorar a redação da cláusula geral executiva. O §5º do art. 461 do CPC em vigor já a prevê desde 1994. Trata-se de enunciado bastante conhecido e aplicado, portanto. O projeto oriundo do Senado Federal transfere essa cláusula para o rol dos poderes do juiz, o que é tecnicamente correto. Mas tal transferência se deu com alteração da redação do enunciado, que o deixou prenhe de imprecisões capazes de dar margem a arbitrariedades. Assim sendo, este Relatório-Geral propôs uma nova redação para o inciso III do art. 118 na versão do projeto.” BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório final da comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei no 6.025, de 2005, ao projeto de lei no 8.046, de 2010, ambos do senado federal, e outros, que tratam do “Código de Processo civil” (revogam a lei no 5.869, de 1973)*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=102640>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 10 set. 2014.

Deputados, mantendo-se, por conseguinte, a redação original do anteprojeto.¹¹⁷

2.1.2 Análise crítica da versão final do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015

Em síntese, durante toda a evolução legislativa do CPC/2015, o artigo 139, inciso IV, teve basicamente duas redações, a do anteprojeto – que foi a redação final promulgada –, e a do substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados, rejeitada no retorno do projeto ao Senado Federal. Para fins de comparação e melhor compreensão das duas redações do dispositivo em exame, traz-se o quadro apresentado a seguir.

Quadro 1 - Artigo 139, inciso IV - Comparativo entre as versões

Redação do anteprojeto e da versão final do CPC/2015	Redação do substitutivo da Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)
<p>Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;</p>	<p>Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV – determinar, 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;</p>

Fonte: Elaborado pelo autor (2018)

Do cotejo entre as versões, extraem-se quatro questões merecedoras de destaque, as quais têm levantado fortes divergências

¹¹⁷ A simplicidade e a objetividade nas razões da rejeição da versão da Câmara dos Deputados impressiona. Extraí-se do Parecer: “Convém rejeitar o inciso IV do art. 139, restabelecendo a versão do PLS para o dispositivo em pauta (inciso III do art. 118), por sua maior clareza, idônea a evitar dúvidas na definição do alcance das medidas coercitivas e sub-rogatórias.” BRASIL, Senado Federal. *Parecer nº 956, de 2014, da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793&disposition=inline>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

doutrinárias e, portanto – insta advertir –, configuram pontos que serão analisados com mais vigor nas seções subsequentes. O intuito, aqui, é tão somente noticiá-los, tendo como base as duas versões legislativas da redação do dispositivo.

A primeira questão assenta-se na necessidade de provocação do Judiciário pelo exequente. A expressão “de ofício ou a requerimento da parte”, que não estava presente no anteprojeto, foi incluída na versão da Câmara dos Deputados e, no retorno do projeto à Casa Legislativa originária, foi excluída da versão definitiva e promulgada. A discussão, em verdade, circunda a espinhosa seara dos limites da atuação de ofício do juiz, confrontados com o princípio da iniciativa da parte, que foi devidamente encampado pela legislação processual. Justamente por isso, este tema será enfrentado na seção 5.3.

A segunda questão pode ser rotulada como tipos de medidas a serem praticadas pelo juiz. Assim, verifica-se maior precisão técnica na redação da Câmara dos Deputados no tocante à descrição dessas medidas porque, enquanto a versão final se alonga (“medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias”), a versão da Câmara era mais sucinta (“medidas coercitivas ou sub-rogatórias”).

Quanto a esse ponto, a versão descartada realmente era superior¹¹⁸. E não só pelo fato de ser mais sucinta, mas, sobretudo, porque o dispositivo dispunha precipuamente sobre meios executórios, os quais – de forma já consagrada na doutrina – são coercitivos ou sub-rogatórios.¹¹⁹ Desnecessário, portanto, classificar as medidas em quatro modalidades ou espécies¹²⁰, quando, em verdade, existem apenas duas.

¹¹⁸ No mesmo sentido, quanto a este aspecto, todavia, com enfoque no fato de os meios executórios decorrerem dos poderes executivos do juiz, conferir: PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. Poderes executórios atípicos no projeto do Código de Processo Civil. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Execução civil e temas afins* - do CPC/1973 ao Novo CPC, p. 813-814.

¹¹⁹ O relatório final da comissão especial da Câmara dos Deputados, ao justificar a modificação da redação do projeto advindo do Senado enaltece exatamente este ponto: “Faz-se no inciso IV aperfeiçoamento técnico, na medida em que ou a medida é coercitiva ou é subrogatória.” BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório final da comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei no 6.025, de 2005, ao projeto de lei no 8.046, de 2010, ambos do senado federal, e outros, que tratam do “Código de Processo civil” (revogam a lei no 5.869, de 1973)*. p. 221. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹²⁰ MINAMI, M.Y., Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/2015 – do processo para além da decisão. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). *Coleção Novo CPC doutrina selecionada: Execução*. Salvador: Juspodovim, 2016. p. 319-320.

Igualmente, é imprescindível verificar que as medidas indutivas e coercitivas, no sentido processual, são semelhantes¹²¹, pois ambas objetivam “convencer” – seja por ameaça de piora de situação (ex.: multa diária), seja pelo oferecimento de algum benefício (ex.: as sanções premiais) – o destinatário da ordem a cumpri-la. O fato de uma das formas de convencimento causar um temor¹²² e outra apresentar-lhe a possibilidade de uma situação vantajosa, não elide o fito de ambas as modalidades, qual seja, compelir o executado a cumprir o comando. E, por isso, ambas estão abrigadas no conceito de medidas coercitivas.

Da mesma forma, constata-se uma atecnia na presença da expressão “mandamental”¹²³ que, em verdade, consiste na eficácia do comando judicial e, assim, não deveria estar miscigenada com as formas de efetivação de comandos judiciais.

¹²¹ BRAGA, Paula Sarno et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 230. Em sentido semelhante: “A execução indireta, também chamada de coerção indireta, ou de indução, não realiza, por si só, o direito material, mas apenas atua sobre a vontade do devedor com o objetivo de convencê-lo a adimplir.” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, p. 91. Em sentido contrário é a posição de Edilton Meireles – ao analisar especificamente o artigo em estudo – quando afirma existirem diferenças entre medidas coercitivas e medidas indutivas: “A diferença está que, nas medidas coercitivas, busca-se impor ao obrigado uma sanção enquanto castigo, ou seja, uma sanção negativa, que pode ser um mal econômico (v.g., multa), social (v.g., banimento), moral (v.g., advertência), jurídico (v.g., perda da capacidade) ou até mesmo físico (v.g., acoitos). [...] Já nas medidas indutivas se busca oferecer ao obrigado uma vantagem, um “prêmio”, como incentivo (coaçoão premial) ao cumprimento da decisão judicial. Daí porque a doutrina denomina essa sanção como premial. Busca-se, com essas medidas, provocar, incentivar, a prática do ato de forma mais atraente, ainda que que com sacrifício à situação jurídica [mais favorável] de outrem.” (Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, p. 231-246, 2015. p.240).

¹²² Toma-se a expressão “temor” de: BRAGA, Paula Sarno et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 233.

¹²³ No mesmo sentido: “No que se refere às medidas mandamentais, houve clara impropriedade técnica do legislador, uma vez que não se trata de uma medida, mas sim de um efeito típico decorrente das ordens judiciais, que, por sua vez, pode veicular medidas indutivas ou sub-rogatórias”. ABREU, V. C. G.; CARREIRA, G. S. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.245.

A terceira questão advém da análise dos objetivos e do alcance das medidas previstas. Na versão da Câmara, o escopo residia em “assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito”, já na versão final, em “assegurar o cumprimento de ordem judicial”. Nitidamente, a versão da Câmara, ao usar expressões como “efetivação” ou “obtenção da tutela”, tentava manter-se filiada à linha do artigo 461-A, §5º, do CPC/1973¹²⁴, e do seu equivalente no CPC/2015, qual seja, o *caput* do artigo 536¹²⁵. Noutra banda, a versão final é mais singela, limitando-se a fazer menção às ordens judiciais.

Com o devido respeito às opiniões contrárias, é certo que a previsão esculpida na versão da Câmara tem os objetivos mais alinhados à contemporânea ideia de efetividade da prestação jurisdicional, notadamente por se referir ao escopo final perseguido pelo indivíduo ao bater às portas do Judiciário: “obtenção da tutela do direito”, seja violado, seja ameaçado de violação.

Afora isso, outro problema advém das expressões ora analisadas. A versão final indica, tão somente, a possibilidade de as medidas de efetivação serem utilizadas em decisões judiciais (“ordem judicial”), sugerindo que – em tese – a cláusula geral executiva não seria aplicável em sede de execuções lastreadas em títulos extrajudiciais. A questão é bastante polêmica, envolvendo uma gama de assuntos subjacentes e, por isso, será perquirida na seção 5.1.

A quarta questão que merece destaque alude à aplicabilidade das medidas de efetivação nas execuções de obrigações de pagar. A redação final (e, portanto do anteprojeto) do artigo indica a aplicabilidade, “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Na

¹²⁴ Aliás, isso é expressamente consignado no relatório final da comissão especial da Câmara que, ao falar da cláusula geral de efetivação, assevera: “O §5º do art. 461 do CPC em vigor já a prevê desde 1994. Trata-se de enunciado bastante conhecido e aplicado, portanto. O projeto oriundo do Senado Federal transfere essa cláusula para o rol dos poderes do juiz, o que é tecnicamente correto. Mas tal transferência se deu com alteração da redação do enunciado, que o deixou prenhe de imprecisões capazes de dar margem a arbitrariedades. Assim sendo, este Relatório-Geral propôs uma nova redação para o inciso III do art. 118 na versão do projeto.” BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório final da comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei no 6.025, de 2005, ao projeto de lei no 8.046, de 2010, ambos do senado federal, e outros, que tratam do “Código de Processo civil” (revogam a lei no 5.869, de 1973)*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=102640>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹²⁵ “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.”

tramitação legislativa, referida expressão foi excluída do dispositivo na Câmara dos Deputados. Somente após o retorno do projeto ao Senado voltou-se à redação original do anteprojeto. Em certa medida, esta questão configura o tema do presente trabalho e será objeto de profunda análise em seções específicas.

Apesar disso, de plano, já se pode verificar que a dita exclusão da expressão na Câmara não foi involuntária ou desatenta em relação às suas consequências. A ideia era justamente não prever a possibilidade de aplicação das medidas atípicas de efetivação para as obrigações de pagar. Veja-se a justificativa assentada no relatório final da Comissão especial; “convém retirar a menção à execução de quantia – o tema da atipicidade da tutela executiva para as obrigações de pagar quantia ainda não está maduro para positivação”¹²⁶.

À época, é interessante notar, já existiam opiniões contrárias e favoráveis. O dito relatório final da comissão formada na Câmara dos Deputados também traz uma descrição sumária acerca dos principais pontos levantados por processualistas que foram convidados a participar de audiências públicas ocorridas em várias cidades do país durante os trabalhos da comissão.

Segundo o relatório, na audiência pública de 09/11/2011, Sérgio Muritiba destacou “o fato de que o próprio projeto, na sua parte geral, no art. 118, inciso III, dá uma gama de meios executórios para o magistrado valer-se, podendo adotar medidas para garantir a efetividade do pronunciamento judicial”. Em conferência realizada na cidade de Campo Grande, no dia 17/11/2011, destacou também a “possibilidade de astreintes nas execuções pecuniárias”¹²⁷.

Ainda assim, acerca dos pretensos objetivos do legislador com a medida, alguns autores afirmam que “embora tenha despertado alguns debates durante a tramitação do CPC, não se encontram evidências de

¹²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório final da comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei no 6.025, de 2005, ao projeto de lei no 8.046, de 2010, ambos do senado federal, e outros, que tratam do “Código de Processo civil” (revogam a lei no 5.869, de 1973)*. p. 221. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹²⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório final da comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei no 6.025, de 2005, ao projeto de lei no 8.046, de 2010, ambos do senado federal, e outros, que tratam do “Código de Processo civil” (revogam a lei no 5.869, de 1973)*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 177)

que o legislador pretendesse, conscientemente, produzir uma revolução a partir de uma locução tão elementar”¹²⁸.

Também se afirma que a modificação seria “inofensiva”¹²⁹ e que a questão teria gerado uma “revolução silenciosa”¹³⁰ na execução. De todo modo, se a ideia do legislador, de fato, era ampliar a aplicação das medidas para as obrigações de pagar, a redação da versão final parece mais acertada.¹³¹

Com base na análise, ainda que sumária, das quatro questões aqui levantadas, pode-se inferir que, com exceção da ausência de menção expressa à aplicabilidade das medidas atípicas nas obrigações de pagar, a versão da Câmara dos Deputados, além de ser mais técnica, exprimia com mais exatidão – e de forma mais sucinta, é verdade –, os objetivos da cláusula geral executiva.

2.1.3 A localização topográfica do artigo 139, inciso IV, no CPC/2015

O artigo 139 está inserido no Capítulo I (Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz), Título IV (Do juiz e dos

¹²⁸ VITORELLI, Edilson. Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 825.

¹²⁹ Nesse sentido: “A inclusão, aparentemente inofensiva, acabou suscitando inúmeras possibilidades judiciais como forma de efetivar e satisfazer a ordem judicial. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. As novas tendências da atuação judicial. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 618.

¹³⁰ “A medida é considerada, nas palavras de Fernando da Fonseca Gajardoni, como a ‘revolução silenciosa’ da execução por quantia certa; silenciosa porque não foi percebida por grande parte da doutrina e sequer está inserida nos capítulo e livros atinentes ao cumprimento de sentença e ao processo de execução; revolucionária, porque pode implicar verdadeira ‘revolução (positiva ou negativa)’ na sistemática executiva brasileira.” FERREIRA, Gabriela Macedo. Poder geral de efetivação: em defesa da constitucionalidade da técnica de execução dos direitos do art. 139, IV, do Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 372).

¹³¹ No mesmo sentido, Luciano Vianna Araújo expõe que: “parece-me que, para o emprego das medidas atípicas na obrigação de pagar quantia certa, melhor mesmo a redação sugerida pelo Senado Federal pois explícita o uso dessas medidas “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.” (A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 270, n. 42, p.123-138, ago. 2017. p. 126).

auxiliares da justiça), Livro III (Dos sujeitos do processo) da Parte Geral do Código e dispõe de dez incisos. Em razão disso, é objetivo desta seção analisar a localização topográfica do sobredito dispositivo no CPC/2015.

Não se pode olvidar que o rol do artigo 139 reúne diversas categorias diferentes de poderes-deveres do juiz, as quais já foram largamente catalogadas nas classificações doutrinárias¹³², tampouco o fato de que nem todos os poderes-deveres do juiz constam no aludido rol. Estas duas observações, por si sós, já demandariam um estudo próprio. Contudo, o que importa para fins do presente trabalho é que o inciso IV está listado junto a outros poderes-deveres do juiz e que o artigo 139 localiza-se na Parte Geral do CPC/2015.

Do fato de o inciso IV estar no mesmo rol de outros poderes-deveres do juiz, deflui-se que, assim como – assegurar a igualdade entre as partes (inciso I), velar pela duração razoável do litígio (inciso II), tentar promover a autocomposição (inciso V) ou determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais (inciso IX) – a utilização de medidas coercitivas e subrogatórias, típicas ou atípicas, a obtenção da tutela do direito violado ou ameaçado é mais que um poder: é um dever do juiz.

Essa assertiva, por certo, mostra-se extremamente benéfica para a consagração da cláusula geral executiva. No entanto, disso não se pode, automaticamente, defluir que o emprego de tais medidas em execuções de obrigação de pagar possa operar-se de ofício. A necessidade, ou não, de requerimento da parte para a utilização das medidas atípicas neste tipo de execução, como mencionado antes, será objeto de análise em apartado, na seção 5.3.

No tocante à inserção do artigo 139 na Parte Geral do CPC/2015, duas questões podem ser levantadas. A primeira delas, e positiva, é verificada na ideia de que, se existe uma norma prevista na Parte Geral do Código, esta, em princípio, se aplica a todas as ações e recursos previstos nos Livros da Parte Especial do CPC/2015¹³³, salvo disposição

¹³² AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva, p. 33-95.

¹³³ Na mesma linha: “Topograficamente, o posicionamento da previsão de medidas atípicas, antes previstas apenas no cumprimento de sentença, para a parte geral, no contexto dos poderes do juiz, que valem, indiscriminadamente, para quaisquer procedimentos e fases processuais, propicia um novo horizonte hermenêutico.” VITORELLI, Edilson. Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.);

em contrário ou previsão diferenciada para a espécie. E, então, a previsão também seria aplicável às obrigações de pagar.¹³⁴

Exemplo dessa aplicabilidade consiste, entre outros, na tutela provisória que, por estar prevista no Livro V da Parte Geral do Código, é utilizável em todas as ações e recursos previstos nos respectivos Livros da Parte Especial. Aliás, existem dispositivos na própria Parte Especial que ratificam o comando da aplicabilidade da Parte Geral, de forma expressa, como se verifica (i) no artigo 799, inciso VIII, que autoriza a exequente a requerer medidas urgentes nas hipóteses de petição inicial da execução por quantia certa; (ii) no artigo 919, §1º, o qual possibilita a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução; ou, ainda, (iii) no artigo 969, que prevê a concessão de tutela provisória na ação rescisória.

Em outras situações, porém, a Parte Especial do CPC/2015 prevê a concessão de uma tutela provisória diferenciada, a qual obedece a requisitos diversos daqueles expostos nos artigos 300 (tutela de urgência) e 311 (tutela de evidência). É o que se verifica no artigo 678, ao prever a decisão liminar em embargos de terceiro, ou no artigo 562, ao dispor sobre a decisão liminar em ações possessórias.

A segunda questão decorrente da inserção do artigo 139 na Parte Geral do CPC/2015 diz respeito à extensão de sua aplicabilidade, especificamente, nas execuções de obrigações de pagar. Em que pese a menção expressa na parte final da redação do inciso IV, o ponto ainda levanta polêmicas, sobretudo, quando comparado com o regime de meios executórios das obrigações específicas. É que, para estas obrigações, além da disposição genérica do artigo 139, inciso IV, o CPC/2015 ainda previu expressamente – ao menos para os títulos judiciais – a atipicidade dos meios executórios em seus respectivos procedimentos executivos. Assim, para as execuções de obrigações de fazer ou de não fazer, o Código consignou a previsão da atipicidade no *caput* e no §1º do artigo 536 como regra. E, para as obrigações de

MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 827.

¹³⁴ Nesse sentido: “O simples fato de estar previsto na Parte Geral do Código demonstra o alargamento da incidência do princípio da atipicidade dos meios executórios. Antes, este princípio era dirigido especificamente às execuções de obrigações de fazer, não fazer a de entregar coisa, mas agora se tornou aplicável de forma difusa às mais variadas espécies de relações jurídicas e fases procedimentais”. ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. A utilização da prisão civil como meio executório atípico. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 95.

entrega de coisa, por força do §3º do artigo 538, a atipicidade do artigo 536 também foi prevista – ao menos de forma subsidiária ao desapossamento disposto no *caput* do artigo 538.

Essa previsão expressa da atipicidade nos procedimentos executivos de obrigações específicas aparelhadas por títulos judiciais, de alguma maneira, reforça a atipicidade genérica prevista no artigo 139, inciso IV, afastando qualquer tipo de dúvida acerca de sua aplicabilidade nas obrigações específicas. Aliás, como visto na breve retrospectiva histórica promovida sobre a matéria nas seções antecedentes, de certa forma, a atipicidade executiva para as obrigações específicas já está presente no ordenamento jurídico desde 1985, com a Lei da Ação Civil Pública.

Com relação às execuções de obrigação de pagar, por outro lado, o procedimento de cumprimento da sentença não traz nenhuma menção expressa acerca da utilização de meios atípicos.¹³⁵ Se não bastasse, o artigo 513 do CPC/2015 dispõe que os procedimentos de cumprimento da sentença previstos no Título II (Cumprimento da Sentença) do Livro I (Processo de Conhecimento) da Parte Especial serão regidos pelas regras ali dispostas e, no que couber, pelas disposições do Livro II (Processo de Execução), fazendo ainda a ressalva “conforme a natureza da obrigação”. Então, devem ser aplicadas as regras relativas à execução por quantia certa (artigos 824 a 909), entre as quais estão apenas as formas clássicas do meio de expropriação, inexistindo, portanto, qualquer previsão para a adoção de medidas não tipificadas.

Essa constatação, ao contrário do caso das obrigações específicas, por certo, enfraquece a ideia de atipicidade para as execuções de obrigações de pagar. Este tema será objeto de análise mais detida nas próximas seções.

¹³⁵ Edilson Vitorelli corrobora tal entendimento afirmando que “[...] toda a centena de dispositivos que regula o cumprimento de sentença ou a execução de título extrajudicial relativa a obrigações de pagar, não há uma única palavra capaz de afiançar ou reforçar a ideia de que a intenção da norma do art. 139, IV, fosse permitir medidas executivas atípicas nesse contexto”. (Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 825).

2.1.4 O sistema misto de tipicidade e a atipicidade dos meios executórios no CPC/2015 para execuções de obrigações específicas e pecuniárias

Em razão de tudo o que foi analisado, nesta seção é possível definir uma parametrização da atipicidade prevista no CPC/2015 para os diferentes tipos de obrigações e títulos executivos. Importante salientar que a sistematização proposta tem por base a prévia existência de título executivo, considerando já instaurado o procedimento executivo, seja pela fase de cumprimento da sentença, seja pelo processo de execução com base em título extrajudicial. Mesmo assim, não se ignora o fato de que a utilização do meio executório poderá ocorrer ainda na fase cognitiva do processo de conhecimento ou nos procedimentos especiais, em razão de tutela provisória eventualmente deferida.

Historicamente, como abordado antes, a ideia de tipicidade dos meios executórios estava calcada na legalidade, na segurança jurídica e, por conseguinte, no devido processo legal. Por muito tempo, com base no dogma criado ainda no liberalismo, falar em atipicidade dos meios executórios era interpretado como ofensa direta àqueles princípios. Justamente por isso, a classificação aqui proposta leva em consideração, sobretudo, a expressa previsão legal de meio executório para determinado tipo de execução ou obrigação. Prevalece, pois, o princípio da legalidade em sentido estrito.

A ideia consiste na prevalência da harmonia entre meios típicos e atípicos e, para tanto, o critério¹³⁶ utilizado foi seguinte: (a) a regra geral consiste na aplicação do meio executório típico previsto especificamente para aquele determinado tipo de obrigação e de título executivo; (b) não havendo meio executório previsto expressamente, ou existindo previsão expressa de atipicidade como regra, está autorizada a aplicação direta de meios atípicos¹³⁷; (c) tendo sido ineficaz a aplicação dos meios típicos

¹³⁶ Adotando critérios semelhantes, inclusive nas obrigações de entrega de coisa e de pagar: VIEIRA, L. H. S. Atipicidade dos meios executivos: da discricionariedade à violação de preceitos garantidores do estado democrático de direito. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p.465.

¹³⁷ Na correta explicação de Leonardo Greco: “Ou seja, há atos executórios que o juiz pode determinar independentemente de previsão legal, de acordo com as exigências do caso concreto, desde que necessários, pertinentes, adequados e eficazes para cumprir a finalidade de efetivar a ordem judicial.” (Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.).

diretamente previstos, sub-rogatórios ou coercitivos, abre-se caminho para a utilização das medidas coercitivas atípicas.

Dessa forma, de um lado, prestigia-se a legalidade – e, por conseguinte, a segurança jurídica – pois o executado tem ciência do meio executório que lhe será imposto em um primeiro momento. Por outro lado, com a utilização do meio atípico enaltece-se a efetividade da prestação jurisdicional, sem se desprender da segurança jurídica, pois o executado saberá que em determinados tipos de títulos e obrigações é possível a utilização direta de tais meios e, em outros, a utilização subsidiária, logo após a constatação da ineficácia do meio típico que fora tentado. Passa-se à sistematização.

Para as execuções de obrigações de fazer e de não fazer lastreadas em títulos judiciais, em razão das disposições específicas do *caput* e do §1º do artigo 536, corroboradas pela previsão geral do artigo 139, inciso IV, a regra consiste na utilização direta de meios coercitivos e sub-rogatórios, típicos ou atípicos, caso o executado não cumpra o comando judicial após ser devidamente intimado no cumprimento da sentença. Ao alvitre do credor, também são viáveis a possibilidade sub-rogatória de transformação em perdas e danos, bem como a execução (sub-rogatória) por terceiro nos fazeres fungíveis.

Portanto, não é necessário que o juiz, para a efetivação de decisões judiciais que envolvam tais obrigações, utilize-se inicialmente das medidas previstas no §1º do artigo 536, pois o *caput* do dispositivo já prevê a adoção de “medidas necessárias à satisfação do exequente”, tornando o rol do aludido parágrafo tão somente exemplificativo.

Para as execuções de obrigação de entrega esculpidas em títulos judiciais, devido à previsão expressa no *caput* do artigo 538, inicialmente deverá ser utilizado o meio executório de sub-rogação típico de desapossamento, caso o executado não cumpra o comando judicial após ser devidamente intimado no cumprimento da sentença. Não sendo exitosa a tentativa de desapossamento, abre-se a possibilidade – com fulcro no §3º do artigo 538 e na cláusula geral do artigo 139, inciso IV – de utilização de meios coercitivos típicos, como a multa do §1º do artigo 536, e de outros meios atípicos.¹³⁸

Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 411).

¹³⁸ Por muitas vezes, parcela da doutrina acaba conferindo tratamento idêntico às obrigações de fazer e de entregar coisa no tocante à atipicidade dos meios executórios, colocando-as no mesmo grupo – das “obrigações específicas” – e lançando as afirmações para ambas. Contudo, em sede de atipicidade de meios executórios, uma distinção deve ser conferida. Isso porque, como já dito, a atipicidade é previsão direta nas obrigações de

No tocante às execuções de obrigação de pagar dispostas em títulos judiciais, com base na previsão expressa do artigo 523, §1º, inicialmente deverá ser utilizado o meio típico de coerção patrimonial consubstanciado na sanção de multa de dez por cento sobre o valor devido, para que o devedor satisfaça a obrigação de pagar após ser devidamente intimado no cumprimento da sentença. Simultaneamente, o devedor poderá ser coagido, também tipicamente, a pagar, sob pena de ser-lhe aplicada a sanção de restrição de direitos por protesto da decisão judicial transitada em julgado e a inscrição nos cadastros de inadimplentes.

Caso o devedor mantenha-se inadimplente após as coerções típicas mencionadas – tomando em conta o artigo 513, que remete à execução por quantia certa dos títulos extrajudiciais prevista nos artigos 824 a 909 –, deve ser utilizado, de início, o meio tipificado de sub-rogação por expropriação, em suas diferentes modalidades. Se, ainda assim, a obrigação não for satisfeita pelo executado, restará autorizada a utilização de meios coercitivos atípicos, com espeque na cláusula geral do artigo 139, inciso IV, desde que obedecidos os parâmetros mínimos que serão expostos no sexto capítulo do presente trabalho.

Nas execuções de obrigação de fazer e de não fazer previstas em títulos extrajudiciais, em razão do disposto no artigo 814, inicialmente deverá ser utilizado o meio típico de coerção patrimonial consubstanciado na multa pecuniária – caso o executado, após devidamente citado, não cumpra a obrigação. Não sendo exitosa a utilização da coerção pela multa, abre-se a possibilidade, com base na cláusula geral do artigo 139, inciso IV, de utilização de meios coercitivos típicos ou atípicos. Afora isso, não se ignora a possibilidade sub-rogatória de transformação em perdas e danos, nas obrigações fungíveis ou infungíveis (artigos 816 e 821), bem como a execução (sub-rogatória) por terceiro (artigo 816) nos fazeres fungíveis.

fazer, mas – em razão de expressa determinação do caput do artigo 538 do CPC/2015 – nas obrigações de entregar faz-se necessária a utilização, em um primeiro momento, do meio típico de desapossamento, ou seja, aqui a aplicação de medidas atípicas é subsidiária. E isso é natural porque não se imagina uma medida mais efetiva para satisfazer obrigações de entregar do que a própria sub-rogação por desapossamento, na qual o Estado retira do executado a posse da coisa litigiosa, independentemente de sua vontade. Não faria sentido, antes de tentar desapossar a coisa, aplicar medidas coercitivas atípicas de restrição de direitos, por exemplo, contra o executado. Aliás, essa previsão de desapossamento como primeira medida nesse tipo de obrigação já estava prevista no artigo 933 do CPC/1939 e na redação original do CPC/1973, em seu artigo 625.

Para as execuções de obrigação de entrega esculpidas em títulos extrajudiciais, devido à previsão expressa no *caput* do artigo 806, §1º, inicialmente poderá ser utilizado o meio executório de coerção patrimonial por multa. Caso o executado não cumpra a obrigação de entrega da coisa, dentro do prazo estabelecido, após ser devidamente citado, além do início da incidência da multa, terá vez o meio de sub-rogação típico por desapossamento, na forma o §2º do artigo 806. Não sendo exitosa a entrega da coisa mediante a coerção patrimonial ou a tentativa de desapossamento, resta permitida, com fulcro na cláusula geral do artigo 139, inciso IV, a utilização de meios coercitivos típicos ou atípicos.

Por fim, quanto às execuções de obrigação de pagar dispostas em títulos extrajudiciais, com base na previsão expressa do artigo 782, §3º, inicialmente deverá ser utilizado meio coercitivo típico de restrição de direitos por inscrição nos cadastros de inadimplentes e, diante da inércia do devedor, iniciar-se-ão os atos de meio típico de sub-rogação por expropriação, em suas diferentes modalidades, na forma do artigo 824. Se, ainda assim, a obrigação não for satisfeita pelo executado, restará autorizada a utilização de meios coercitivos típicos ou atípicos, com espeque na cláusula geral do artigo 139, inciso IV, desde que obedecidos os parâmetros mínimos, expostos no sexto capítulo do presente trabalho.

Concluída a sistematização proposta, ainda assim, são necessárias duas ressalvas. A primeira consiste no fato de que, nas execuções de obrigações de fazer, de não fazer e de entregar, o transcurso da aplicação dos meios executórios desenhados linhas atrás parte da premissa de que, em princípio, o exequente deseja a satisfação da obrigação na forma específica. Isso porque, caso o autor requeira a conversão em perdas e danos, ou seja, impossível a obtenção da tutela específica ou pelo resultado prático equivalente – conforme previsto nos artigos 499, 809, 816 e 823 do CPC/2015 – sobrelevará a aplicação dos meios executórios típicos de transformação.

A segunda ressalva repousa na aplicabilidade de medidas típicas e atípicas coercitivas em execuções de obrigação de pagar, porquanto, como visto alhures, o sistema processual executivo, para este tipo de obrigação, além de ter sido assentado sobre o dogma da aplicação apenas dos meios executórios já previstos, também se pautou, sempre, pela ideia de utilização exclusiva da sub-rogação por expropriação, desprezando a eficácia de medidas coercitivas. Estes dois pontos serão enfrentados no terceiro capítulo.

Em suma, pode-se inferir que o sistema processual executivo do CPC/2015 é aberto no tocante à aplicação de meios executórios previstos e não previstos. Trata-se de um sistema misto, que prevê hipóteses de tipicidade, atipicidade direta e atipicidade subsidiária.

2.2 O ARTIGO 139, INCISO IV, DO CPC/2015 COMO CLÁUSULA GERAL PROCESSUAL EXECUTIVA

A presente seção deste capítulo tem por fito averiguar se o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 consiste em cláusula geral processual executiva. Para tanto, inicialmente, serão analisadas questões genéricas relativas às cláusulas gerais e, ato contínuo, enfrentada a natureza jurídica do referido dispositivo. Ao final, promover-se-á uma análise acerca da influência do artigo 461 do CPC/1973 na criação do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.

Esse exame é de fundamental importância para o atingimento do objetivo final do trabalho, uma vez que o entendimento do mencionado dispositivo legal como cláusula geral executiva consiste na base de sua aplicação para as execuções de obrigação de pagar.

2.2.1 Breves digressões sobre as cláusulas gerais nos ordenamentos jurídicos

A técnica legislativa de inserção de cláusulas gerais nos textos normativos, segundo Judith Martins Costa, é característica da segunda metade do século XX, época em que se superou o modelo de legislar casuisticamente, tão evidente no século XIX. Para a autora: “Tem-se hoje não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana.”¹³⁹.

Nesse enleio, as codificações têm primado pela inclusão de normas que objetivam a formulação de hipóteses legais por meio da utilização de conceitos jurídicos propositadamente vagos e abertos – os conceitos jurídicos indeterminados¹⁴⁰ –, evidenciando clara antítese com

¹³⁹ COSTA, Judith H. Martins. O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, p. 24-48, 1998. p. 27.

¹⁴⁰ Acerca do assunto, Pedro Miranda de Oliveira assevera que “o direito moderno tende a deixar, em muitas de suas normas, um espaço significativamente maior para o juiz, na aplicação do direito, por meio da utilização de conceitos vagos” (*Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo, 2013. p. 285).

o modelo tradicional de edição de normas, no qual a ideia do legislador consistia em estabelecer a hipótese legal mediante a “definição, o mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação punctual e pormenorizada de suas consequências”¹⁴¹.

Eduardo de Avelar Lamy relembra que a presença de conceitos vagos em textos legais se “justifica em razão do aumento da complexidade social havido nos últimos séculos que impossibilitou aos códigos cumprirem, sozinhos e detalhadamente, missão de regular todas as ricas e diversificadas hipóteses geradoras de lide”. Assim, a inserção desses conceitos vagos na legislação objetiva, “de forma operativamente eficaz, complementar o texto legal e possibilitar interpretar-se o sentido do conceito vago de forma adequada a cada caso concreto”¹⁴².

Dessa assertiva emerge o conceito de cláusula geral como norma “que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico”¹⁴³.

Em sentido semelhante, Fredie Didier Junior afirma que cláusula geral consiste em uma espécie de texto normativo, “cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógico-normativa”¹⁴⁴.

Todavia, não se pode confundir os conceitos. É imprescindível entender a relação¹⁴⁵ entre cláusula geral e princípios gerais do direito¹⁴⁶ e entre aquela e os conceitos jurídicos indeterminados.¹⁴⁷

¹⁴¹ COSTA, Judith H. Martins. O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, p. 24-48, 1998. p. 27-28.

¹⁴² LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância? In: _____ (Org.). *Ensaio de processo civil*, v. 1, p. 75.

¹⁴³ COSTA, Judith H. Martins. O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, p. 24-48, 1998. p. 29.

¹⁴⁴ DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 187, p. 69-83, 2010. p. 70.

¹⁴⁵ Conceituando o instituto em estudo, Teresa Arruda Alvim correlaciona as cláusulas gerais com princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados. Afirma a autora: “As cláusulas gerais utilizam em sua formulação linguagem intencionalmente aberta, fluida ou vaga, e esta técnica tem diversas funções. Às vezes, a lei se serve de conceitos precisos (por exemplo: um ano) e, por outras vezes, cada vez mais frequentemente, de conceitos que linguisticamente têm sido chamados de conceitos vagos ou indeterminados (por exemplo: união estável, bom pai de família, interesse público etc.). Esses conceitos aparecem, aliás, muito comumente na formulação de princípios jurídicos. São expressões linguísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido, carece de contornos

A técnica legislativa de cláusulas gerais, como se pode perceber, consiste em contraponto da técnica casuística, contudo, ambas as técnicas não se excluem em um ordenamento. Um sistema eventualmente calcado somente em cláusulas gerais acarretaria uma intensa sensação de insegurança jurídica. Por outro lado, um sistema exclusivamente composto por regras casuísticas certamente seria rígido e inflexível e, por conseguinte, tendente a falhar com as demandas da complexa vida social contemporânea. Justamente por isso, os sistemas jurídicos hordieros possuem, como uma de suas características nucleares, a tentativa de harmonização entre ambas as modalidades de técnicas normativas.¹⁴⁸

No tocante à estruturação, as cláusulas gerais podem adotar, basicamente, três acepções¹⁴⁹: (a) cláusulas com intuito restritivo, que possuem o objetivo de delimitar o âmbito de um conjunto de permissões advindas de princípio jurídico ou regra (ex.: restrição ocasionada pela função social da propriedade à determinadas regras legais ou contratuais); (b) cláusulas com vocação para regulamentar hipóteses de

claros. Esses conceitos não dizem respeito a objetos fácil, imediata e prontamente identificáveis no mundo dos fatos. E princípios jurídicos aparecem nas chamadas cláusulas gerais.” (Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 - A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 832, p. 59-79, 2005, p.60).¹⁴⁶ Judith Martins Costa explica que: “A grande diferença entre princípio e cláusula geral, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras ‘janelas’ consubstanciadas em tais cláusulas.” (As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 680, p. 47-58, 1992. p. 51).

¹⁴⁷ Ainda, na linha de diferenciação, Judith Martins Costa estabelece os pontos em comum e os de distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados: “Em ambos – conceitos indeterminados e cláusulas gerais – haverá, por parte do juiz uma atitude valorativa; em ambos, é certo, o legislador afastou a enumeração casuística dos ‘atos contrários aos bons costumes’. No primeiro, todavia, o grau de generalidade e abrangência é bem menor do que no segundo; neste, a atitude de subsunção à hipótese legal que ainda subsiste naquele é substituída pela atividade de criação judicial, por meio da síntese, por forma a constituir processo de verdadeira concreção.” (As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 680, p. 47-58, 1992. p. 51).

¹⁴⁸ DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 187, p. 69-83. 2010. p. 72-73.

¹⁴⁹ A classificação e os exemplos apresentados são de Judith Martins Costa. (O direito privado como um “sistema em construção” - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, p. 24-48, 1998. p. 31).

fato que, embora tenham espeque em princípios, não foram casuisticamente previstas na lei (ex.: regulamentação da responsabilidade civil por culpa); (c) cláusulas com preceito extensivo, pelas quais se amplia uma certa regulamentação jurídica específica, por meio de expressa autorização, nela introduzindo regras e princípios oriundos de outra espécie daquela lei e, até mesmo, de outros textos normativos do ordenamento (ex.: aplicação do artigo 7º do CDC).

As cláusulas gerais exercem certas funções na atividade jurisdicional do Estado, e três delas podem ser aqui destacadas. A primeira alude à possibilidade de criação de normas com alcance geral pelo juiz, mesmo diante de um ordenamento com direito escrito e calcado na premissa de separação dos poderes. A segunda função consiste em assegurar uma espécie de flexibilidade externa do sistema jurídico escrito posto, possibilitando que o ordenamento seja capaz de responder a novos fatos e a novas demandas. A terceira – talvez a função considerada a mais importante sob a ótica da interpretação sistêmica do ordenamento – é contribuir para uma verdadeira integração do sistema, propiciando a aplicação de outras disposições previstas no ordenamento, de modo a suprir eventuais lacunas, com um trabalho de construção interpretativa e criativa operado pela doutrina e pela jurisprudência.¹⁵⁰

Do ponto de vista do magistrado, fica claro que a “existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional”¹⁵¹, o que é, diga-se, extremamente benéfico. Diante de situações que não foram previstas pelas regras casuísticas ou em casos nos quais sua aplicação mostrou-se insuficiente para a plena e efetiva prestação jurisdicional, o juiz deve, de forma ativa, conduzir a resolução do caso, operando uma espécie de construção do direito *a posteriori*.

O órgão jurisdicional, assim – tendo ciência de que o esquema de regras pormenorizadas e preestabelecidas que individualizam ao máximo as condutas, com base no clássico diagrama de subsunção do fato à norma, mostrou-se ineficaz para a solução de todos os conflitos –, ostenta uma postura mais contundente na construção de um

¹⁵⁰ COSTA, Judith Martins. O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, p. 24-48, 1998. p. 34-37.

¹⁵¹ BRAGA, Paula Sarno et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 231.

ordenamento jurídico realmente sistêmico.¹⁵² Para tanto, faz-se necessário um rígido controle dos poderes de atuação e de interpretação que o juiz passa a ter com a presença das cláusulas gerais, sob pena de uma generalizada sensação de insegurança jurídica e de criação de um campo propício a arbitrariedades. E isso, é importante consignar, não tolhe a interpretação criativa que o magistrado conferirá à norma diante de um caso concreto.

A questão principal, como advertiu Enrico Tullio Liebman¹⁵³, reside apenas em estabelecer os graus, os modos e os limites dessa atividade. Portanto, é imprescindível um mínimo de previsibilidade para disciplinar o comportamento dos indivíduos, que será atingido pelo estabelecimento de parâmetros mínimos a serem utilizados pelo julgador no caso concreto¹⁵⁴. O balizador máximo, assim, é o princípio da legalidade e, por conseguinte, o da segurança jurídica¹⁵⁵.

A ideia de que o texto normativo consistiria em uma moldura passível de inúmeras interpretações leva à conclusão de que a atividade

¹⁵² DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 187, p. 69-83, 2010. p. 73.

¹⁵³ Assevera o autor: “Interpretar significa optar, isto é, significa fazer escolhas e isto significa, ainda que inconscientemente, ainda que contra as intenções do intérprete, acrescentar alguma coisa ao texto que está sendo interpretado, qualquer coisa de que este texto careça. O ato do juiz é, então, inafastavelmente criativo. Pode-se, entretanto, e se deve, aliás, discutir os graus, os modos, os limites e a legitimidade da criatividade judiciária.” LIEBMAN, Enrico Tulio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. Trad. Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, p. 57-60, 1986. p. 57.

¹⁵⁴ É correta a advertência de Teresa Arruda Alvim: “Se assim fosse, negar-se-ia a existência substancial do Poder Legislativo e o Judiciário ficaria ‘pulverizado’ em tantos quantos fossem o número de juízes que o integram.” (Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 - A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 832, p. 59-79, 2005. p. 72).

¹⁵⁵ Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim afirma ainda que a “principal preocupação é aceitar a existência de parâmetros mais flexíveis para disciplinar o comportamento das pessoas [...] e, também, correlatamente, de decisão do juiz, sem inviabilizar a possibilidade de controle, no sentido de ter sido ou não respeitado o princípio da legalidade”. Continua a autora explicando que: “Seus limites devem respeitar, em nosso entender, necessariamente, o princípio da legalidade (tal qual entendido em nossos dias, como vinculação a parâmetros de comportamento/decisão, que não estão necessariamente descritos minuciosamente na lei), necessidade de previsibilidade, como versão contemporânea do princípio da segurança (que, como frisamos, não pode mais ser vista como manutenção do *status quo*)”. (Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 - A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 832, p. 59-79, 2005. p. 65).

interpretativa do magistrado conduz à extração de várias normas.¹⁵⁶ Entretanto, subsiste a demanda por previsibilidade e por calculabilidade nas decisões judiciais e, portanto, a cláusula geral não pode ser considerada pelo juiz um “cheque em branco” na atividade julgadora.

A propósito, três limites fundamentais para a atuação do juiz diante de cláusula gerais podem ser citados.

O primeiro limite consubstancia-se no fato de que a aplicação de uma cláusula geral não pode ocorrer em completo desprezo pelas normas casuísticas que regulam a questão posta em juízo, tampouco em detrimento de outras normas que, por analogia, poderiam ser mais enquadráveis à espécie, ainda que não previstas prioristicamente para ela. Ou seja, diante da presença, no ordenamento, de normatização expressa ou indiretamente aplicável, o julgador deve preferir a sua aplicação para a solução do caso concreto.

Ao analisar as cláusulas gerais no direito civil, precisamente na seara dos contratos, Teresa Arruda Alvim, de forma correta, adverte: “Cláusulas gerais não podem e não devem significar que as outras normas que dizem respeito aos contratos não existem, perderam a validade ou a eficácia.”¹⁵⁷

O segundo limite, além de decorrer naturalmente do primeiro, está consagrado na Constituição Federal e na legislação processual: o dever de fundamentação. Diante de uma situação concreta, a fundamentação para a utilização de uma cláusula geral – sobretudo quando ela é eleita para tutelar a questão prevista em outras normas casuísticas – deverá ser substancial e, por certo, não poderá desincumbir-se da demonstração exaustiva de que a sua aplicação consiste na melhor saída para a proteção do direito material, violado ou ameaçado de violação, posto em juízo.¹⁵⁸

O terceiro limite consiste no resultado do cotejo entre as consequências do uso da cláusula geral e as peculiaridades do caso

¹⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 390.

¹⁵⁷ ALVIM, Teresa Arruda. Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 - A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 832, p. 59-79, 2005. p. 70.

¹⁵⁸ Em sentido semelhante: “O juiz, ao aplicar as cláusulas gerais, fundamentará sua decisão pela necessidade do uso daquele instituto processual para melhor adequar a jurisdição à proteção do direito material em tela. A justificação especial deverá respeitar todos os elementos trazidos à baila pelos procuradores judiciais das partes, somando-os aos elementos metajurídicos e multidisciplinares.” HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 155, p. 335-364, 2008. p. 355.

concreto. Sob tal enfoque, Luiz Guilherme Marinoni afirma que este controle deverá ser entabulado por meio de uma regra hermenêutica, a saber, a proporcionalidade, que se desdobra em três sub-regras: “a regra da adequação, a regra da necessidade e a regra da proporcionalidade em sentido estrito”¹⁵⁹.

Tanto o dever de fundamentação, quanto a necessária proporcionalidade na aplicação das cláusulas abertas serão objeto de estudo específico no quinto e sexto capítulos, respectivamente.

Por fim, é preciso abordar, ainda que de forma breve, a intrínseca relação existente entre as cláusulas abertas e o precedente judicial. De certa forma, a utilização da técnica normativa de cláusulas gerais aproximou o sistema da *civil law* do sistema da *common law* e, isso, notadamente se verifica em dois aspectos: (a) na participação da jurisprudência na criação de normas gerais, pois a “reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la”¹⁶⁰; e (b) que a cláusula geral se comporta como “elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados”¹⁶¹.

2.2.2 O artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 como cláusula geral processual executiva

Examinadas algumas características nucleares relativas às cláusulas gerais, é imprescindível, agora, enfrentá-las sob a ótica do processo civil e da execução civil e subsumi-las à redação do artigo 139, inciso IV, do CPC/1973, a fim de constatar a sua natureza jurídica. A análise levará em conta as questões levantadas na seção anterior, com base nas definições e nas categorizações propostas por Judith Martins Costa.¹⁶²

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER Jr. Fredie (Coord.). *Execução civil* – Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado, p.237.

¹⁶⁰ DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 187, p. 69-83, 2010. p. 75.

¹⁶¹ DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 187, p. 69-83, 2010. p. 75.

¹⁶² COSTA, Judith H. Martins. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 680, p. 47-58, 1992; COSTA, Judith H. Martins. O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 753, p. 24-48, 1998.

A ideia de normatização de cláusulas gerais fecundou, inicialmente, na seara do direito privado. Muito em razão das modificações legislativas delineadas a partir da segunda metade do século passado – objetivando a efetividade da prestação jurisdicional – a referida normatização também se expandiu para a seara do processo civil. Neste campo, sua utilização tem-se mostrado fértil, em especial no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁶³

Na seara da efetivação de decisões judiciais, esse fenômeno pôde ser notado desde a previsão das “medidas preventivas” de natureza cautelar, dispostas no artigo 675 do CPC/1939, passando pelo poder geral de cautela do artigo 798 do CPC/1973 e pelos artigos 11 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e 84 do CDC (Lei n. 8.078/1990). Esses dispositivos influenciaram decisivamente as reformas processuais que culminaram nas redações dos artigos 273, 461 e 461-A do CPC/1973 - chegando, ao final, nos artigos 139, inciso IV, 297 e 536 do CPC/2015.

As cláusulas gerais no processo civil podem ter feições semelhantes às previstas no direito civil, no sentido de prever parâmetros comportamentais gerais dos indivíduos em determinadas relações, como é o caso da cláusula geral da boa-fé contratual (artigo 422 do Código Civil), da cláusula geral da boa-fé na relação processual (artigo 5º do CPC/2015) e de cooperação (artigo 6º do CPC/2015). As cláusulas gerais, todavia, também podem assumir perfis próprios, e tendem a fazer isso, objetivando de forma mais direta a efetividade da prestação jurisdicional, o que se verifica, por exemplo, nos artigos 297 e 536 do CPC/2015.

No campo da execução civil, a existência de cláusulas gerais fundamenta-se em duas premissas: (a) a ciência de que o legislador não foi capaz de antever e de positivar todas as formas eficazes de atuação executiva do Estado; e que, mesmo assim, (b) deve ser assegurado o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Essa situação emerge

¹⁶³ Para Fredie Didier Jr.: “O princípio do devido processo legal é o principal exemplo de cláusula geral processual.” O autor continua e exemplifica cláusulas gerais processuais dispostas no CPC/1973: “(a) cláusula geral executiva (art. 461, §5º, CPC); (b) poder geral de cautela (art. 798 do CPC); (c) cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620 do CPC); (d) cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); (e) cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, §2º, CPC); (f) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109 do CPC)”. (Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 187, p. 69-83, 2010. p. 80). Também consignando exemplos de cláusulas gerais processuais no CPC/1973: HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 155, p. 335-364, 2008. p. 347-348.

com mais preocupação na seara dos meios executórios, ante o equivocado enraizamento do dogma da tipicidade dos meios executórios na cultura processual civil nacional.

Assim, a existência de uma cláusula geral executiva conduz à permissão da utilização de outros meios executórios presentes no ordenamento, diferentes daqueles expressamente previstos e vinculados na codificação processual para uma determinada espécie de procedimento executivo ou obrigação. E, mais além, possibilita a utilização de meios executórios que não estejam categoricamente delineados e consagrados no ordenamento.

A presença de uma cláusula geral executiva, logo, deve ser recepcionada com base no direito que o exequente possui de ter aplicado ao seu caso o meio executório mais apto à obtenção do resultado pretendido, o que tem espeque no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva¹⁶⁴ ou, precisamente, no direito fundamental à tutela executiva¹⁶⁵. E essa recepção não pode, entre outros motivos, causar estranheza porque, há muito, existe cláusula geral executiva destinada a resguardar direitos do executado de forma não casuística, a saber, a cláusula geral que prevê a menor onerosidade no meio executório a ser aplicado, prevista no artigo 620 do CPC/1973¹⁶⁶ e no artigo 805 do CPC/2015.

Aliás, quanto à presença de cláusulas gerais que objetivam a efetivação das decisões judiciais, é importante, ainda que de forma breve, rememorar que, para Marc Donnier e Jean-Baptiste Donnier¹⁶⁷,

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER Jr. Fredie (Coord.). *Execução civil* – Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado, p.231.

¹⁶⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 100-101.

¹⁶⁶ Ao comentar o artigo 620 do CPC/1973, Fredie Didier Jr. o classificava também como cláusula geral: “O art. 620 do CPC é uma cláusula geral, que serve para impedir o abuso do direito pelo exequente: em vez de enumerar situações em que a opção mais gravosa revelar-se-ia injusta, o legislador valeu-se, corretamente, de uma cláusula geral para reputar abusivo qualquer comportamento do credor que pretender valer-se de meio executivo mais oneroso do que outro igualmente idôneo à satisfação do seu crédito.” (Contribuição para o entendimento da norma do art. 620 do CPC (cláusula geral de proteção contra o abuso do direito pelo exequente). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 173, p. 373-376, 2009. p. 375).

¹⁶⁷ “Astreintes est une création de la jurisprudence de la seconde moitié du XIX siècle qui s’est appuyée sur des considérations d’ordre pratique. Son fondement juridique a été trouvé dans l’article 1036 originaire du Code de procédure civile de 1806 concernant les pouvoirs d’injonction du juge et, pendant une longue période, elle est restée une pratique relevant seulement de l’imperium judiciaire.” DONNIER, Marc; DONNIER, Jean-

na origem jurisprudencial da aplicação das astreintes, sua base normativa encontrava-se no artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 1806¹⁶⁸. Referida norma, localizada nas *Dispositions générales* da mencionada codificação, dispunha sobre os poderes de injunção do juiz, configurando uma prática do *imperium* judicial. Claramente, o dispositivo citado possui feições de cláusula geral e foi utilizado como base interpretativa para utilização de coerção em obrigações de fazer infungíveis, já na França do século XIX.

Sem desatentar a presença de outras cláusulas gerais processuais no CPC/2015¹⁶⁹, é importante – tendo em vista a delimitação proposta no plano desta seção do trabalho – examinar o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, com o escopo de nele identificar características e feições de cláusula geral processual.

A redação do dispositivo em comento, ao dispor que o juiz poderá praticar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessária para assegurar o cumprimento de ordem judicial”, confere límpida conotação de vagueza¹⁷⁰ à norma, sem a predeterminação dos efeitos jurídicos que serão gerados. Existe, em seu âmago, uma indeterminação legislativa acarretando ampla extensão no campo semântico.

Essa “indefinição é própria a uma regra aberta à concretização judicial, que também pode ser pensada, na perspectiva do poder de escolha do meio executivo conferido ao juiz, como uma cláusula geral

Baptiste. *Voies d'exécution et procédures de distribution*. 9. ed. Paris: LexisNexis, 2017. p. 143. Tradução livre: “Astreinte é uma criação da jurisprudência da segunda metade do século XIX, baseada em considerações de ordem prática. Sua base legal encontrava-se no artigo 1036 do Código de Processo Civil de 1806 relativo aos poderes de injunção de um juiz, e por muito tempo permaneceu somente como uma prática do *imperium* judicial.”

¹⁶⁸ “1036. Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements.” Tradução livre: “Os tribunais, de acordo com a gravidade das circunstâncias, nos casos anteriores, pronunciam, mesmo *ex officio*, injunções, suprimem os escritos, declaram-nos caluniosos e ordenam a impressão e a exibição de seus julgamentos.”

¹⁶⁹ Entre outros, podem-se citar os artigos: 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 190, 297 e 536, todos do CPC/2015.

¹⁷⁰ No mesmo sentido: “São exatamente os termos do art. 139, “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias”, que necessitam que o intérprete atribua conteúdo normativo, que impõem rigor da aplicação a partir das circunstâncias fáticas do caso concreto e da integridade do ordenamento jurídico.” ZANETI JR., Hermes. O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento e a partir do caso concreto. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 875-876.

executiva”¹⁷¹. Isso se opera em flagrante oposição às demais cláusulas executivas previstas para as obrigações de pagar, que foram forjadas pelo tradicional método casuístico como, por exemplo, as normas atinentes à sub-rogação por expropriação. Não obstante, subjaz a ela um princípio: o princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

Dessa assertiva, com clareza, emerge o entendimento de que o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 se enquadra nas definições de cláusula geral processual.

Quanto à estruturação, a cláusula geral ora analisada goza de natureza extensiva porque ao autorizar a aplicação das medidas de efetivação acaba por ampliar a regulamentação na seara dos meios executórios, permitindo a aplicação de meios, ainda que de forma subsidiária, que não estejam previstos especificadamente para aquele determinado procedimento executivo. E a norma vai além, ao afirmar – destacadamente, na parte final da redação – que as medidas coercitivas atípicas valerão “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. É inegável que o artigo em comento amplia o campo de atuação dos meios executórios atípicos, com evidentes contornos de cláusula geral extensiva.

No campo das funções das cláusulas gerais, o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 parece enquadrar-se nas três principais ao (i) possibilitar a criação de norma com alcance geral pelo juiz diante de um caso concreto, (ii) assegurar a flexibilidade externa do sistema jurídico, tornando-o apto a responder a novos fatos e a novas demandas, e (iii) propiciar verdadeira integração do sistema, notadamente doutrina e jurisprudência.

Por fim, resta consignar que a aplicação da cláusula geral processual no campo executivo, como mencionado, deve ocorrer sem se desprender dos limites impostos à aplicação de uma cláusula aberta, em especial: (a) a verificação da existência e a consideração de norma específica regulamentando o meio executório aplicável prioritariamente a cada procedimento executivo; (b) a imprescindibilidade de substancial fundamentação, em especial quanto à justificativa para o emprego do meio executório escolhido; (c) a necessidade de cotejo entre as consequências da aplicação da medida e as peculiaridades do caso concreto, por meio da regra da proporcionalidade.

Assim sendo, pode-se inferir que o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 possui natureza jurídica de cláusula geral executiva e, logo,

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER Jr. Fredie (Coord.). *Execução civil*, p. 231.

deverá ser aplicado nas execuções de obrigações de pagar¹⁷², desde que preenchidos determinados parâmetros mínimos.¹⁷³

2.2.3 A relação entre cláusula geral executiva do artigo 461 do CPC/1973 e cláusula geral executiva do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015

Nesta seção, a análise recai sobre a afinidade entre o artigo 461 do CPC/1973 e o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 e, principalmente, como esta relação pode atrapalhar a compreensão da aplicação da cláusula geral executiva do CPC/2015 nas execuções de obrigações de pagar.

É oportuno lembrar o contexto de inserção da cláusula geral de efetivação de decisões em ações de obrigações de fazer ou de não fazer no Código de Processo Civil de 1973, por meio da nova redação do artigo 461, alterada pela Lei n. 8.952/1994. O ineditismo desta previsão no CPC/1973 residia, inclusive, no uso da expressão “efetivação”¹⁷⁴ com tal conotação.

O sobredito artigo 461 do CPC/1973, avalia-se, além de ter influenciado na redação do seu equivalente no CPC/2015 (artigo 536), foi o embrião da cláusula geral executiva do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015¹⁷⁵. E, se no CPC/1973 a localização topográfica deste embrião talvez não fosse a mais apropriada¹⁷⁶, no CPC/2015 o seu fruto

¹⁷² É pertinente a observação de Hermes Zanetti Jr.: “Quanto ao artigo 139, IV, como se trata de texto normativo redigido como cláusula geral, composta por conceitos jurídicos indeterminados, com critérios abertos, a dificuldade doutrinária e dos tribunais consistirá em densificar esses critérios de forma racional, mediante construções dogmáticas e através de precedentes sólidos que permitam a universalização das exceções ao procedimento de expropriação, especialmente no que diz respeito a execução para pagamento por quantia certa decorrente de título executivo extrajudicial.” (O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento e a partir do caso concreto. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 875).

¹⁷³ A investigação e a indicação desses parâmetros mínimos são objetos de estudo do quinto e sexto capítulos.

¹⁷⁴ Como demonstrado no primeiro capítulo, a expressão “efetivação” já estava presente no CPC/1939 e na redação original do CPC/1973, contudo, exprimia sentido diverso do aqui abordado, porquanto destinada precipuamente as medidas cautelares.

¹⁷⁵ Esse fato foi comprovado, entre outros, pela redação do relatório final da comissão especial da Câmara dos Deputados acerca da versão original do Projeto de Lei aprovado no Senado Federal, conforme analisado na seção 1.5.2.

¹⁷⁶ A crítica é de Fredie Didier Jr., ao comparar a localização topográfica das cláusulas gerais do CPC/1973 com as previstas no Código de Processo Civil português: “A

encontra-se corretamente inserido na Parte Geral, como já foi abordado no primeiro capítulo.

Dessa relação umbilical existente entre os artigos 461 do CPC/1973 e 139, inciso IV, do CPC/2015 exsurge alguma dificuldade na compreensão de que este último dispositivo seria, realmente, uma cláusula geral executiva também aplicável nas obrigações de pagar. Isso porque – além do fato de a redação do artigo 461 do CPC/1973 dispor de forma expressa apenas acerca das obrigações de fazer ou de não fazer – a concepção deste dispositivo foi arquitetada mirando muito mais a celeridade na efetivação de decisões liminares em sede de tutela antecipada destas obrigações no processo de conhecimento, do que propriamente em provimentos finais em sede de execução de sentença.¹⁷⁷

Cândido Rangel Dinamarco, exatamente nesse sentido, afirmava que o *caput* do artigo 461 “foi redigido com vista ao processo de conhecimento, tanto que dita regras para o conteúdo da sentença que julgar procedente o pedido”¹⁷⁸.

flexibilidade/abertura do direito processual civil português revela-se muito claramente. A topografia das previsões legislativas portuguesas é emblemática. As cláusulas gerais no Código de Processo Civil português aparecem no início da codificação, como que compondo o prólogo indispensável à compreensão do direito processual português. No Código de Processo Civil brasileiro, as cláusulas gerais mostram-se dispersas, sem qualquer ligação sistemática, produtos de inúmeras reformas legislativas que desestruturaram o sistema organizado por Alfredo Buzaid para o direito processual civil brasileiro, sem preparar um outro para substituí-lo.” (Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 187, p. 69-83, 2010. p. 82).

¹⁷⁷ A sucinta exposição de motivos da Lei n. 8.952/1994, ao se referir sobre os artigos 273 e 461, não faz uma única menção a sentença ou a execução da sentença, conferindo toda a ênfase na possibilidade de antecipação e de obtenção da tutela específica. Veja-se o trecho que aborda os artigos em comento: “[...] h) a introdução do instituto da antecipação da tutela, cercado das necessárias cautelas (art. 273), na linha do que se adotou na Lei n. 8.245/91; i) a sistemática para tornar mais eficaz o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, determinando ao juiz a observância da tutela específica e de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, com possibilidade de liminar fundamentada e de imposição de multa ao réu (art. 461)[...]” BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.803 de 1993 - Mensagem n. 255/93*; Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216085>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

¹⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.154.

O sincretismo que se operou, à época dessa reforma parcial, entre cognição e execução – que ineditamente¹⁷⁹ possibilitava a obtenção antecipada do provimento final por meio da então nova redação dos artigos 273 e 461, §3º, do CPC/1973 –, cumulado com a demanda reprimida por celeridade e efetividade na prestação jurisdicional de primeiro grau, fez com que a doutrina¹⁸⁰ e, sobretudo, a praxe forense conferissem ênfase ao artigo 461 como forma de obter o resultado prático de uma decisão liminar em sede de tutela antecipada de obrigações de fazer ou de não fazer. E como em boa parte das vezes a efetivação exitosa da tutela antecipada dessas obrigações esvaziava o conteúdo da ação proposta, ao menos no tocante a este pedido, pode-se dizer que não “sobrava” obrigação inadimplida para ser “executada” após a efetivação da liminar, seja por execução de sentença, seja por cumprimento da sentença, antes e depois da Lei n. 11.232/2005, respectivamente.

Ada Pellegrini Grinover¹⁸¹, ao analisar a reforma de 1994, em artigo publicado em meados de 1995, investigava a eventual quebra de harmonia no ordenamento processual decorrente de potencial incongruência entre o recém-modificado, à época, artigo 461 e os artigos 632 a 638 e 644 a 645 do CPC/1973.¹⁸²

Nessa investigação, a autora alcança conclusão semelhante, questionando inclusive o porquê da manutenção da vinculação das

¹⁷⁹ Ressalvadas as chamadas cautelares satisfativas, já existentes na redação original do CPC/1973, que acabavam por antecipar a satisfação, ainda que em sede de processo cautelar.

¹⁸⁰ Em sede doutrinária, isso pode ser visto, por exemplo, em artigos sobre o tema de autoria de Ada Pellegrini Grinover, datado de 1995, de Kazuo Watanabe, do ano de 1996, e de José Manoel de Arruda Alvim Netto, do ano 2000: GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 79, p. 65-76, 1995; ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 99, p. 27-39, 2000; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 461, CPC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 19, p. 77-101, 1996.

¹⁸¹ Transcreve-se: “Tudo que acima se disse (ns. 5 e 6) poderia encontrar embaraço na disciplina dos arts. 632 *usque* 638 e 644-645 CPC, que prevê um processo de execução *ex intervallo* para as obrigações de fazer ou não fazer. Com efeito, se o regime do art. 461 CPC é pré-ordenado a evitar, na maioria das vezes, o processo de execução, como também afirma Dinamarco, como explicar a permanência, no código, dos mencionados dispositivos?” GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 79, p. 65-76, 1995. p. 73.

¹⁸² Todos estes últimos dispositivos dispunham sobre a execução de sentença ou de título executivo extrajudicial de obrigações de fazer ou de não fazer, pois ambas ocorriam da mesma forma até a edição da Lei n. 11.232/2005.

execuções de obrigações de fazer ou de não fazer lastreadas em sentença aos artigos retrocitados, se a consecução da tutela será obtida já na fase de conhecimento com a aplicação do artigo 461 do CPC/1973.

Em sentido semelhante, José Manoel de Arruda Alvim Netto¹⁸³, também discorrendo sobre a reforma de 1994, revelava que as normas atinentes à execução das sentenças de obrigações de fazer ou de não fazer teriam sido relegadas a segundo plano, ante a aplicação do artigo 461 do CPC/1973. A ideia subjacente consistia na obtenção da tutela específica por meio do dito artigo 461, o que aconteceria ainda na fase de conhecimento.

Na prática, o manejo da cláusula geral “executiva” do artigo 461 do CPC/1973 era vista muito mais no bojo da fase cognitiva do processo de conhecimento do que na tradicional etapa executiva da função jurisdicional. Por consequência, a sua aplicação era associada pelos operadores jurídicos, no sentido temporal, ao início da fase postulatória da ação de conhecimento – quando o juiz apreciava e, se fosse o caso, deferia e tentava efetivar o pedido liminar – e não ao tempo e ao local da execução da sentença.

Esse entendimento chega a ser um paradoxo porquanto a efetivação prática de uma decisão liminar antecipatória nada mais é do que execução, só que na forma de um ato executivo e não de um processo ou de uma fase, como comumente se associa à execução civil. Aliás, o próprio CPC/1973, no artigo 273, §3º, e o CPC/2015, no artigo 519, ao dispor sobre a aplicabilidade das regras do cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, à efetivação da tutela antecipada, deixam claro que tal operação consiste em execução.

Nesse ponto, a expressão “efetivação” utilizada pelo artigo 461 do CPC/1973 talvez tenha – em que pese a sua clareza e correção – gerado como efeito colateral a não associação da prática das medidas nele previstas em sede de execução ou de cumprimento de sentença. A “efetivação” do comando judicial era percebida na fase cognitiva e não na fase de “execução”.

Essa associação entre “efetivação” e liminares antecipatórias é digna de nota, entre outros motivos, porque nas obrigações pecuniárias –

¹⁸³ Afirmava o autor: “É claro que, conquanto não se possa dizer hajam sido revogadas as disposições referentes às obrigações de fazer e de não fazer, situadas no segmento do processo de execução, não é menos certo que, aplicado que haja sido o art. 461 do CPC, esses textos do processo de execução não se aplicarão.” ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 99, p. 27-39, 2000. p. 33.

em razão da impossibilidade, como regra, de concessão de tutelas antecipatórias irreversíveis, conforme dicção do artigo 300, §3º, do CPC/2015 e do artigo 273, §2º, do CPC/1973 – os atos executivos visando à satisfação do crédito inadimplido são praticados comumente na fase executiva propriamente dita (cumprimento da sentença), que consistem no local e no tempo em que os operadores jurídicos, em geral, não estavam acostumados a ver a aplicação da cláusula geral executiva.

Desde a reforma de 1994 existe cláusula geral executiva de efetivação na codificação processual civil brasileira. Contudo, a compreensão de sua utilização direta na fase executiva era ofuscada pelo seu largo emprego na fase de conhecimento, por meio das liminares antecipatórias em obrigações de fazer ou de não fazer.

Quando se fala em aplicação da cláusula geral executiva em obrigações de pagar com base no artigo 139, inciso IV do CPC/2015, em regra, refere-se a sua utilização no campo dos procedimentos executivos (cumprimento da sentença ou processo de execução) e isso não é algo comum no cotidiano forense do operador jurídico, acostumado que estava com a lógica do artigo 461 do CPC/1973.

Em razão do exposto – aliado, como referido antes, ao enraizamento da ideia do dogma de que a execução de obrigações de pagar faz-se apenas no modo clássico de expropriação e ao fato de que o artigo 461 do CPC/1973 mencionava apenas obrigações de fazer e de não fazer –, pode-se dizer que há certa resistência na compreensão da possibilidade de existir uma cláusula geral executiva (artigo 139, inciso IV, do CPC/2015) que se aplique, também, às obrigações de pagar e no bojo de um cumprimento da sentença ou de uma execução por quantia certa.

3 A EVOLUÇÃO DAS COERÇÕES NA FUNÇÃO EXECUTIVA DA JURISDIÇÃO

Os capítulos anteriores debruçaram-se sobre o tema da atipicidade. O estudo foi necessário a fim de compreender a possibilidade de aplicação de meios executórios não previstos expressamente em lei e a forma como a questão foi positivada no CPC/2015, notadamente quanto às obrigações pecuniárias. A partir deste ponto, o esforço de pesquisa convergirá para a perquirição específica das coerções, tema objeto deste e do próximo capítulo.

A execução por coerção, ou indireta, sequer era considerada pela doutrina, de forma majoritária até meados do século passado, como atividade da função executiva da jurisdição.¹⁸⁴

Apesar de se reconhecer a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas e de alocá-las em campo jurisdicional próximo à execução¹⁸⁵, o consenso, à época, firmou-se na linha de que a coerção escapava ao conceito de execução forçada – porquanto nesta modalidade seria imprescindível a imposição da satisfação da obrigação contra a vontade do devedor – e, conseqüentemente, à própria definição de execução. Esta questão, por si só, demonstra certo desprezo, na evolução normativa e temporal da sistemática executiva, pela execução por coerção como forma de satisfação da pretensão, o que se fez em detrimento a uma exacerbada valorização da execução por sub-rogação.

O progresso no estudo da ciência processual superou esse entendimento, consagrando a aplicação dos meios coercitivos para as obrigações de fazer, de não fazer e de entregar e afastando o dogma da incoercibilidade da vontade do devedor. As coerções deixaram de ser relegadas a segundo plano, passando a assumir papel importante, quicá de protagonista, na função executiva da jurisdição. Tudo isso abriu caminho para a ideia de coagir tipicamente, ao menos em um primeiro momento, também nas execuções pecuniárias.

Apresentada essa primeira moldura do tema, o objetivo deste capítulo consiste em verificar a forma pela qual se operou a evolução do uso das coerções na execução civil, pois este progresso, de certa forma,

¹⁸⁴ Entre tantos autores, pode-se destacar Salvatore Satta, pela singeleza da passagem em que exprime isso: “[...] a tutela das obrigações de fazer ocorre em princípio – e só pode ocorrer – fora da execução”. No original: “[...] la tutela delle obbligazioni di fare avviene per principio – e non può che avvenire – fuori dell’esecuzione” (*L’esecuzione forzata*, p.247).

¹⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 290-291.

legítima a sua utilização, de forma atípica, nas execuções de obrigações de pagar. Para tanto, será necessário decompor o capítulo em três seções. A primeira objetiva enfrentar alguns óbices históricos ao manejo das coerções na atividade executiva. A segunda se dedica a uma breve análise das coerções em três ordenamentos estrangeiros. A tarefa da terceira seção será perquirir a evolução das coerções no Brasil, até a inclusão da medida coercitiva típica para execuções pecuniárias, consubstanciada na multa de 10% (dez) por cento no cumprimento da sentença, no âmbito do CPC/1973.

3.1 ANÁLISE DE ALGUNS ÓBICES HISTÓRICOS À COERÇÃO NA FUNÇÃO EXECUTIVA DA JURISDIÇÃO

A presente seção dedicar-se-á ao enfrentamento de alguns óbices históricos à concretização das coerções como atividade executiva do Estado. De certa forma, como será examinado, a consagração da execução indireta na jurisdição, ao fim e ao cabo, contribuiu para o atendimento do direito fundamental à prestação jurisdicional.

Almejando o atingimento desse escopo, em um primeiro momento, serão traçadas breves considerações sobre o enquadramento da execução por coerção no conceito de execução forçada. Ato contínuo, passa-se à análise da origem da incoercibilidade da vontade do devedor no brocardo latino *nemo praecise cogi potest ad factum* e a conversão em perdas e danos no inadimplemento das obrigações específicas. Ao final, a investigação será focada na consagração da incoercibilidade da vontade do devedor nas obrigações infungíveis pelo artigo 1142 Código Civil de Napoleão e a distinção entre infungibilidade jurídica e infungibilidade material das obrigações de prestar declaração de vontade.

3.1.1 Breves considerações sobre o enquadramento da execução por coerção no conceito de execução forçada

No primeiro capítulo deste trabalho, na abordagem dos institutos básicos da execução civil, tratou-se de estabelecer as diferenças entre a execução direta e indireta, com ênfase, sobretudo, nos diversos meios executórios que compõem cada uma destas espécies de execução. Para tanto, partiu-se da premissa que estas duas categorias de execução fazem parte do campo conceitual da execução, ou seja, execução direta (por sub-rogação) e execução indireta (por coerção) são espécies do gênero execução.

A ideia de que a execução por coerção consiste em atividade executiva da jurisdição – no sentido de execução forçada –, no entanto, ao longo da evolução da ciência processual, encontrou forte resistência na doutrina. É bem verdade que Giuseppe Chiovenda, apesar de claramente afirmar que a coerção escapava ao conceito de execução¹⁸⁶, ao menos reconhecia que as medidas coercitivas poderiam ser consideradas meios executórios¹⁸⁷⁻¹⁸⁸.

Doutrinadores posteriores, contudo, foram menos brandos com tal questão, retirando expressamente a coerção do conceito de execução. Francesco Carnelutti, por exemplo – um dos primeiros autores italianos a defender essa exclusão da coerção do campo da execução¹⁸⁹ –, fez a seguinte advertência: “Quem estiver considerando a adoção das medidas coercitivas *sub specie* da execução, fizer a diferença da execução direta e da indireta, cometerá, na minha opinião, um erro de teoria geral”. Leciona o autor italiano que as medidas coercitivas são consideradas medidas jurídicas e a execução não pode ser entendida como uma dessas medidas, mas, tão somente, a sua respectiva efetivação.¹⁹⁰

Para Enrico Tullio Liebman, ainda que essas medidas de execução indireta possuam caráter coativo, dependem da colaboração do devedor para o cumprimento da obrigação inadimplida e, assim: “Faltam-lhes [...] os caracteres próprios da execução estritamente entendida.”¹⁹¹.

¹⁸⁶ Afirmava o autor: “Antes de mais, dos atos que, para executar a vontade da lei, realiza o próprio obrigado, isto é, o devedor duma prestação. Esta não é execução *forçada*, mas espontânea, ainda quando, de fato, for determinada pelas sanções legais, pois não se pode destacar esse possível motivo da execução dos outros motivos igualmente possíveis (como o respeito à lei, o interesse e outros). Não é, ademais, execução processual, porque se consuma fora de qualquer interferência dos órgãos jurisdicionais.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 364-347.

¹⁸⁷ Ao explicar os meios executivos, o autor também lecionava que: “Por meios executivos se entendem as medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem a que tem direito. Esses meios executivos podem dividir-se em meios de coação e de sub-rogação. A) Meios de coação. Dizem-se meios de coação os que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com participação do obrigado, pois se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve.” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 364-347.

¹⁸⁸ Marcelo Lima Guerra também ressalva este posicionamento de Chiovenda: GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 30.

¹⁸⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 30.

¹⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 290.

¹⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 6.

Em sentido semelhante, Gian Antonio Micheli defendia a exclusão das medidas coercitivas do campo semântico da expressão execução forçada. Estas medidas, ao passo que pressionam psicologicamente o devedor a cumprir de forma espontânea a obrigação, devem ser colocadas em plano diferente daqueles da sanção repressiva (sanção penal) e da sanção satisfativa (sanção executiva)¹⁹². Na mesma linha, Salvatore Satta afirmava que a coerção era medida que acontecia fora da relação processual.¹⁹³

Na doutrina brasileira, José Carlos Barbosa Moreira asseverava que: “O emprego desses meios de coerção não constitui atividade propriamente executiva.”. A execução forçada, lecionava o autor, tem como característica precípua satisfazer as obrigações independentemente da colaboração do devedor e, pelo contrário, nas medidas coercitivas “o que se procura é influenciá-lo psicologicamente para cumpra a obrigação.”^{194_195}

Do entendimento exposto por abalizadas opiniões doutrinárias, como as citadas linhas atrás, conclui-se que apenas a *execução forçada* era considerada atividade executiva, ou seja, aquela que independe da colaboração ou participação do devedor para a satisfação das obrigações. Esse posicionamento, até certo ponto, justificava-se tão somente pela própria etimologia da palavra *forçada* (no sentido de ir contra a vontade) e, então, não deve ser considerado como equivocado para a época.

A evolução da ciência processual, contudo, presenciou, e ainda presencia, uma fase de evolutiva e gradual valorização da coerção como forma de satisfazer as obrigações inadimplidas em execuções. Ao contrário de outros tempos, os ordenamentos jurídicos hodiernos incorporaram, no sentido normativo – e o Brasil é um exemplo disso –, as coerções como forma executiva autêntica, conferindo-lhes grande destaque e aplicabilidade.

É certo que a vocação exclusivamente sub-rogatória e patrimonial da execução, forjada há muito no Estado liberal, mostrou-se insuficiente para a resolução de conflitos baseados em novos direitos, sobretudo, deixando de atender as mais modernas interpretações acerca do direito

¹⁹² MICHELI, Gian Antonio. *Proceso de ejecucion*, p.129.

¹⁹³ SATTÀ, Salvatore. *L'esecuzione forzata*, p. 247

¹⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*, p. 218.

¹⁹⁵ Em linha semelhante, também no direito brasileiro e já discorrendo sob a égide do CPC/2015: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3. p. 216.

fundamental à tutela jurisdicional tempestiva e efetiva¹⁹⁶. Portanto, atualmente, reduzir o campo conceitual da execução forçada às medidas sub-rogatórias parece ir de encontro àquilo que se tem evidenciado como tendência normativa moderna.

O fato de a técnica de coerção implicar diferente atuação do Estado – o qual apenas coage o executado a cumprir a satisfação – não retira o seu caráter executivo, porquanto consagra o objetivo final da execução: modificação no mundo real com a satisfação da obrigação inadimplida mediante o emprego de atos executivos contra o devedor. Ainda que a satisfação ocorra, pós-coação, por ato do próprio devedor, o desígnio da tutela executiva foi alcançado e, assim, seria “injusto” retirar a coerção do campo conceitual da execução; até mesmo porque não se imagina que o cumprimento da obrigação pelo devedor não tenha tido nenhuma relação com a coação sofrida.

O que se persegue com a atividade executiva é a modificação na realidade fática, mediante a satisfação da obrigação inadimplida, e isso é da essência do conceito de execução. Nessa linha, mostra-se correta a lição de Paulo Eduardo D’Arce Pinheiro ao firmar que o meio pelo qual ocorrerá esta alteração “não interfere na delimitação conceitual” da execução. Assim sendo, não existem motivos para “excluir a alteração da realidade sensível conduzida pelo próprio obrigado quando premido por medidas coercitivas” porquanto a diferença entre a “execução direta da denominada execução indireta localiza-se na forma de atuação da atividade executiva, e não propriamente na atividade executória”¹⁹⁷.

Convém salientar que a doutrina italiana, atualmente, também já incorpora na função executiva da jurisdição a ideia de execução indireta, o que pode ser visto, entre tantos outros, em autores como Andrea Proto Pisani¹⁹⁸, Michele Taruffo¹⁹⁹ e Crisanto Mandrioli²⁰⁰. O mesmo

¹⁹⁶ 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. 200, p. 125- 157, 2011. p. 144.

¹⁹⁷ PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. Poderes executórios atípicos no projeto do Código de Processo Civil. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Execução civil e temas afins - do CPC/1973 ao Novo CPC*. Estudos em Homenagem ao professor Araken de Assis, p. 805.

¹⁹⁸ PISANI, Andre Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 774-775.

¹⁹⁹ TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados. In: MITIDIERO, Daniel (Org.) *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 85-87.

²⁰⁰ MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1982. v. 3. p. 7-15.

entendimento vale na doutrina francesa, manifestado por autores como Marc Donnier e Jean-Baptiste Donnier.²⁰¹

Diante do exposto, neste estudo, adota-se a linha doutrinária que entende ser a execução indireta espécie que se enquadra no gênero execução forçada.²⁰²

3.1.2 A origem da incoercibilidade da vontade do devedor no brocardo latino *nemo praecise cogi potest ad factum* e a conversão em perdas e danos no inadimplemento de obrigações específicas

Como demonstrado na seção antecedente, a execução indireta, por muito tempo, não era sequer considerada atividade inclusa no conceito de execução. Esta ideia – defendida pela doutrina italiana do início do século passado –, por certo, sofreu grande influência do brocardo *nemo praecise cogi potest ad factum*, que anunciava não ser possível coagir o devedor a cumprir obrigações não pecuniárias inadimplidas.

Esse adágio – supostamente originado no direito romano –, muito mais que desconsiderar as coerções como espécie de execução forçada, firmava a tese da incoercibilidade da vontade do devedor nas obrigações específicas.

Com o transcorrer dos anos, a ciência processual evoluiu e sepultou, inclusive no sentido normativo, tal entendimento. No entanto, é inegável que esse brocardo influenciou a construção de boa parte dos ordenamentos jurídicos do século passado, dificultando, assim, a atual compreensão de ser possível a coerção atípica do devedor em obrigações de pagar, ora defendida neste trabalho. Ou seja, se durante um lapso temporal da história teria prevalecido a ideia de que não era possível coagir o devedor sequer em obrigações específicas; é crível entender que se vive, atualmente, uma época na qual – apesar de ser permitido coagir em obrigações não pecuniárias – não é admissível a possibilidade de coagir, ao menos atipicamente, em obrigações pecuniárias.

²⁰¹ DONNIER, Marc; DONNIER, Jean-Baptiste. *Voies d'exécution et procédures de distribution*, p. 139-141.

²⁰² No mesmo sentido: GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 34; MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 403 e MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, p. 791-792.

Justamente para afastar interpretações dessa natureza, o objetivo da abordagem apresentada nesta seção consiste em perquirir as origens do *nemo praecise cogi potest ad factum* e, de certa forma, desconstruir o seu caráter absoluto e abrangente.

A problemática teve sua origem na suposta vedação absoluta e irrestrita do Estado de compelir, pressionar ou coagir o devedor de uma obrigação de fazer a satisfazê-la de forma específica ou *in natura*²⁰³, cabendo, então, ao executado uma espécie de escolha entre o cumprimento da obrigação devida ou a sua conversão em perdas e danos, o que seria, esta última, uma solução tradicional.²⁰⁴

O berço dessa concepção seria o brocardo latino surgido no direito romano *nemo praecise cogi potest ad factum*²⁰⁵, pelo qual ninguém poderia ser coagido a realizar um fato porque isso não poderia ser feito sem a utilização de violência física contra tal devedor – prática que deveria ser repelida pelo ordenamento.²⁰⁶ Ou seja, o obrigado não

²⁰³ Adotam-se a classificação e a nomenclatura de Humberto Theodoro Junior: “Por isso, às vezes, os atos da execução forçada se limitam a realizar a prestação. Nesse sentido, pode-se falar em: a) execução própria, que visa resultados materiais satisfativos diretamente por obra dos agentes executivos estatais; e b) execução imprópria, cujos atos não compreendem a realização direta da satisfação do direito subjetivo do credor, mas apenas exercem coação para levar o devedor a adimplir. Na execução própria, outrossim, pode acontecer: a) a execução específica, mediante entrega do bem devido, *in natura*; e b) a execução sub-rogatória, quando se proporciona algo diverso ao credor, mas que equivalha, em sentido prático, à prestação devida, ou que, pelo menos, indenize a falta da prestação específica.” (Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 105, p. 9-33, 2002. p. 21).

²⁰⁴ Para Celso Agrícola Barbi: “Isso, tendo-se em vista o secular princípio do *nemo ad factum praecise cogi potest*, segundo o qual não se pode utilizar a força física para obrigar o réu ao cumprimento específico da obrigação que se recusa a adimplir. Assim, a solução tradicional para seu inadimplemento seria a conversão em perdas e danos.” (Efeitos da reforma do Código de Processo Civil na execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 105, p. 9-33, 2002. p. 37).

²⁰⁵ Pedro de Albuquerque explica a autoria do brocardo: “Caberia, porém, a Faber (1557-1624), conselheiro do Duque de Savoia, Presidente do Senado, crítico das interpolações tribunianas que avançou da ‘crítica conjuntural’ para a crítica decorrente da investigação do conteúdo dos textos, a formulação da máxima *nemo praecise cogi potest ad factum* tal como ela chegaria aos dias de hoje.” (O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o *princípio nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 9, p. 8981-9041, 2013. p. 8989. ISSN: 2182-7567. Disponível em:

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018).

²⁰⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 145, p. 125-149, 2007. p. 128.

poderia “ser compelido, contra a sua vontade, a adotar qualquer tipo de comportamento pessoal. Logo, ninguém poderia ser levado pela execução forçada a praticar prestações típicas das obrigações de fazer e não fazer”²⁰⁷ 208. Diante do descumprimento de uma obrigação específica, portanto, a única saída viável seria a conversão em perdas e danos.

A doutrina em geral, quando faz menção ao antigo dogma da incoercibilidade nas obrigações específicas, quase sempre indica como sua origem mais remota o brocardo em comento, surgido no direito romano.²⁰⁹ De fato, tal procedência parece ser correta. Entretanto, questão menos explorada consiste no suposto caráter absoluto desta impossibilidade de coagir e, assim, valem as críticas de alguns autores a respeito da construção e da abrangência deste adágio no período do direito romano.

De início, é importante lembrar que no direito romano – na fase anterior ao processo extraordinário – o magistrado era um particular não investido do poder de *imperium* e, por conseguinte, não poderia coagir

²⁰⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 105, p. 9-33, 2002. p. 9.

²⁰⁸ Ensina Celso Agrícola Barbi: “De fato, a idéia sempre foi de que, em razão do clássico princípio *nemo ad factum praecise cogi potest*, não se admitia a obtenção compulsória do ato de vontade em juízo, por ser ele personalíssimo.” (Efeitos da reforma do Código de Processo Civil na execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 105, p. 9-33, 2002. p. 40).

²⁰⁹ Pode-se ver isso, entre outros, em: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 151-168, 1986. p. 155; THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 105, p. 9-33, 2002. p. 10; DUARTE, Francisco Carlos. Medidas coercitivas civis e efetividade da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, p. 214-225, 1993. p. 217; RAGONE, Álvaro Pérez. ¿Nemo praecise cogit? - Reinterpretación desde la tutela ejecutiva efectiva de las obligaciones no dinerarias. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 1, p. 239-270, 2015. p. 246-247; SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 215-216. Em arremate, ao falar sobre esta impossibilidade de coerção, Pedro de Albuquerque afirma que: “A tese exposta é sempre, ou quase sempre, alicerçada no brocardo latino *nemo praecise cogi potest ad factum* supostamente tradutor e representativo de uma evidência secular ou pretensa natureza das coisas no sentido segundo o qual ninguém poderia ser coagido a praticar um facto a que se obrigou.” (O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 9, p. 8981-9041, 2013. p. 8982-8983. ISSN: 2182-7567. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018).

ou provocar a execução forçada *in natura* contra o devedor. Assim, todas as condenações oriundas desse juiz, desprovido de *imperium*, “cingiam-se a natureza pecuniária, porque eram as únicas possíveis”²¹⁰. A regra de que a condenação seria sempre pecuniária (*ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*), por certo, “encontra possível explicação na indulgente reação ao feroz e desumano processo anterior de execução pessoal”²¹¹.

Com a *extraordinaria cognitio*, a administração da justiça foi outorgada ao Estado, passando o pretor a gozar de certa força estatal. Assim, o pretor – atento as imperfeições do sistema exclusivo de condenações pecuniárias – passou a, paulatinamente, valer-se de meios indiretos de pressão, como: (a) o agravamento (no dobro, triplo ou quádruplo) do valor da condenação, induzindo ao cumprimento da obrigação específica; (b) a infâmia, pela qual o devedor era privado de vários direitos; (c) a aplicação oficiosa de uma multa, pois com o não cumprimento da obrigação, desrespeitava-se o juiz²¹².

Essa conduta do pretor em valer-se de meios de pressão, ainda no período do processo extraordinário, segundo João Calvão da Silva, ocasionou a seguinte consequência: “desapareceu a regra da condenação pecuniária e se afirmou a da condenação *ad ipsam rem*, culminando, assim, a lenta mas profunda evolução de princípio que se vinha a desenrolar pela acção pretória”²¹³. Então, inexistindo a lógica do *nemo praecise cogi potest ad factum*, poder-se-ia utilizar a força pública do Estado para fazer valer o cumprimento da obrigação *in natura*.

Contudo, essa possibilidade de coerção (pelo pretor) no direito romano, para Eduardo Vera-Cruz Pinto, foi analisada e interpretada pelos compiladores justinianeus de forma mais branda, os quais teriam optado, nos trabalhos de compilação, “por uma solução que não afasta mas secundariza a condenação *ad factum*”. O autor vai além, ao afirmar que “o adágio e a generalidade abstractiva das palavras que comporta não podem ser tomados em termos absolutos e desinseridos da circunstância histórica em que se encontrava o seu autor”²¹⁴.

²¹⁰ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Providência cautelar em pedido de condenação de uma prestação de facto: Consulta. *Lusiada. Direito*, Lisboa, Ed. da Universidade Lusíada, v. 2. p. 187-198, 2004. p. 190. ISSN: 2182-4118. Disponível em: <<https://www.revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/download/776/854>>. Acesso em: 10 jan. 2018

²¹¹ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 210.

²¹² SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 211.

²¹³ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 212.

²¹⁴ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Providência cautelar em pedido de condenação de uma prestação de facto: Consulta. *Lusiada. Direito*, Lisboa, Ed. da Universidade Lusíada, v. 2. p. 187-198, 2004. p. 190-192. ISSN: 2182-4118. Disponível em: <<https://www>

Em linha crítica semelhante, Pedro de Albuquerque afirma que: “Justiniano determinou, na verdade, que se deveria evitar na medida do possível a condenação *ad factum* e ordenava de preferência o pagamento de uma sanção pecuniária ou a entrega de uma coisa.”²¹⁵. Em arremate, o autor afirma que: “Glosando o texto de Justiniano, Bartolus retirará pela primeira vez as particularidades respetivas do *dare* e do *facere*.”²¹⁶. Essa diferenciação entre as obrigações de fazer (*facere*) e as de dar (*dare*), apresentada por Bartolus, teria inspirado “Antônio Favre no âmbito das funções executivas que desempenhava (presidente do ‘Senado’ da Sabóia) a formular este adágio: *Nemo praecise cogi potest ad factum*”²¹⁷.

De forma mais incisiva, João Calvão da Silva afirma que ambas as obrigações (*dare* e *facere*) estavam submetidas ao mesmo regime no direito romano e, assim, o surgimento do brocardo teria sido resultado de um erro dos glosadores. Esses glosadores teriam, na Idade Média – com base na premissa de que a execução *in natura* era fácil nas obrigações de *dare* e quase impossível nas obrigações de *facere* –, interpretado o texto de Celsus e atribuído o sentido de que obrigações de *dare* caberia a execução específica e nas obrigações de *facere* apenas a condenação pecuniária. Por isso, surgiria o brocardo em comento, todavia, ratifica o autor, essa distinção inexistia no direito romano.²¹⁸

revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/download/776/854>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²¹⁵ ALBUQUERQUE, Pedro de. O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o *princípio nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 9, p. 8981-9041. 2013. p. 8988. ISSN: 2182-7567. Disponível em:

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf.

Acesso em: 10 jan. 2018.

²¹⁶ ALBUQUERQUE, Pedro de. O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o *princípio nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 9, p. 8981-9041, 2013. p. 8988. ISSN: 2182-7567. Disponível em:

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf>.

Acesso em: 10 jan. 2018.

²¹⁷ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Providência cautelar em pedido de condenação de uma prestação de facto: Consulta. *Lusiada. Direito*, Lisboa, Ed. da Universidade Lusiana, v. 2. p.187-198, 2004. p. 190. ISSN: 2182-4118. Disponível em: <<https://www.revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/download/776/854>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²¹⁸ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 215-217.

Ainda em linha crítica quanto à existência da regra à época do direito romano, Álvaro Pérez Ragone assevera que o princípio da prevalência da condenação pecuniária (conversão em perdas e danos), em sua versão clássica, aparece nas Instituições de Gaio (século II) e que, justamente no sentido expressado por Gaio, é possível ler e interpretar o princípio estabelecido por Celso no Digesto. E nessa linha segundo o autor, pode-se argumentar que nem mesmo o texto do Digesto contém evidências de que o único princípio era o da punição pecuniária, embora fosse o prevalecente²¹⁹. Ainda, na avaliação do mencionado autor, em que pese a prevalência da condenação pecuniária (conversão em perdas e danos das obrigações específicas) nesse período do direito romano, não se pode afirmar que tal condenação seria a única possível e, assim, seria descabido concluir que inexistiria uma condenação à reparação *in natura*.²²⁰

No século XVIII, Robert Joseph Pothier, com base na doutrina de Vinnicius, também analisou a questão. O autor, considerando que a regra do *nemo praecise cogi potest ad factum* se limitava às obrigações *mera facta*, acabou trazendo à tona a ideia de fungibilidade da prestação de fato e, por conseguinte, a conversão em perdas e danos somente diante de obrigações infungíveis.²²¹ Sidney Sanches informa que Pothier, ao estudar a promessa de venda, “passou a sustentar que a regra clássica (*nemo potest...*) só seria observável nas obrigações de fatos exteriores e corporais, como, por exemplo, a de copiar cadernos (sic)”²²².

De fato, Pothier, ainda que indiretamente, ao diferenciar as obrigações de fazer infungíveis das demais, ratifica a presença do adágio do *nemo praecise cogi potest ad factum* somente para aquelas. Em caso

²¹⁹ RAGONE, Álvaro Pérez. ¿Nemo praecisi coegit? - Reinterpretación desde la tutela ejecutiva efectiva de las obligaciones no dinerarias. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 1, p. 239-270, 2015. p. 246-247.

²²⁰ RAGONE, Álvaro Pérez. ¿Nemo praecisi coegit? - Reinterpretación desde la tutela ejecutiva efectiva de las obligaciones no dinerarias. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 1, p. 239-270, 2015. p. 246-247.

²²¹ ALBUQUERQUE, Pedro de. O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o *princípio nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 9, p. 8981-9041. 2013. p. 8991-8992. ISSN: 2182-7567. Disponível em:

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf>.

Acesso em: 10 jan. 2018.

²²² SANCHES, Sydney. *Execução específica: das obrigações de contratar e de prestar declaração de vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 5.

de inadimplemento deste tipo de obrigação de fazer, a conversão em perdas e danos seria a única saída viável.²²³

No tocante às obrigações de dar coisa certa, o retrocitado autor entende ser permitido ao credor que “se apodere da mencionada coisa e tome posse dela, e nesse caso, não basta que o devedor ofereça o pagamento por perdas e danos que resultem do não cumprimento de sua obrigação”.²²⁴ Quanto às obrigações de não fazer ou de fazer fungível, assevera que existia a possibilidade de obrigar o devedor a cumpri-la(s) e não ocorrendo o respectivo adimplemento, estaria aberta a via subrogatória, pela qual o próprio credor poderia promover resultado almejado com o cumprimento da obrigação.²²⁵

O relato de Luigi Ferrara é que Vinnicius admitia a possibilidade de execução forçada em espécie para aquelas obrigações que não pressupunham um fato estrito, pessoal do devedor, pois somente nessas situações seria necessária a violência física contra o devedor, o que deveria ser repellido. Assim, seria admissível a coerção para cumprimento nas obrigações de entrega e nas de fazeres fungíveis.²²⁶ A interpretação de que ocorreria sempre a conversão em perdas e danos, diante de quaisquer tipos de obrigações específicas, contrariaria as lições de Pothier sobre as obrigações.²²⁷

Outro ponto que merece investigação consiste em saber qual o objetivo dos glosadores, no processo de interpretação do texto de Celsus, em afirmar a existência de uma pretensa regra no direito romano que impediria a coação para o cumprimento das obrigações de fazer. Ao

²²³ De acordo com o autor: “Quando alguém se obriga a fazer alguma coisa, esta obrigação não dá ao credor o direito de obrigar o devedor a fazer exatamente aquilo a que se obrigou a fazer, mas apenas o de fazê-lo condenar ao pagamento de perdas e danos, no caso em que não satisfaça sua obrigação. Nesta obrigação de perdas e danos é que são resolvidas todas as obrigações de fazer alguma coisa, pois *nemo potest proecise cogi ad factum*.” POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dais Ferreira. Campinas: Servanda, 2001. p. 138.

²²⁴ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*, p. 138.

²²⁵ Exemplifica o autor: “Se aquilo a que ele havia se obrigado a não fazer, e o fez em prejuízo de sua obrigação, é alguma coisa que possa ser destruída, o credor pode também proceder contra seu devedor até a destruição. Por exemplo, se meu vizinho se obrigou para comigo a não fechar uma estrada, a fim de deixar-me a passagem livre, e em prejuízo desta obrigação a fechou com uma barreira ou um fosso, posso ordenar-lhe ou obrigá-lo a que abra a barreira ou a que tape o fosso; caso não o faça, dentro de um certo prazo, estarei autorizado a fazê-lo à sua custa.” POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*, p.138.

²²⁶ FERRARA, Luigi. *L'esecuzione processuale indireta*. Napoli: N. Jovene, 1915. p.168-169.

²²⁷ FERRARA, Luigi. *L'esecuzione processuale indireta*, p. 172.

que parece, a preocupação, tão somente, cingia-se a evitar a violência física do obrigado²²⁸ e não conduzir todo o inadimplemento de obrigações de fazer em condenação pecuniária. Então, não se pode afirmar que existia, de fato, uma regra posta no direito romano que impossibilitasse o juiz de impor qualquer tipo de coação ao devedor de qualquer modalidade de obrigação.²²⁹

Na interpretação de Álvaro Pérez Ragone, os juristas do direito medieval encontravam no *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano substrato suficiente para concluir que seria possível, por meio de coerção, perseguir a prestação da obrigação específica. A polêmica enfrentada à época, segundo o autor, consistia somente na identificação dos casos que admitiam essa a coação.²³⁰

Portanto, pode-se concluir que existem refutações quanto ao fato de o brocardo latino *nemo praecise cogi potest ad factum* ter sido um princípio ou regra expressamente posto no direito romano, algumas das quais imputam seu surgimento a interpretações distorcidas ou erradas promovidas pelos glosadores.

²²⁸ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 219. No mesmo sentido: PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Providência cautelar em pedido de condenação de uma prestação de facto: Consulta. *Lusiada. Direito*, Lisboa, Ed. da Universidade Lusíada, v. 2. p. 187-198, 2004. p. 190-191. ISSN: 2182-4118. Disponível em: <<https://www.revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/download/776/854>>.

Acesso em: 10 jan. 2018.

²²⁹ De forma incisiva, Eduardo Vera-Cruz Pinto afirma que: “Nunca existiu regra ou princípio, na História do Direito, de que ‘ninguém pode ser obrigado a prestar o seu facto’. Admitiu-se, antes, uma excepção à regra da condenação no cumprimento da prestação de facto, quando se tratasse de facto que, executado coactivamente, implicava uma violência exercida sobre a pessoa física do obrigado. [...] É, por isso, que o adágio *Nemo praecise cogi potest ad factum* vê o seu entendimento e âmbito de invocação reduzido aos casos em que a execução do facto prometido envolve uma ação que ameaça a pessoa do obrigado nos seus direitos de personalidade, ou, no limite, põe em causa a paz pública e as finalidades do Direito. Só aí é que, utilizando critérios de oportunidade e necessidade, se pode entender existir um obstáculo à condenação *ad factum*. A invocação do adágio em análise nunca serviu, na sua história doutrinária, para afastar a admissibilidade da execução coactiva de uma obrigação de fazer ou de não fazer. O adágio serve para sintetizar situações em que, aceitar a execução forçada da prestação significaria exercer uma pressão intolerável sobre o devedor, o que conduz o juiz, por excepção, a optar pela execução por equivalente.” (Providência cautelar em pedido de condenação de uma prestação de facto: Consulta. *Lusiada. Direito*, Lisboa, Ed. da Universidade Lusíada, v. 2. p. 187-198, 2004. p. 192. ISSN: 2182-4118. Disponível em: <<https://www.revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/download/776/854>>. Acesso em: 10 jan.2018).

²³⁰ RAGONE, Álvaro Pérez. ¿Nemo praecisi coegit? - Reinterpretación desde la tutela ejecutiva efectiva de las obligaciones no dinerarias. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 1, p. 239-270, 2015. p. 247.

Outro ponto que merece análise é o da suposta abrangência do referido brocardo para todos os tipos de obrigações específicas, o que desprezaria, equivocadamente, o único intuito da prevalência da conversão em perdas e danos no direito romano a partir da fase de cognição extraordinária, qual seja, evitar a violência física contra o obrigado. Então, diante do inadimplemento de obrigações de fazer fungível, de não fazer e de entregar coisa certa – e sendo possível, por meios sub-rogatórios, a obtenção do resultado pretendido – não seria imperativa a conversão em perdas e danos. Assim, na linha de Moacyr Amaral Santos, o “aforisma *nemo praecise cogi potest ad factum* não é extensivo a todas as obrigações de fazer, mas tão somente às de caráter infungível”²³¹.

Essas críticas ou refutações conduzem a interpretação de que, da existência do adágio em tela – como fonte inspiradora mais remota do dogma da incoercibilidade da vontade do obrigado –, não se pode inferir que o inadimplemento de qualquer obrigação específica levaria necessariamente a sua conversão em perdas e danos. Em verdade, na lição de Luigi Ferrara, os exageros na interpretação do brocardo em apreço levaram a “muitas imprecisões e a muitos erros mesmo dos juristas famosos”²³².

De toda forma, em que pese o dito brocardo ter vigorado como uma espécie de princípio basilar durante séculos nos ordenamentos jurídicos, resta enfraquecida a sua existência no direito romano, sua abrangência e seu caráter supostamente absoluto, quando sopesadas as críticas formuladas pelos autores já mencionados.

3.1.3 A consagração da incoercibilidade da vontade do devedor nas obrigações infungíveis pelo artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão e a distinção entre infungibilidade jurídica e infungibilidade material das obrigações de prestar declaração de vontade

Na seção anterior, mostrou-se que alguns autores contestam a existência do brocardo *nemo praecise cogi potest ad factum* como norma posta no direito romano, bem como sua abrangência para

²³¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 394.

²³² FERRARA, Luigi. *L'execuzione processuale indiretta*, p. 95. No original: “Il famoso principio contenuto nel vecchio ed abusato ‘nemo ad factum praecise cogi potest’, che ha poi, nelle sue esagerazioni, condotto a tante inesattezze e a tanti errori persino dei giuristi insigni, [...]”.

quaisquer tipos de obrigações. Ainda assim, é evidente que esta máxima influenciou as codificações jurídicas dos séculos seguintes. Da produção legislativa superveniente, pode-se destacar como previsão da incoercibilidade nas obrigações específicas a previsão do artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão²³³, claramente inspirado²³⁴ no referido brocardo.

A ideia subjacente ao dispositivo em comento tornou-se “paradigma célebre das codificações do século XIX da área”²³⁵ e, conforme lembra Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, “se alastrou para os diferentes códigos de países ordinariamente sujeitos à influência da Europa continental”²³⁶. Por isso, a celeuma é de suma importância para o presente estudo.

A questão problemática reside na suposta abrangência da impossibilidade de se coagir²³⁷ o devedor em toda e qualquer obrigação não pecuniária, o que desprezaria as claras diferenças existentes entre as obrigações de fazer infungíveis e as de fazer fungíveis, as de não fazer e as de entregar.

Justamente por isso, o objetivo do estudo em curso nesta seção – ainda na linha de tentar desmistificar a ideia de que a impossibilidade de

²³³ “Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d’inexécution de la part du débiteur”. Tradução livre: “Toda obrigação de fazer ou não fazer é resolvida em danos, em caso de inadimplemento do devedor.”

²³⁴ Para Arruda Alvim: “A matriz da tutela ressarcitória é expressada pelo art. 1.142 do CC francês, onde está disposto que ‘toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor’, claramente inspirado na máxima *nemo ad factum potest cogi*.” (Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 99, p. 27-39, 2000. p. 37). Em linha semelhante, Humberto Theodoro Junior afirma que: “Da antiga regra romana - *nemo ad factum potest cogi* - o direito francês do século IX exportou para todo o mundo ocidental o preceito de que ‘toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur’.” (Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 105, p. 9-33, 2002. p. 10). No mesmo sentido: RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 145, p. 125-149, 2007. p. 131.

²³⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 188.

²³⁶ DALL’AGNOL JÚNIOR. Antônio Janyr. Tutela das obrigações de fazer e de não-fazer (art. 461). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 134, p. 231-244, 2007. p. 234.

²³⁷ Conforme lição de Eduardo de Avelar Lamy: “Sabe-se que o Estado Liberal nunca pôde obrigar o demandado a cumprir suas obrigações, pois estar-se-ia infringindo sua liberdade e dignidade. O magistrado não podia interferir na esfera jurídica do particular, nem mesmo através da imposição da multa cominatória, que hoje aparece como alternativa viável, válida e eficaz.” (Prisão penal, coerção processual civil e efetividade. In: (Org). *Ensaio de processo civil*, v. 1, p. 274).

coagir o devedor em todas as obrigações específicas era algo absoluto – consiste em analisar a aplicabilidade do artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão, somente para as obrigações de fazer infungíveis e, em um segundo momento, perquirir a distinção entre infungibilidade natural e infungibilidade jurídica.

Acerca do supracitado dispositivo, Pedro de Albuquerque, em tom de crítica, afirma que a posituação dessa norma teria olvidado a diferenciação formulada por Robert Joseph Pothier, à época, entre conversão obrigatória em perdas e danos, diante do inadimplemento de obrigações de fazer infungíveis (*mera facta*) e diante do inadimplemento de obrigações de fazer fungíveis, de não fazer e de entregar. Continua o autor, quase lamentando o fato de o referido Código ter assim previsto e fazendo referência ao suposto autor do adágio *nemo praecise cogi potest ad factum*. Na sua opinião: “Apesar da lição de Pothier, o Código Civil de Napoleão acabaria por reproduzir no essencial o ensinamento de FABER ao determinar, no artigo 1.142^o”²³⁸, a regra da incoercibilidade de forma abrangente.

Em sentido contrário, Affonso Fraga afirma que o artigo 1.142^o teve como fonte inspiradora justamente a lição de Pothier, em vez de rejeitá-la, afastando-se da lógica do *nemo praecise cogi potest ad factum*. E prossegue: “O Cod. Civil Frances, art. 1.142, inspirando-se nesse particular, em Pothier, afastou-se do direito romano, estabelecendo, como regra fatal e consequente a inexecução ‘*faciendi vel non*’.”²³⁹.

Esse contexto permite que se levante um importante questionamento: teria o artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão corroborado ou afastado o brocardo *nemo praecise cogi potest ad factum*?

Ao analisar as motivações do artigo 1.142^o, expostas por um dos relatores do Código em apreço, João Calvão da Silva comenta que a ideia consistia em evitar a possibilidade de violência como forma de execução das obrigações de fazer infungíveis. E, nessa linha, estaria

²³⁸ ALBUQUERQUE, Pedro de. O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 9, p. 8981-9041, 2013. p. 8992. ISSN: 2182-7567. Disponível em:

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf>.

Acesso em: 10 jan. 2018.

²³⁹ FRAGA, Affonso. *Theoria e prática na execução das sentenças*. São Paulo: C. Teixeira & C. Editores, 1922. p. 257.

preservada a ideia originária do brocardo, bem como respeitada a lição de Pothier.²⁴⁰

Luis Eulalio de Bueno Vidigal leciona em sentido semelhante. Para o autor, a correta interpretação a ser conferida ao dispositivo seria a seguinte: “não sendo possível obter, pela execução forçada, o cumprimento da obrigação de fazer, esta se resolve em perdas e danos”²⁴¹. Essa lição complementa-se com a anterior pois, como somente nas obrigações infungíveis era impossível a obtenção da obrigação específica sem violência ao devedor, nas demais – em que teria lugar a técnica sub-rogatória – não era obrigatória a conversão em perdas e danos.

Esse entendimento julga-se ser o mais correto, até mesmo porque, é importante rememorar, a própria codificação em análise excepcionou algumas hipóteses de obrigações específicas à regra da conversão em perdas e danos, na mesma linha do que fora defendido por Pothier.

É que o artigo 1.143²⁴², ao abordar o descumprimento das obrigações de não fazer, permitia ao credor “a destruição de tudo aquilo que fosse realizado pelo devedor em desrespeito à convenção; e permitia ao credor obter autorização para, ele mesmo, proceder à destruição, a expensas do devedor”²⁴³.

Na mesma seara, o artigo 1.144²⁴⁴ “dispunha, a propósito da matéria pertinente à obrigação de fazer, que o credor, no caso de execução, poderia ser autorizado a, ele mesmo, fazê-la executar a expensas do devedor”²⁴⁵, obviamente, referindo-se às obrigações de fazer fungíveis.

Igualmente, para Luigi Ferrara, o objetivo do artigo 1.142 do Código Civil Napoleônico seria “somente excluir a aplicação da força

²⁴⁰ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 225.

²⁴¹ VIDIGAL, Luis Eulalio de Bueno. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940. p. 63.

²⁴² “Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l’engagement, soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s’il y a lieu.” Tradução livre: “No entanto, o credor tem o direito de exigir que o que foi feito em violação do compromisso seja destruído; e ele pode ser autorizado a destruí-lo a expensas do devedor, sem prejuízo de danos, se houver.”

²⁴³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 105, p. 9-33, 2002. p. 17.

²⁴⁴ “Le créancier peut aussi, en cas d’inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l’obligation aux dépens du débiteur.” Tradução livre: “O credor pode também, em caso de não execução, ser autorizado a executar a obrigação a expensas do devedor.”

²⁴⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 105, p. 9-33, 2002. p. 17.

material sobre a pessoa pela coerção a um determinado ato”²⁴⁶. O autor assevera que, da análise dos artigos subsequentes – os já mencionados 1.143 e 1.144 –, pode-se infirmar que não existem dúvidas quanto a isso. E conclui que a única utilidade do artigo 1.142 seria a “exclusão explícita da aplicabilidade de meios de coação que pudessem atacar a liberdade individual do devedor e exercer uma pressão material sobre sua pessoa”²⁴⁷.

Fica evidenciado, uma vez mais, que a ideia subjacente à incoercibilidade do devedor – desde a sua remota origem no *nemo praecise cogi potest ad factum* – não é a absoluta conversibilidade das obrigações específicas em perdas e danos, mas sim evitar a coação física²⁴⁸ do devedor.

Assim, no caso de inadimplemento de obrigações de fazer fungível, de não fazer e de entregar coisa, existem formas não violentas de ser obtida a obrigação específica e, portanto, desnecessária seria a mencionada conversão em perdas e danos. De outro lado, nas obrigações de fazer infungível – em razão da ausência de formas, à época, de pressionar o devedor ao adimplemento sem que lhe fosse imputada uma ameaça física –, seria obrigatória a conversão em perdas e danos. Em razão disso, Michele Taruffo corretamente sustenta que “o campo de aplicação do art. 1.142 acabava reduzido às obrigações fundadas no *intuitu personae*, isto é, às obrigações de fazer infungíveis”²⁴⁹.

²⁴⁶ FERRARA, Luigi. *L'esecuzione processuale indiretta*, p. 59-61. No original: “Evidentemente si voleva soltanto escludere l'applicazione della forza materiale sulla persona per la coercizione a un determinato atto.”

²⁴⁷ FERRARA, Luigi. *L'esecuzione processuale indiretta* p. 61. No original: “L' unica utilità dell' art. 1142, del quale si sarebbe desiderata persino la soppressione sembra dunque ridotta all' aver esclusa espressamente l' applicabilità di mezzi di coazione che potessero urtare contro la libertà individuale del debitore ed esercitare una pressione materiale sulla sua persona.”

²⁴⁸ Pedro de Albuquerque traz à tona interessante questão sobre a edição do artigo 1.142 da mencionada codificação. Segundo o autor, “nos trabalhos preparatórios do *Code civil* houve o cuidado de, em comentário ao texto do artigo em referência, se esclarecer que o propósito da disposição era, apenas, o de evitar o exercício de violência sobre a pessoa do obrigado”. (O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 9, p. 8981-9041, 2013. p. 8994. ISSN: 2182-7567. Disponível em:

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018).

²⁴⁹ TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados. In: MITIDIERO, Daniel (Org.). *Processo civil comparado*: ensaios, p.104.

O artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão de 1804, então – apesar de, realmente, positivizar o *nemo praecise cogi potest ad factum* –, não pode ser considerado um marco normativo para suscitar a impossibilidade absoluta de coerção em todas as obrigações específicas. Pode-se, portanto, inferir que, já à época do Código Civil de Napoleão de 1804, a conversão obrigatória em perdas e danos operava-se somente nas obrigações de fazer infungíveis.

O problema da incoercibilidade nessa categoria de obrigações, no entanto, persistia. A doutrina francesa, agravando a questão, promovia interpretação extremamente literal do mencionado artigo 1.142 e, desta forma, surgiram entendimentos no sentido de que as obrigações infungíveis seriam inexigíveis, ou de que a reparação *in natura* seria não obrigatória e que, por consequência, a execução realizada com base em seu inadimplemento possuiria objeto juridicamente impossível²⁵⁰. Entendia-se “que ao devedor sempre era dado optar pelo descumprimento, hipótese em que responderia pelos prejuízos causados ao devedor”²⁵¹.

Ao longo da evolução da ciência do direito, o mencionado posicionamento restou superado e os mais variados ordenamentos jurídicos trataram de desenvolver formas de coerção – em um primeiro momento – para o cumprimento das obrigações infungíveis e, posteriormente, para os demais tipos de obrigações, como adiante será analisado.

Conforme, acertadamente, pontua Cândido Rangel Dinamarco, antes disso, foi preciso “muita tenacidade de pensadores, como Chiovenda e Calamandrei, notadamente em especulações sobre a obrigação de prestar declaração de vontade”²⁵², para que fosse dado um importante passo no sentido da superação do problema da incoercibilidade, qual seja, o surgimento da teoria de diferenciação entre infungibilidade jurídica e infungibilidade natural.

A distinção entre ambas as categorias de infungibilidade – jurídica e natural –, acrescida de uma terceira categoria, a

²⁵⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 109.

²⁵¹ SANCHES, Sydney. *Execução específica: das obrigações de contratar e de prestar declaração de vontade*, p. 5. No mesmo sentido, assevera Eduardo de Avelar Lamy: “Entendia-se que todos os bens possuíam um equivalente pecuniário. Não fazia diferença obter-se a tutela específica da coisa ou a importância em dinheiro equivalente. Por isso, tudo terminava em indenização. Ou seja, tudo estava diretamente associado à noção de ressarcimento, de tutela ressarcitória.” (Prisão penal, coerção processual civil e efetividade. In: _____ (Org.). *Ensaio de processo civil*, v. 1, p. 274).

²⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, p.152.

infungibilidade contratual, pode ser considerada uma espécie de resposta da doutrina²⁵³. Essa diferenciação é considerada fundamental para a superação da lógica da irrestrita incoercibilidade da vontade do devedor.

A propósito, a infungibilidade material ou natural advém da própria natureza da prestação. Neste tipo de infungibilidade, o devedor deverá colocar em prática aptidões ou qualidades pessoais para cumprir a prestação. Pode ser explicada como infungibilidade clássica, por definição; logo, é a que primeiro surge no campo conceitual das obrigações, naturalmente sendo o contraponto das obrigações fungíveis. Poderá, ainda, decorrer de um contrato ou acordo entre as partes (infungibilidade convencional), por meio do qual, por exemplo, seja vedada a terceirização, parcial ou total, do encargo.²⁵⁴

De outro lado, a infungibilidade jurídica se verifica, na dicção de Luiz Eulálio Vidigal de Bueno, “quando a obrigação, apenas em virtude de um princípio jurídico, só pode ser prestada pelo devedor”²⁵⁵. Essa faceta da infungibilidade desponta em um segundo momento²⁵⁶, a partir da análise específica das obrigações de prestar declaração de vontade, que eram simplesmente consideradas infungíveis. Para essas obrigações, a solução normativa da conversão em perdas e danos não faria sentido, ante a necessidade de o credor obter do obrigado uma confirmação de sua vontade anteriormente consignada, como no caso de um pré-contrato (promessa) de venda de um imóvel.

Deveras, a conversão pelo equivalente pecuniário, nesses casos, além de inútil para a satisfação da pretensão do credor, despreza o fato de que se o obrigado firmou antes o “compromisso de contratar, sem a possibilidade de arrependimento, já houve a vontade indispensável para a vinculação do promitente”²⁵⁷. Portanto, seria despicienda nova aquiescência para fins de execução.

²⁵³ DALL'AGNOL JÚNIOR. Antônio Janyr. Tutela das obrigações de fazer e de não-fazer (art. 461). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 134, p. 231-244, 2007. p. 234.

²⁵⁴ GAIO JÚNIOR. Antônio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 72.

²⁵⁵ VIDIGAL, Luis Eulalio de Bueno. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, p. 78.

²⁵⁶ Sobre o assunto, explica Moacyr Amaral Santos: “Num segundo momento, a doutrina (Chiovenda, Calamandrei, Mandrioli, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, Philadelpho Azevedo, Frederico Marques etc.), especialmente depois de consagrada no Código de Processo Civil alemão, observa que a infungibilidade das prestações de declaração de vontade é meramente jurídica.” (*Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 402).

²⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 26. ed. São Paulo: Leud, 2009. p. 234.

A interpretação para esses tipos de obrigações, então, rumou no seguinte sentido: se o Estado criou a infungibilidade da obrigação, ele mesmo possuía o poder de alterá-la para prestar a “declaração de vontade pelo devedor, ou ao menos criar uma situação jurídica equivalente à que se verificaria se a declaração de vontade fosse prestada pelo próprio devedor”²⁵⁸. A infungibilidade permanece. Contudo, nesses casos, a sentença cria uma situação jurídica que equivale à prestação do devedor²⁵⁹. A sentença não substitui, propriamente, a declaração de vontade, mas sim – como bem assevera Flavio Luiz Yarshell – os “efeitos da declaração de vontade”²⁶⁰.

O Estado – diante do inadimplemento de obrigações de prestar declaração de vontade – poderia, então, atuar diretamente, de forma subrogatória e substitutiva da vontade do devedor, para atingir a satisfação da pretensão específica “sem quebra do princípio da intangibilidade da vontade da pessoa humana”²⁶¹. A obrigação era “apenas juridicamente infungível”²⁶².

Essa compreensão – oriunda da diferenciação entre infungibilidade material e infungibilidade jurídica, criada para resolver o problema da ineficácia da conversão em perdas e danos na tutela específica da obrigação de prestar declaração de vontade inadimplida –, esclarece Cândido Rangel Dinamarco, permitiu uma distinção entre os conceitos de “*resultado* que constitui objeto das obrigações de fazer ou de não-fazer e as *atividades* mediante as quais esse resultado pode ser obtido”²⁶³. Desta ideia, restaria evidenciada a possibilidade de “medidas substitutivas (atividades) capazes de, prescindindo da vontade do obrigado, produzir a mesma situação jurídica final (resultado) que ao credor era lícito esperar deste”²⁶⁴.

²⁵⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 402.

²⁵⁹ VIDIGAL, Luis Eulalio de Bueno. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, p. 78.

²⁶⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 35. Flavio Luiz Yarshell lembra que nesse tipo de obrigação seria incorreto falar em “execução específica” porque a “prolação de uma sentença substitutiva dos efeitos de declaração de vontade caracteriza-se como típica providência cognitiva, não se revestindo de caráter executivo, exceto se adotada para este último uma perspectiva muito ampla e genérica”. (*Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, p. 55).

²⁶¹ DALL'AGNOL JÚNIOR. Antônio Janyr. Tutela das obrigações de fazer e de não-fazer (art. 461). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 134, p. 231-244, 2007. p. 234.

²⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento da sentença*, p. 226.

²⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, p.153.

²⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, p.153.

O surgimento dessa segregação nas obrigações infungíveis – com a consequente permissão para o uso de meios sub-rogatórios (substitutivos da vontade do devedor) que gerassem o mesmo resultado esperado com o adimplemento da obrigação na forma específica pelo devedor – enfraqueceu o dogma da incoercibilidade plena da vontade do obrigado e da obrigatória conversão em perdas e danos deste tipo de obrigação.

Como mencionado antes, essa ideia abriu caminho para que – em outro momento histórico – ocorresse uma valorização da execução na forma específica das demais obrigações não pecuniárias e, naturalmente, as coerções foram surgindo.

Em conclusão, pode-se dizer que o Código Civil Napoleônico, ao positivizar o *nemo praecise cogi potest ad factum* no seu artigo 1.142, o fez cingindo-se às obrigações de fazer infungíveis, de modo que as demais obrigações específicas não estavam fadadas a, nem sempre eficaz, conversão obrigatória em perdas e danos. O desenvolvimento do conceito de infungibilidade meramente jurídica, no caso das obrigações de prestar declaração de vontade – acarretando a busca de um resultado equivalente, por meio de atividade estatal substitutiva da vontade do obrigado –, de certo modo, contribuiu para o afastamento da conversão em perdas e danos e a valorização da tutela na forma específica.

3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS COERÇÕES NO DIREITO ESTRANGEIRO

Ainda que o adágio *nemo praecise cogi potest ad factum* e o ulterior artigo 1.142 do Código Civil Napoleônico tenham exercido, quase que de forma homogênea, forte influência nas codificações positivas pelo mundo, o desenvolvimento das coerções, com a superação dos óbices históricos enfrentados na seção precedente, operou-se de forma diversa entre os diversos ordenamentos jurídicos.

Com contornos heterogêneos – respeitadas, sobretudo, as peculiaridades de cada sistema jurídico –, o progresso das coações para cumprimento de obrigações foi um fenômeno mundial. Com base nesse contexto, as seções que seguem focam a análise das coerções nos ordenamentos jurídicos francês, dos países dos sistemas *common law* e alemão.²⁶⁵ Ao final, será abordada a evolução da matéria no Brasil, desde o Código Civil de 1916 (CC/1916) até o CPC/1973.

²⁶⁵ Chiara Ilaria Risolo, ao sugerir a adoção de medidas coercitivas no direito italiano, em 2011, também faz referência aos três sistemas de coerções mencionados (L'effettività

3.2.1 Surgimento das astreintes no direito francês e sua aplicação para execuções de obrigações de pagar

A vigência do artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão – aliada a alhures mencionada interpretação literal que a doutrina francesa promovia do dispositivo – deflagrou, à época, resultados extremamente negativos²⁶⁶, com a “frustração natural de numerosos direitos”²⁶⁷.

A percepção negativa sentida, facilmente plasmou a reação da jurisprudência no sentido de desenvolver uma interpretação sistêmica, e não apenas literal, dos dispositivos atinentes à matéria na referida codificação e no restante do ordenamento francês. Objetivava-se, com isso, extrair uma forma de coagir, pressionar e compelir o devedor em obrigações infungíveis.

Desse enleio, exsurge a figura das astreintes para coagir o devedor a cumprir obrigações infungíveis inadimplidas. A origem dessa técnica executiva ocorreu por construção jurisprudencial, no século XIX. Quanto à data de origem da primeira decisão judicial que fixou as astreintes, Luigi Ferrara²⁶⁸ informa que a doutrina, em geral, aponta um julgamento da Corte de Cassação Francesa de 20 de dezembro de 1824.

dela tutela esevutiva e il problema dele misure coercitive. In: CAPONI, Bruno (Org.). *L'esecuzione processuale indiretta*. Milano: Ipsoa, 2011 p. 29). Vale salientar que é nota comum entre os autores que estudaram o tema que estes são os três sistemas de coerção que influenciaram os demais ordenamentos jurídicos do mundo.

²⁶⁶ Eduardo de Avelar Lamy levanta interessante questão quanto às consequências negativas no inadimplemento de obrigações infungíveis: “Quando a obrigação de fazer é infungível, não podendo ser prestada por outra pessoa senão o próprio devedor, cresce a importância dos meios de coerção para levar o obrigado a adimplir. Uma cadeia de pessoas acaba sofrendo com o descumprimento do dever. O inadimplemento gera o inadimplemento. Essa onda de inadimplência gera insegurança social e o esfriamento da economia.” (O dever de boa-fé na execução de fazer infungível: a prevalência do traço humano sobre o caráter formal do processo. In: ____ (Org.). *Ensaio de processo civil*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 116-135. v. 1. p. 122).

²⁶⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 188.

²⁶⁸ FERRARA, Luigi. *L'esecuzione processuale indiretta*, p. 87. Quanto à data de seu surgimento nos tribunais, Marc Donnier e Jean-Baptiste Donnier comentam que teria ocorrido na segunda metade do século XIX (*Voies d'exécution et procédures de distribution*, p. 143). Para Marcelo Lima Guerra, as astreintes teriam surgido na primeira metade do século XIX: “Reconhece-se, comumente, que a primeira utilização das astreintes deu-se em decisão de 25.03.1811, pelo Tribunal Civil de Cray e o seu reconhecimento pela Coite de cassação ocorreu em 1825.” (*Execução indireta*, p. 110). Nesse mesmo sentido, afirma Rafael Caselli Pereira. (*A multa judicial (astreintes) no CPC-2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 52). Ainda, na mesma linha: RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 145, p. 125-149, 2007. p. 130.

Igualmente, o autor italiano assevera que nas primeiras manifestações da jurisprudência sobre a questão – além de a expressão *astreinte* não ser empregada como forma de fazer pressão psicológica no devedor para o cumprimento da obrigação – o tratamento conferido à *astreinte* não destoava das demais formas de indenização por perdas e danos.²⁶⁹

A *astreinte* possuía como base legislativa genérica – um dispositivo que pode ser considerado cláusula geral processual – o artigo 1.036 do Código de Processo Civil francês de 1806²⁷⁰, o qual previa, entre outros, poderes genéricos de injunção do juiz²⁷¹. Loic Cadiet, asseverando sobre o mencionado Código de Processo Civil francês, lembra que – nos trabalhos de sua elaboração – não obstante o apego dos juristas da época à manutenção firme dos direitos de defesa do devedor, era flagrante a preocupação com “soluções processuais efetivas”²⁷². Essa tendência demonstra, até certo ponto, que o ambiente legislativo de produção desta codificação processual civil mostrava-se propício à positivação de uma cláusula geral desta natureza.

No tocante ao conceito das *astreintes*, segundo Marc Donnier e Jean-Baptiste Donnier: “De acordo com a definição dada pelo Tribunal de Cassação, em acórdão de 17 de fevereiro de 1976, a *astreinte* é uma medida destinada a superar a resistência à execução de uma

²⁶⁹ FERRARA, Luigi. *L'esecuzione processuale indiretta*, p. 89.

²⁷⁰ “1036. Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux, et ordonner l'impression et l'affichage de leurs jugements.” Tradução livre: “Os tribunais, diante da gravidade das circunstâncias, podem, nas causas em seu poder, pronunciar, mesmo *ex officio*, por injunções, suprimir os escritos, declará-los caluniosos e ordenar a impressão e a publicação de seus julgamentos.”

²⁷¹ Quanto à origem jurisprudencial das *astreintes* e a sua referência ao artigo 1.036 do Código de Processo Civil francês de 1806, Marc Donnier e Jean-Baptiste Donnier afirmam que: “*Astreintes* est une création de la jurisprudence de la seconde moitié du XIX siècle qui s'est appuyée sur des considérations d'ordre pratique. Son fondement juridique a été trouvé dans l'article 1036 originaire du Code de procédure civile de 1806 concernant les pouvoirs d'injonction du juge et, pendant une longue période, elle est restée une pratique relevant seulement de l'imperium judiciaire.” (*Voies d'exécution et procédures de distribution*, p. 143). Tradução livre: “*Astreinte* é uma criação da jurisprudência da segunda metade do século XIX, baseada em considerações de ordem prática. Sua base legal encontrava-se no artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 1806 relativo aos poderes de injunção de um juiz, e por muito tempo permaneceu somente como prática do *imperium* judicial.”

²⁷² CADIET, Loic. *Perspectivas sobre o Sistema de Justiça Civil francesa* – seis lições brasileiras. Tradução de Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscana de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 21.

condenação.”²⁷³. Para Jorge Mosset Iturrasp: “As astreintes são penas pecuniárias, admitidas por lei e aplicadas pelos juízes; isso não significa que elas também sejam uma forma legal de compulsão, visando superar a resistência do sujeito passivo de um dever jurídico.”²⁷⁴.

Mesmo diante de forte resistência da doutrina francesa, que de início considerou tal construção jurisprudencial *contra legem*²⁷⁵, a partir do século XX as astreintes passaram a ser reconhecidas por seu notório valor prático no cumprimento das decisões judiciais, inclusive pelos próprios doutrinadores. Diante disso – ainda que se tenha presenciado oscilantes momentos históricos de “hesitações e contradições”²⁷⁶ –, o ordenamento francês viveu uma gradual valorização das astreintes como forma de coerção, por meio de decisões judiciais dos tribunais e de modificações legislativas.

Todo esse movimento culminou na Lei n.º 72-626, de 05/07/1979, alterada e aperfeiçoada pela Lei n. 91-650, de 09/07/1991. Essas leis previram, de forma expressa e específica, a possibilidade de manejo das astreintes²⁷⁷. Posteriormente, a Lei n. 92-644, de 13/06/1992, e o Decreto n. 92-755, de 31/07/1992, eliminaram dúvidas e incertezas que surgiram durante a sua construção jurisprudencial, acolhendo os entendimentos anteriormente consolidados.²⁷⁸

A evolução histórico-normativa das astreintes é digna de profundo estudo. O mesmo pode-se dizer sobre a sua natureza jurídica e as diversas formas de aplicação. Entretanto, para o escopo deste trabalho, as considerações expostas linhas atrás são suficientes para a obtenção duas conclusões.

A primeira conclusão ruma no sentido de compreender que as astreintes, como medida coercitiva, foram – talvez, curiosamente – pensadas e forjadas no bojo do mesmo ordenamento jurídico que, de

²⁷³ DONNIER, Marc; DONNIER, Jean-Baptiste. *Voies d'exécution et procédures de distribution*, p. 141. No original: “Selon la définition donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 17 février 1976 l'astreinte est une mesure destinée à vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation.”.

²⁷⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Medios compulsivos en derecho privado*. Buenos Aires: Ediar, 1978. p. 43-44. No original: “Las astreintes son penas pecuniárias, admitidas por la ley y aplicadas por los jueces; ello no quita que sean también una forma legal de compulsión, destinadas a vencer la resistencia del sujeto passivo de un deber jurídico.”.

²⁷⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33.

²⁷⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 111.

²⁷⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 113-115.

²⁷⁸ PEREIRA, Caselli Rafael. *A multa judicial (astreintes) no CPC-2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*, p. 54.

certa forma, recepcionou e normatizou, no artigo 1.142 do Código Civil Napoleônico, a máxima do *nemo praecise cogi potest ad factum*. Verifica-se, então, que se em determinado momento histórico o ordenamento francês positivou a incoercibilidade da vontade do devedor, em outro, compreendendo e vivenciando os efeitos colaterais nocivos deste entendimento, superou-o por construção jurisprudencial e, posteriormente, também na seara normativa. Nessa linha, Luigi Ferrara afirma que – justamente em razão do erro de interpretação praticado por alguns juristas no tocante ao *nemo praecise cogi potest ad factum* – evidencia-se a importância das astreintes.²⁷⁹

Para alcançar a segunda conclusão, deve-se, de início, sopesar que mesmo tendo surgido como instrumento de coerção para o cumprimento especificamente de obrigações de fazer infungíveis, hodiernamente, as astreintes – compreendidas como “medida de constrangimento de caráter pessoal”²⁸⁰ – são largamente utilizadas nos demais tipos de obrigações.

No atual ordenamento jurídico francês, a previsão genérica das astreintes está disposta no artigo L131-1²⁸¹ do Código de Procedimentos Cíveis de Execução, seguido por detalhamentos específicos nos três artigos subsequentes (L131-2 a L131-4). De certa forma, trata-se de reprodução de redação já existente no artigo 33 da Lei 91-650 de 1991, com as modificações legislativas posteriores.

O referido artigo L131-1 tem feições típicas de cláusula geral processual executiva, que não está necessariamente vinculada apenas a obrigações não pecuniárias. A consequência natural disso parece ser a possibilidade – ainda que não expressamente prevista na redação do Código de Procedimentos Cíveis de Execução e na Lei 91-650 de 1991 – de aplicação das astreintes em obrigações de pagar. Tanto é assim, que Araken de Assis²⁸², Leonardo Greco²⁸³ e Guilherme do Rizzo Amaral²⁸⁴,

²⁷⁹ FERRARA, Luigi. *L'execuzione processuale indireta*, p. 95.

²⁸⁰ No original: “une mesure de contrainte à caractère personnel”. DONNIER, Marc; DONNIER, Jean-Baptiste. *Voies d'exécution et procédures de distribution*, p. 161.

²⁸¹ “Article L131-1 Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision. Le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité.” Tradução livre: “Qualquer juiz pode, mesmo de ofício, fixar uma astreinte (multa) para garantir a execução de sua decisão. O juiz da execução pode impor uma penalidade determinada por outro juiz se as circunstâncias o tornarem necessário.”

²⁸² Araken de Assis enaltece a pertinência da aplicação das astreintes nas execuções pecuniárias: “A Corte de Cassação francesa, em 29.05.1990, aplicou astreintes para constranger o devedor ao adimplemento de obrigação pecuniária. O precedente constituiu notável avanço e ampliação do campo da atuação da técnica executiva.” (*Comentários ao*

corretamente, rememoram julgado da Corte de Cassação Francesa, de 29/05/1990, que permitiu a fixação de astreintes como medida de pressão em obrigações pecuniárias. Para João Calvão da Silva, durante anos a Corte de Cassação Francesa teria excepcionado a aplicação das astreintes nas obrigações pecuniárias, “posição que alterou há já alguns anos, acompanhando a doutrina na extensão do campo de aplicação daquele mecanismo coercitivo a esta espécie de obrigações, dada a sua utilidade e eficácia”²⁸⁵.

Em que pese a pertinente advertência de Marc Donnier e de Jean-Baptiste Donnier quanto à aplicação das astreintes nas obrigações de pagar, com base em julgamento do Tribunal de Apelação de Paris, datado de 06/05/1999²⁸⁶, comunga-se com o entendimento de Micheli Taruffo, para quem as astreintes são passíveis de aplicação “especificamente nas hipóteses de condenação ao pagamento de somas em dinheiro”^{287_288}.

Código de Processo Civil: artigos 797 ao 823. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.159).

²⁸³ “Em 1990 a Corte de Cassação passou a admitir as astreintes na execução de obrigações pecuniária. Mais o dever atrasa, mais a dívida aumenta.” GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 397.

²⁸⁴ Acerca da aplicação das astreintes nas execuções pecuniárias, Guilherme Rizzo do Amaral leciona: “Primeiramente, ela não está necessariamente vinculada a algum tipo de obrigação (fazer, não fazer, entrega de coisa, pagar etc.). O que a lei estabelece é a possibilidade de fixação de astreintes, mesmo de ofício, pelo juiz, para assegurar o cumprimento de sua decisão (art. 33, Lei 91-650). É verdade que a jurisprudência por muito tempo hesitou em aplicar a multa para a coerção de obrigações de pagar quantia. Entretanto, em 29 de maio de 1990, a Corte de Cassação Francesa, no julgamento da apelação n° 87-40182, estabeleceu que a astreinte pode ser acessória à condenação ao pagamento de quantia, sendo inclusive cumulável com os juros legais aplicáveis sobre a referida condenação.” (*As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras, p. 34).

²⁸⁵ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 453.

²⁸⁶ “[...] a legard des obligations consistent au paiement d’une somme d’argent, la solution est moins sure” Tradução livre: “[...] no caso de obrigações que consistem no pagamento de quantia em dinheiro, a solução é menos certa” DONNIER, Marc; DONNIER, Jean-Baptiste. *Voies d’exécution et procédures de distribution*, p. 142.

²⁸⁷ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: ensaios, p.105.

²⁸⁸ Na Itália, em sentido contrário, promoveu-se uma mudança na redação do artigo 614-bis para mencionar “medidas de coerção indireta”, aplicáveis quando houver condenação “ao adimplemento de obrigações diversas do pagamento de soma em dinheiro”. CHIARLONI, Sergio. Note comparative sull’escuzione indiretta in Italia e in Brasile. *Revista de processo*, v. 277, mar. 2018, p. 527-538. p. 528-529. No mesmo sentido, Clarica Delle Donne afirma, quanto ao mencionado dispositivo do Código de Processo Civil italiano, que sua aplicação é restrita às execuções de obrigações de fazer e de não

Portanto, constata-se que a evolução da questão da incoercibilidade da vontade do devedor no direito francês – desde a remota edição do artigo 1.142 do Código Civil Napoleônico, passando pela construção jurisprudencial das *astreintes* no século XX e pela positivização pela Lei n. 72-626 de 1979, até a atual redação do L131-1 do Código de Procedimentos Cíveis de Execução –, além de valorizar sobremaneira o instituto da coerção, culminou na interpretação que considera possível coagir por multa em execuções pecuniárias. E isso, em certa medida, corrobora a ideia defendida neste estudo.

3.2.2 A coerção pelo *contempt of court* nos sistemas da *Common Law*

No afã de investigar as formas de coerção e sua valorização em alguns ordenamentos jurídicos, firma-se como objetivo desta seção a verificação, ainda que de forma breve, de como ocorre a coerção para o cumprimento de decisões judiciais na tradição jurídica da *common law*, com base no *contempt of court*.

Ainda que existam significativas diferenças entre os ordenamentos jurídicos dos diferentes países que adotaram a tradição da *common law*, em especial Estados Unidos da América e Reino Unido²⁸⁹, o *contempt of court* – quando utilizado como medida coercitiva de execução indireta –, em linhas gerais, recebe tratamento semelhante em tais ordenamentos²⁹⁰. Por essa razão, o instituto será analisado de maneira geral, sem diferenciação entre as normas específicas de cada país. O uso do *contempt of court* para “assegurar o cumprimento das decisões judiciais”²⁹¹ pode ser considerado um dos traços marcantes da execução forçada nos países de tradição jurídica *common law*.

fazer, infungíveis ou não. Conclui, assim, que o artigo não se aplica às obrigações de pagar (até em razão de sua topologia no CPC) e que prevalece a interpretação restritiva do artigo, por ter um caráter de “pena privativa”. DONNE, Clarice Delle. L’ introduzione dell’ esecuzione indireta nell’ ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice de processo amministrativo. In: CAPONI, Bruno (Org.). *L’ esecuzione processuale indiretta*. Milano: Ipsosa, 2011. p. 126-127.

²⁸⁹ Para Araken de Assis: “Cumprir advertir que a expressão *common law*, ou direito comum a toda comunidade, não merece tratamento uniforme na América e no Reino Unido. E isso porque a América se organizou sob a forma de Federação, competindo aos Estados legislar sobre direito material e processual. Conquanto subordinado esse direito estadual à Constituição, a rigor inexistente uma ‘lei comum’ na América.” (O *contempt of court* no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003. p. 18-19).

²⁹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 71.

²⁹¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 71.

A origem e a evolução do instituto em tela, por si sós, demandariam estudo em seção apartada e, portanto, para atingimento dos fins colimados serão analisadas tão somente as principais classificações do *contempt of court*, com ênfase na sua vertente coercitiva.

De forma sucinta, o *contempt of court* consiste em uma ofensa ao órgão judiciário “ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial”²⁹². Tem por objetivo “coagir à cooperação, ainda que de modo indireto, através da aplicação de sanções às pessoas sujeitas à jurisdição”²⁹³.

Em suma, a ideia do *contempt of court* é a de ofensa aos órgãos que compõem o Poder Judiciário, seja por desrespeito às suas decisões, seja por desobediência a regras preestabelecidas. Para Roberto Molina Pasquel, trata-se de verdadeiro “desacato”²⁹⁴ contra a Corte. Assim, pode-se perceber que o instituto em apreço tem grande aplicabilidade, muito além de apenas um meio coercitivo para execuções²⁹⁵.

Sob a perspectiva do sistema inglês, conforme assentam Neil Andrews e Robert Turner²⁹⁶, a figura das *injunctions* permite que o requerido seja compelido a agir ou a desistir de agir por meio da aplicação de duras medidas coercitivas. Em caso de descumprimento dessas medidas, o requerido será considerado culpado (*guilty of contempt*) e poderá ser punido com prisão, pelo período de até dois anos, multa ou sequestro de bens.

O *contempt of court* segue inúmeras classificações lastreadas em diversos critérios. No entanto, para a ideia aqui perseguida, possuem relevo três delas. A primeira consubstancia-se na divisão entre *contempt of court civil* e *contempt of court criminal*, nem sempre de fácil

²⁹² ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003. p. 20.

²⁹³ ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003. p. 19

²⁹⁴ MOLINA PASQUEL, Roberto. *Contempt of Court*. México: Fondo de Cultura Económica, 1954. p. 21.

²⁹⁵ Sobre a abrangência do instituto, Márcio Louzarda Carpena afirma que o “*contempt of court* representa, sem dúvida, uma norma geral em branco autorizando sanções e punições por atos de desacato à força do juiz”. (Os poderes do juiz na *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 180, p. 195-220, 2010. p. 212).

²⁹⁶ ANDREWS, Neil; TURNER, Robert. The system of enforcement of civil judgments in England. In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (Coord.). *Enforcement and enforceability*. Oxford: Intersentia Antwerp, 2010. p. 127, 130-131.

diferenciação prática, em razão da existência de “uma ‘zona cinzenta’ onde residiriam casos de difícil classificação”²⁹⁷.

O instituto do *contempt of court civil* objetiva “induzir (coagir) a parte a cumprir uma ordem judicial”²⁹⁸, consistindo “na omissão de certo comportamento, prescrito pelo tribunal, a favor de uma das partes”²⁹⁹. Tem por escopo impedir que o direito da parte alheia seja atingido, mas se considera que a ofensa é cometida contra o provimento do juiz. A natureza do *contempt of court civil* “não é penal, mas sim de uma sanção disciplinar, embora possa levar à prisão [...] desde que a lei permita, é utilizado sempre que se demonstrar eficiente e responsável pelo bem-estar coletivo trazido pela rápida solução dos conflitos sociais”³⁰⁰.

Por outro lado, o *contempt* criminal, voltando-se ao passado, intenta punir uma conduta desrespeitosa já ocorrida contra a dignidade e a autoridade do tribunal. No *contempt* criminal, o ato ou a omissão intentado causam embaraços ao transcorrer natural do processo, em especial, à dignidade da Corte. Por isso, além de punir a pessoa pelo ato praticado, também acaba por dissuadi-lo – e a terceiros – a praticar semelhantes condutas no futuro.

A segunda classificação divide o *contempt of court* em direto e indireto. No primeiro caso, a ofensa ocorre na presença do juiz, diante da Corte “ou próximo desta o suficiente para atrapalhar o procedimento judicial”³⁰¹. Para a configuração deste tipo, são essenciais o imediatismo do ato e o local onde ele é praticado. Justamente por isso, a punição tem condições de ser imediata e sumária (*summary proceeding*), sem a necessidade de qualquer procedimento prévio, não obstante deva

²⁹⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 94. As dificuldades de diferenciação entre essas duas modalidades também não foram despercebidas por Bruno Marzullo Zaroni: “A segunda classificação que merece ser analisada funda-se da cisão, nem sempre muito evidente do ponto de vista prático, entre *civil contempt* e *criminal contempt*. Na prática, tem-se reconhecido que a distinção entre ambos é extremamente tênue. Essa divisão, embora tradicionalmente aceita, tem sido, nos últimos anos, objeto de intensa crítica por sua inutilidade prática e falta de sentido.” (*Contempt of court, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano. Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 121-147, 2014. p. 128).

²⁹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 95.

²⁹⁹ ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro. Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003. p. 20.

³⁰⁰ LAMY, Eduardo de Avelar. *Prisão penal, coerção processual civil e efetividade*. In: _____ (Org.). *Ensaio de processo civil*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 261-281. v. 1. p. 268.

³⁰¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*, p. 38.

ser esclarecida ao acusado a imputação. No *contempt of court* indireto, também denominado de “*constructive contempt* ou desacato tácito”³⁰², a ofensa ocorre fora do tribunal. Esta modalidade possui nítido caráter residual à espécie direta e, em razão da ausência física do ofensor na Corte, a punição não será imediata, exigindo procedimento prévio à sua aplicação.

A terceira divisão pertinente exsurge dentro das situações de *contempt of court* indireto civil, ou seja, nos casos em que a ofensa ocorrer fora do âmbito do tribunal e a medida do juízo ser destinada a compelir a parte a cumprir uma determinação judicial para que não seja afrontado o direito da parte contrária, ou, se tal acontecer, repará-lo.

Nessa linha, o *contempt of court* indireto civil pode ser reparatório (*remedial*) ou coercitivo (*coercitive*). O primeiro objetiva a reparação dos danos sofridos pela parte lesada, em razão da conduta do ofensor. O segundo se destina a compelir e coagir a pessoa que reluta em submeter-se à ordem judicial, tolhendo-lhe “a possibilidade de optar ou não por cumprir com o comando judicial”³⁰³.

Em ambas as modalidades de *contempt of court* indireto civil, o nexo causal consiste no descumprimento da ordem judicial e a iniciativa da medida é da parte prejudicada, sendo cabíveis sanções como multa, prisão³⁰⁴ e sequestro de bens do devedor até o cumprimento da ordem³⁰⁵. A diferença decorre da própria natureza de cada uma dessas espécies: no *coercitive*, ocorrendo o descumprimento da medida, o beneficiário da multa é o Estado; no *remedial*, devido aos danos já

³⁰² ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003. p. 21.

³⁰³ PEREIRA, Caselli Rafael. *A multa judicial (astreintes) no CPC-2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*, p. 69.

³⁰⁴ Guilherme do Rizzo Amaral, quanto à prisão, lembra: “Neste caso, sanção pode ser a prisão até que o réu cumpra a ordem – o que gerou a famosa expressão de que o réu tem ‘a chave da prisão no seu próprio bolso’ ou mesmo uma multa diária (*per diem fine*) que reverte para o Estado.” (*As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras, p. 38).

³⁰⁵ No tocante ao tempo de duração da sanção, deve-se observar a natureza coercitiva, e não punitiva, desta modalidade de *civil contempt*. Nessa linha: “Nos casos de *civil contempt*, por sua vez, as sanções aplicáveis, nitidamente coercitivas, visam estimular o cumprimento da ordem judicial. Não há objetivo punitivo algum. É por essa razão que o renitente será solto da prisão e a multa deixará de incidir tão logo seja condescendente com a ordem do juízo.” ZARONI, Bruno Marzullo. *Contempt of court, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 121-147, 2014. p. 129.

experimentados, o prejudicado será o destinatário do montante da multa, ganhando a medida claras feições de perdas e danos.³⁰⁶

Salientam Bob Assink, Marc Dekkers, Neils Pepels e Fokke Fernhout³⁰⁷ que o *contempt of court* na Inglaterra, em outros tempos, valia-se da prisão de forma bastante ampla em se tratando de obrigações pecuniárias. Segundo os autores, ainda que o devedor não tivesse capacidade de pagar a dívida, a prisão civil poderia estender-se por anos. A diferença entre a efetiva impossibilidade de pagar e a mera vontade em não fazê-lo não existia até meados do século XIX. E concluem, afirmando que somente com o surgimento do *Debtors Act* de 1869 a Inglaterra restringiu a prisão civil como meio coercitivo para pagamento da dívida pecuniária.

Justamente por isso, nos dias atuais, o campo de incidência do *contempt of court*, majoritariamente, reside nos chamados *no money judgment* – equivalente a obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa diversa de dinheiro.

Essa medida coercitiva de prisão por obrigações pecuniárias continua existindo, como exceção, quando se trata de dívida não contratual, por exemplo, dívidas advindas de impostos ou de multas.³⁰⁸ No mesmo sentido, respeitável doutrina³⁰⁹, corroborando essa possibilidade, lembra que no contexto da aplicação do *contempt* inserem-se algumas prestações de ordem pecuniária, criando exceção à regra de impossibilidade de prisão por dívidas. Em linha semelhante, Michele Taruffo³¹⁰ afirma que a evolução do instituto aumentou sua

³⁰⁶ PEREIRA, Caselli Rafael. *A multa judicial (astreintes) no CPC-2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*, p. 70.

³⁰⁷ ASSINK, Bob et al. Civil arrest as a means of enforcement of civil judgments: Dickensian or indispensable? In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (Coord.). *Enforcement and enforceability*. Oxford: Intersentia Antwerp, 2010. p. 302-303.

³⁰⁸ ASSINK, Bob et al. Civil arrest as a means of enforcement of civil judgments: Dickensian or indispensable? In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (coord.). *Enforcement and enforceability*, p. 302-303.

³⁰⁹ Segundo o autor: “Do seu contexto não escapam, todavia, algumas prestações pecuniárias, à guisa de exceção ao veto da prisão por dívidas. Obtida a *injunction*, mandando o obrigado pagar o credor, o descumprimento enseja a prisão. Em tal hipótese, a sanção não decorre do inadimplemento da prestação pecuniária, mas da ordem judicial. As restrições à prisão por dívida não incidem em casos de alimentos, fraude, dano à pessoa ou à propriedade, multas e outras penas.” ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003. p. 23.

³¹⁰ Assevera o autor: “Mais do que insistir nesses dados por demais óbvios, vale a pena ao invés sublinhar que mesmo na sua recente evolução o *contempt of Court* mostrou uma notável versatilidade, que incrementou ulteriormente a sua eficácia. Por um lado, de fato, esse é por vezes empregado também como meio coercitivo para execução de prestações

eficácia e, assim, por vezes, é utilizado também em execuções de obrigações de pagar. No sentir deste autor, o *contempt of court* afasta os óbvios efeitos nocivos da demora do procedimento executório por expropriação.

Na seara da ocultação de bens, o devedor de obrigações pecuniárias também poderá ser sancionado com prisão. Caso o executado não obedeça à ordem de revelação de bens passíveis de bloqueio, colocada na forma de *injunction*, será declarado culpado e, portanto, sujeito à punição na forma de multas e de prisão.³¹¹

De todo o exposto, extraem-se duas conclusões importantes para o escopo do presente trabalho.

A primeira consiste na impossibilidade de sustentar, segundo José Carlos Barbosa Moreira³¹², que o direito brasileiro possui um instituto com a amplitude de aplicação análoga a do *contempt of cort*, sobretudo no tocante à possibilidade de prisão.

Ainda que seja pertinente notar a semelhança de objetivos das multas coercitivas nacionais nas obrigações específicas – presentes, em maior ou menor medida, nos Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015 –, com a figura do *contempt of court* direto civil *coercitive* nos *no money judgment*, não se pode olvidar que o foco principal do instituto anglo-saxão é a ofensa cometida à Corte pelo descumprimento da ordem; enquanto, no ordenamento pátrio, o sistema de multas foi forjado para propiciar o adimplemento da obrigações por meio da coação praticada.

A segunda conclusão ruma no sentido de que não se pode desprezar a pujança da evolução e da valorização das coações nos diversos ordenamentos jurídicos e isso, saliente-se, vai ao encontro da análise realizada na seção que tratou das astreintes francesas. O aparecimento de novas situações jurídicas, sobretudo na seara executiva, foi um “potente fator de evolução, no sentido da busca e da criação de

pecuniárias, configurando-se, portanto, como remédio tendencialmente geral, idôneo para evitar os custos e os longos tempos de execução por expropriação.” TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*, p. 95.

³¹¹ ANDREWS, Neil. The system of enforcement of civil judgements in England. In. STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. (Coord.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 18. E ainda em: ANDREWS, Neil. Obtaining information in support of enforcement proceedings under English Law. In. STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. (Coord.), *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 112-114.

³¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro: uma apresentação. *Temas de direito processual – 5ª série*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 14.

novos instrumentos executivos ou de adaptação de velhos instrumentos”³¹³.

As circunstâncias de o secular instituto do *contempt of court* possuir, também, natureza coercitiva³¹⁴ e de a coerção, em alguns casos, poder ser aplicada em obrigações pecuniárias, por si sós, já demonstram a importância das coações. Igualmente, vê-se que o instituto em apreço também serve para garantir a ostentabilidade do patrimônio do devedor, para que uma parcela equivalente ao valor cobrado seja penhorada, sob pena de aplicação das sanções já mencionadas.

A despeito do que aconteceu em dado momento histórico, o uso da coerção mostra um potencial significativo para afastar os óbvios e já constatados problemas de um sistema exclusivamente sub-rogatório por expropriação nas execuções de pagar. E, de certa maneira, isso corrobora a tese defendida neste trabalho.

3.2.3 A coerção pela multa pecuniária (*Zwangsgeld*) e pela prisão (*Zwangshaft*) no direito alemão

Ainda, firme na ideia de perquirir as formas de coerção nos diferentes ordenamentos jurídicos, esta seção objetiva investigar, mesmo que brevemente, como se opera a coerção para o cumprimento de decisões judiciais por meio da multa pecuniária (*Zwangsgeld*) e da prisão (*Zwangshaft*) no direito processual civil alemão. Este ordenamento, é importante lembrar, a título de nota, “tem duas raízes históricas, o direito romano-canônico e o germânico”³¹⁵.

Antes de adentrar a análise específica das coerções, vale a breve observação de Luigi Ferrara. O autor – destacando a importância das coerções no direito germânico – promovia o cotejo entre as duas principais tendências em sede de obrigações específicas: aquela oriunda do direito romano, com ênfase na atividade sub-rogatória, derivada da predominante conversão em perdas e danos; e a germano-canônica,

³¹³ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: ensaios, p. 96.

³¹⁴ Eduardo de Avelar Lamy lembra que: “O uso do *contempt of court* como meio coercitivo destinado a assegurar a execução específica das decisões judiciais pode ser considerado um dos traços marcantes da execução forçada nesses sistemas.” (Prisão penal, coerção processual civil e efetividade. In: _____. (Org.). *Ensaio de processo civil*, v. 1, p.267).

³¹⁵ ROSEMBERG, Leo. *Da jurisdição no processo civil*. Tradução de João S. Muller. Campinas: Impactus, 2005. p. 25.

“consistindo no forte impulso ao cumprimento específico de maneira compulsiva.”³¹⁶

No ordenamento alemão, a execução está disposta no livro oito do Código de Processo Civil, *Zivilprozessordnung* (ZPO), o qual, para autores como Álvaro J. Ragone e Juan Carlos Ortiz Pérez Pradilho, caracteriza-se por “ter uma grande clareza sistemática que contém todos os elementos estruturais e funcionais daquele [execução]”³¹⁷. O sistema de execução germânico contempla procedimentos executivos diversos, os quais adotam um catálogo de medidas típicas, seguindo a linha da taxatividade dos meios executórios.

A ideia positivada consiste em reduzir as margens de avaliação do juiz quanto ao meio mais adequado ao caso concreto, prevendo, ao revés, “uma rígida categorização tipológica das obrigações, a qual corresponde uma tipologia dos instrumentos executivos”³¹⁸. Assim, para cada categoria específica de obrigação o legislador processual alemão previu procedimento e meio executórios próprios.³¹⁹ A análise deste livro oito da ZPO, sob o ponto de vista sistemático, mostra a clara segregação em execução pecuniária e não pecuniária, como se depreende da parte dois, que dispõe sobre a “execução por dívidas de

³¹⁶ FERRARA, Luigi. *L'esecuzione processuale indiretta*, p. 57. No original: “[...] consistente nell' impulso forte all'adempimento specifico in via coattiva”.

³¹⁷ RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILHO, Juan Carlos Ortiz. *Código procesal civil alemán (ZPO)*. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra De Falco. Montevideu: Konrad, Adenauer, Stiftung, 2006. p. 136. No original: “tener una gran claridad sistemática que contiene todos los elementos estructurales y funcionales de aquella”.

³¹⁸ TARUFFO, Michele. *Proceso civil comparado: ensaios*, p. 97.

³¹⁹ Acerca da divisão contida no referido livro oito do ZPO, Álvaro J. Ragone e Juan Carlos Ortiz Pérez Pradilho explicam que: “La primera parte del libro 8 contiene las disposiciones generales, a las cuales siguen aquellas referidas a las diferentes clases de ejecuciones. La división se orienta según el contenido del título a ejecutar. Así, se distingue entre ejecución por prestaciones dinerarias, para la restitución de cosas, sobre la base de prestaciones de hacer, de no hacer, de tolerar y finalmente para el otorgamiento de una declaración de voluntad. La ejecución fundada en prestaciones dinerarias es, a su vez, subdivisible de acuerdo con los bienes patrimoniales del deudor sujetos a ella y que puedan ser agredidos, es decir: cosas muebles, créditos y otros derechos patrimoniales y bienes inmuebles.” (*Código procesal civil alemán (ZPO)*, p. 136). Tradução livre: “A primeira parte do livro 8 contém as disposições gerais, seguidas pelas disposições referentes aos diferentes tipos de execuções. A divisão é orientada de acordo com o conteúdo do título a ser executado. Assim, é feita uma distinção entre a execução de prestações pecuniárias, para a restituição de coisas, com base em prestações de fazer, não fazer, tolerar e, finalmente, para a emissão de uma declaração de vontade. A execução baseada em prestações pecuniárias é, por sua vez, subdividida de acordo com os ativos do devedor, que podem ser atacados, ou seja, bens móveis, créditos e outros direitos de propriedade e imóveis.”

dinheiro”, e da parte três, relativamente à “execução para obter a entrega de coisas e a realização de atos ou omissões”, conforme explica James Goldschmidt.³²⁰

Quanto à execução de obrigações pecuniárias, o ZPO dispôs, nos §§ 803 a 882a, sobre a utilização de meios de execução direta por expropriação. O procedimento foi dividido por tipo de bens do devedor: móveis, imóveis e créditos, e outros direitos patrimoniais.³²¹

No tocante às obrigações de entregar, a disposição legal está incerta nos §§ 883 a 886, onde consigna um típico caminho subrogatório por desapossamento, ocorrendo a “execução na forma específica por apreensão coativa do bem”³²², ainda que o Estado “tenha que se valer de força”³²³. Nesses casos, a “Lei ordena que sejam apreendidas pelo executor e entregues ao credor” as coisas móveis e, em se tratando de bens imóveis, o executor “priva da posse ao devedor e a confere ao credor”³²⁴.

A tutela das obrigações de fazer fungíveis está prevista no § 887 e destaca a possibilidade de prestação do fazer por um terceiro, à custa do devedor. Assim, caberá ao devedor arcar antecipadamente com as despesas para a execução pelo terceiro, “sem prejuízo do direito de exigir um crédito posterior quando a realização do benefício produza maiores gastos”³²⁵.

É na seara das obrigações de fazer infungíveis e de não fazer que aparece a execução indireta, por meio das coações com multa e prisão, configurando um verdadeiro sistema misto³²⁶. Importante consignar que,

³²⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003. t. II. p. 217.

³²¹ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*, p. 217.

³²² TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado*: ensaios, p. 97.

³²³ BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 144.

³²⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*, p. 352-353.

³²⁵ RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILHO, Juan Carlos Ortiz. *Código procesal civil alemán (ZPO)*, p. 418. No original: “[...] sin perjuicio del derecho a exigir un crédito posterior cuando la realización de la prestación de hacer produzca mayores erogaciones”.

³²⁶ Na lição de Darci Guimarães Ribeiro: “Deste modo, se faz evidente a configuração de um sistema misto, já que existe pelo geral a aplicação de uma pena pecuniária (Zwangsstrafe) e excepcionalmente a aplicação de uma pena restritiva de liberdade (Zwangshoft) por descumprimento da obrigação.” (A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 145, p. 125-149, 2007. p. 148).

apesar de funcionarem como medidas coercitivas, a multa e a prisão no sistema alemão possuem nítida natureza sancionatória.³²⁷

Quanto aos fazeres infungíveis, o § 888 prevê a cominação de multa pecuniária (*Zwangsgeld*) como coerção para o cumprimento da obrigação inadimplida, valendo lembrar que seu valor é limitado a vinte e cinco mil euros³²⁸ e o montante revertido ao Estado.

Ainda, em sede de obrigações de fazer infungíveis e de não fazer, existe a possibilidade de coação pela prisão (*Zwangshaft*), quando o obrigado restará preso até o cumprimento da obrigação, obedecido o prazo máximo de seis meses. A limitação do prazo de prisão deve ser vista com espreque no § 802j da ZPO e não mais no § 913, o qual foi revogado e excluído do ZPO, junto com toda a seção quatro do livro oito, após modificação legislativa³²⁹ ocorrida em 2009 e que teve vigência em 2013.

Na lição de Bob Assink, Marc Dekkers, Neils Pepels e Fokke Fernhout, a prisão civil (*Zwangshaft*) foi restringida ao longo dos anos para um número limitado de casos – que não envolvam obrigação de pagar e que dependam da realização exclusiva e da vontade do próprio devedor.³³⁰ Em sentido semelhante, Sergio Chiarloni afirma que a interpretação conferida pela doutrina e pela magistratura alemãs acerca da aplicabilidade da prisão civil restringe-se a determinados e escassos casos de fazeres infungíveis como, por exemplo, prestação de contas, exibição de documentos, transmissão de informações societárias aos sócios de determinadas pessoa jurídica, entre outros.³³¹

³²⁷ PUCCIARIELLO, Pasquale; FANELLI, Giuseppina. L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta. In CAPONI, Bruno (Org.). *L'esecuzione processuale indiretta*. Milano: Ipsoa, 2011. p. 43-68. p. 51.

³²⁸ Na tradução, para a língua espanhola, do mencionado do § 888, I do ZPO, por Álvaro J. Ragone e Juan Carlos Ortiz Pérez Pradillo: “La multa no puede superar el monto de veinticinco mil euros.” (*Código procesal civil alemán (ZPO)*, p. 418). Tradução livre: “A multa não pode exceder o montante de vinte e cinco mil euros.”.

³²⁹ Lei Federal de 22.07.2009, Parte I, n. 48, publicada em 31.07.2009 no diário oficial, página 2258. início da vigência em 01.01.2013. germany. deutscher bundestag. Disponível em: <<http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/wp16/138/13878.html>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

³³⁰ ASSINK, Bob et al. Civil arrest as a means of enforcement of civil judgments: Dickensian or indispensable? In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (Coord.). *Enforcement and enforceability*, p. 302-303.

³³¹ CHIARLONI, Sergio. *Medidas coercitivas y tutela de los derechos*. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra 2005. p. 142-143.

A propósito, é interessante notar que o item 2³³² do mencionado § 888 prevê a impossibilidade de se ameaçar o devedor ao cumprimento da obrigação por meios coercitivos. A intenção do legislador, suspeitase, foi vedar a utilização de outros meios de coação, além de multa pecuniária e prisão, previstas no item 1 do mencionado dispositivo. De certa forma, esta interpretação é corroborada pela própria lógica do sistema executivo alemão, que prevê, além da tipicidade dos meios, a organização topológica dos meios por tipos de obrigações.

Mantendo a linha de aplicação dos meios expropriatórios nas execuções de obrigações pecuniárias, o § 888a, subsequente ao citado § 888, aduz que no caso de conversão em perdas e danos da obrigação originária de fazer por sentença condenatória (§ 510b), a execução deste título não poderá utilizar os meios previstos nos §§ 887 e 888. Veda-se, com clareza, a possibilidade de multa e prisão nas execuções de pagar.

No que tange às obrigações de não fazer ou de tolerar, na forma do § 890, o devedor será coagido, sob pena de “multa disciplinaria”³³³ para “cada contravenção”³³⁴. O montante da multa, por sua vez, não poderá ultrapassar duzentos e cinquenta mil euros³³⁵. Existe também, na ineficácia da multa, a possibilidade de prisão domiciliar por períodos de até seis meses e, no caso de reincidência, o cômputo total do período total de prisão ficará limitado a dois anos.

³³² Na redação original: “Eine Androhung der Zwangsmittel findet nicht statt.”. Na tradução para a língua espanhola, feita por Álvaro J. Ragone e Juan Carlos Ortiz Pérez Pradilho: “No es admisible la amenaza de medios coercitivos.”. RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILHO, Juan Carlos Ortiz. *Código procesal civil alemán (ZPO)*, p. 418. Tradução livre: “A ameaça por meios coercitivos não é admissível.”.

³³³ RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILHO, Juan Carlos Ortiz. *Código procesal civil alemán (ZPO)*, p. 419.

³³⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*, p. 356.

³³⁵ Para Pasquale Pucciariello e Giuseppina Fanelli, “em caso de obrigação de não fazer, a sanção, pecuniária ou detentiva (de até seis meses), é cominada ‘por cada contravenção por solicitação do credor’. O valor pode atingir duzentos e cinquenta mil euros e duas detenções. Entretanto, o inadimplemento de uma obrigação de fazer consubstancia um ato, enquanto o descumprimento de obrigação de não fazer comporta o aumento da pena”. (L’esperienza straniera dell’esecuzione forzata indiretta. In: CAPONI, Bruno (Org.). *L’esecuzione processuale indiretta*, p. 52).

Neste ponto, também é oportuno investigar a prevalência da aplicação da multa sobre a prisão. James Goldschmidt, a respeito, afirma que “o Tribunal tem a eleição entre a multa e a prisão”³³⁶, dando a conotação de que a escolha de aplicação de uma ou outra medida encontra guarida no campo de discricionariedade do juiz. Ocorre que a redação dos §§ 888³³⁷ e 890³³⁸ - obrigações de fazer infungíveis e de não fazer, respectivamente - dá clara preferência à multa, em detrimento da prisão, afirmando que esta só terá guarida no caso de impossibilidade de

³³⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*, p. 355.

³³⁷ A redação na língua original assim dispõe sobre a primeira parte do § 888, 1 do ZPO: “Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei”. Na tradução para a língua espanhola do mesmo trecho por Álvaro J. Ragone e Juan Carlos Ortiz Pérez Pradillo: “En caso de que una prestación de hacer no pueda ser realizada por un tercero, cuando esta dependa exclusivamente de la voluntad del deudor, entonces se debe declarar a petición en el tribunal del proceso de primera instancia, que al deudor se le puede imponer una multa dineraria como medio coercitivo para obtener el cumplimiento de la prestación de hacer y, para el caso de que esta no pueda ser realizada, lograr la imposición de un arresto”. (*Código procesal civil alemán (ZPO)*, p. 418). Tradução livre: “No caso de uma prestação que não possa ser realizada por um terceiro, que depende exclusivamente da vontade do devedor, então deve ser declarado, a pedido do tribunal de primeira instância, que seja aplicada ao devedor uma multa pecuniária como meio coercivo para obter a prestação de fazer e, no caso de descumprimento, impor a prisão.”.

³³⁸ Na redação na língua original assim dispõe o § 890, 1 do ZPO: “Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von 250 000 Euro, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen.” Na tradução para a língua espanhola do mesmo trecho por Álvaro J. Ragone e Juan Carlos Ortiz Pérez Pradillo: “En caso de que el deudor se oponga a una obligación de dejar de hacer una conducta o de tolerar la realización de un acto siendo reticente a ello, a petición del acreedor puede ser condenado por el tribunal del proceso de primera instancia al pago de una multa disciplinaria y, para el caso de que no pueda cumplirla, a arresto domiciliario de hasta seis meses. La multa disciplinaria no puede superar el monto de doscientos cincuenta mil euros; el arresto domiciliario no puede superar los dos años.” (*Código procesal civil alemán (ZPO)*, p. 418). Tradução livre: “No caso de o devedor se opor a uma obrigação de parar de praticar uma conduta ou tolerar a execução de um ato, sendo relutante em fazê-lo, a pedido do credor, pode ele ser condenado pelo tribunal de primeira instância ao pagamento de multa disciplinar e no caso de não poder cumpri-la, a prisão domiciliar de até seis meses. A multa disciplinar não pode exceder o montante de duzentos e cinquenta mil euros. A prisão domiciliar não pode exceder dois anos.”.

fixação da multa ou de cumprimento da obrigação pelo devedor.³³⁹

O cotejo realizado em ambas as medidas indica, segundo Renato Beneduzi, “tratar-se a prisão de um remédio subsidiário, de que se deve valer apenas em último caso (prisão como *ultima ratio*)”³⁴⁰. Assim, a ordem de prisão somente poderá ser obtida quando as multas civis revelarem-se inúteis ou ineficazes para o cumprimento da obrigação.³⁴¹

Por fim, ainda vale destacar, no sistema executivo alemão, importante modificação ocorrida no ZPO – por meio da Lei Federal de 22.07.2009, com vigência a partir de 01.01.2013, que criou, na parte 1 do livro 8, os §§ 802a a 802l. Entre estas disposições, o legislador reformista germânico instituiu no § 802f procedimento por meio do qual o oficial de justiça concede o prazo de duas semanas para o devedor pagar o débito e, se tal não ocorrer, fixa novo termo para que apresente informações sobre seu patrimônio e ativos financeiros.

No caso de o devedor não prestar as informações solicitadas de forma injustificada, poderá ele ser inscrito em uma lista do respectivo tribunal (§§ 802f, 3; 882), ou preso – a pedido do credor –, conforme prevê o § 802g do ZPO. A prisão perdurará até que o devedor apresente tais informações (§ 802i, 2), respeitado o prazo máximo de seis meses (§ 802j, 1).³⁴² Recentemente, o Tribunal Federal Constitucional alemão não aceitou queixa constitucional invocando a proporcionalidade para o devedor eximir-se da prisão.³⁴³

³³⁹ No mesmo sentido: GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 147.

³⁴⁰ BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 144.

³⁴¹ ASSINK, Bob et al. Civil arrest as a means of enforcement of civil judgments: Dickensian or indispensable? In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (coord.). *Enforcement and enforceability*, p. 302-303.

³⁴² A possibilidade não passou despercebida por Antônio Pereira Gaio Junior e Thaís Miranda de Oliveira: “Já no Direito Alemão, a localização patrimonial de bens do executado se dá por meio da manifestação deste próprio (eidesstattliche versicherung), constante do § 807 do ZPO, sendo que em caso de não cumprimento de dita obrigação processual comportará em sanção de privação de liberdade por um período de até seis meses (§ 913 do ZPO), sendo esta decretada pelo órgão judicial competente e levada a cabo por meio de um executor judicial, devendo a ordem de prisão indicar o credor, o devedor e o motivo da detenção (§ 908 do ZPO).” (Processo civil e os modelos de investigação patrimonial na atividade executiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 119-135, 2016. p. 121).

³⁴³ GERMANY. Bundesverfassungsgericht. *BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 03. November 2017 - 2 BvR 2135/09 - Rn. (1-26)*. Disponível em: <http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/11/rk20171103_2bvr2135_09.html>. Acesso em: 20 mar. 2018.

Dessa breve análise das coações no direito alemão, emergem algumas conclusões. A primeira consiste no fato de que – não obstante o sistema executivo alemão possuir rígida tipicidade quanto aos meios executórios e prever, de forma topológica, os meios por tipos de obrigações – a presença da coerção como meio executório indireto é bastante significativa. Tanto que o ordenamento prevê, além da possibilidade de aplicação da multa pecuniária, a prisão, assemelhando-se, também neste ponto, ao *contempt of court* da *common law*.

Outra conclusão consubstancia-se no fato de que o esquema da execução germânica foi forjado de modo a permitir que as coerções fossem cabíveis somente nas execuções de obrigações de fazer infungíveis e nas de não fazer, reservando as obrigações pecuniárias e de entrega o clássico modelo de exclusividade sub-rogatória. No entanto, a recente reforma promovida no ZPO, de certo modo, excepcionou esta regra rígida, possibilitando que o devedor de obrigação de pagar seja coagido a apresentar informações acerca de seu patrimônio e ativos financeiros, sob pena de inclusão em lista de devedores e até de ser preso (prisão pena).

A reforma processual em comento, além de enaltecer as coerções no direito alemão, é um passo importante relativamente à colaboração do devedor para com a execução, uma vez que, diante de tão severa ameaça, tende a informar sobre seu patrimônio e, ainda que isso não satisfaça a obrigação de pagar de forma imediata, por certo, facilitará o êxito na sequente atividade expropriatória.³⁴⁴

³⁴⁴ Sobre a importância da dita modificação legislativa: “Traditionally, German law did not provide for a general duty of the debtor to provide an inventory of his or her assets at the outset of enforcement proceedings. The former law was often criticized. Therefore, in 2009 the legislature adopted an Act to Reform the Determination of Facts in Enforcement Proceedings. The provisions which are relevant regarding transparency of debtors’ assets entered into force on 1st January 2013. Since then, the new § 802c ZPO imposes on the debtor of a monetary claim based on a private law relationship a duty to provide an (electronic) inventory on demand of the enforcement officer. With this new regulation there are strong incentives for the debtor to cooperate”. RAGONE, Álvaro J. Pérez. Session 4: Constitution, Fundamental Rights and Law of Enforcement. 4.2. The Conflicts between the Fundamental Rights of the Creditor and the Debtor. *Anais... XVI International Association of Procedural Law (IAPL) Seoul Conference 2014*. p. 649-650. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/kaar/?p=13751>>. Acesso em: 10 mar. 2018. Tradução livre: “Tradicionalmente, o direito alemão não previa a obrigação geral do devedor de fornecer um inventário de seus bens no início dos processos de execução. A lei anterior era frequentemente criticada. Portanto, em 2009, o legislador aprovou uma reforma nominada *Act to Reform the Determination of Facts in Enforcement Proceedings*. As disposições relevantes em matéria de transparência dos ativos dos devedores entraram em vigor em 1º de janeiro de 2013. Desde então, o novo § 802c ZPO

3.3 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS MEIOS COERCITIVOS NO DIREITO BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE DA TEMÁTICA A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 ATÉ O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Depois de analisados os meios executórios coercitivos em alguns dos principais ordenamentos jurídicos do mundo, alcança-se o momento de enfrentar a questão sob a ótica do direito pátrio. Esse propósito, por certo, será atingido com uma brevíssima retrospectiva história das coações no direito brasileiro – culminando nas respectivas previsões do CPC/2015 – segmentada em três ciclos evolutivo-temporais. Para fins de delimitação do recorte histórico desta retrospectiva, adotou-se como termo inicial o Código Civil de 1916.

A evolução normativa das coerções no Brasil, de certa forma, está inserida na retrospectiva histórica da superação do dogma da tipicidade dos meios executórios no sistema jurídico nacional, assunto da seção 1.4. A relação entre a superação da tipicidade e as coerções é notória. Por isso, a maioria dos pontos será revisitada de forma breve, primando pela ênfase nas coações.

3.3.1 Primeiro ciclo evolutivo: o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1939 – a coerção relegada a segundo plano

O legislador civil brasileiro, no início do século passado, não ficou imune à influência do liberalismo francês, sobretudo no tocante à incoercibilidade da vontade do devedor nas obrigações específicas. Nessa toada, o artigo 880³⁴⁵ do Código Civil de 1916 dispunha que na inexecução das obrigações de fazer infungíveis ocorreria a conversão em perdas e danos.

A doutrina civilista da época, ainda apegada ao *nemo praecise cogi potest ad factum* e à disposição do artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão, defendia fortemente a impossibilidade de coerção. Clóvis Bevilacqua, comentando o dispositivo em apreço, afirmava que, se o devedor “se recusa a executar a prestação, que somente por ele podia ser

impõe ao devedor com base numa relação de direito privado o dever de fornecer um inventário (eletrônico) sob demanda do oficial de execução. Com este novo regulamento, existem fortes incentivos para o devedor cooperar.”

³⁴⁵ “Art. 880. Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.”

executada, não é lícito forçá-lo, nem seria, muitas vezes possível”³⁴⁶. Na obra de João Mendes de Almeida Junior, igualmente, é possível perceber a tendência dos praxistas da época para a conversão em perdas e danos das obrigações de fazer infungíveis.³⁴⁷

Por outro lado, Luis Eulalio de Bueno Vidigal interpretava que o referido artigo 880 do Código Civil de 1916 não dispunha sobre a obrigatória conversão em pecúnia da obrigação infungível inadimplida. Para o autor, esse dispositivo “apresentam-nos casos de impossibilidade material de se conseguir especificamente a obrigação”³⁴⁸ e, então, inexistia uma regra posta de prevalência da transformação em pecúnia.

Ainda assim, pode-se concluir que o contexto jurídico da época relegava a segundo plano o predomínio, via coerção, do cumprimento das obrigações na forma específica.

Contrariamente ao Código Civil de 1916, o Código de Processo Civil de 1939 exsurge prevendo, no artigo 1.005³⁴⁹, a coerção patrimonial por multa nas execuções de obrigações de fazer infungíveis, aparentemente consagrando a execução indireta. Tratava-se de “medida coercitiva indireta”.³⁵⁰

Boa parte da doutrina processual daquele tempo, no entanto, continuou entendendo que nas execuções de obrigações de fazer infungíveis mantinha-se a ideia do Código Civil de 1916, com a conversão obrigatória em execução pecuniária para cobrança das perdas e danos e da multa cominatória. A multa, assim, tornava-se uma espécie de “antecipação das perdas e danos, não dispondo, portanto, de caráter coercitivo”³⁵¹. A ênfase na conversão em perdas e danos, ao invés da coerção propriamente dita, pode ser vista, por exemplo, em lições de José da Silva Pacheco³⁵² e de Jorge Americano³⁵³, ao comentarem o mencionado dispositivo.

³⁴⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943. v. 4. p. 24.

³⁴⁷ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 4. ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 396.

³⁴⁸ VIDIGAL, Luis Eulalio de Bueno. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, p. 68.

³⁴⁹ “Art. 1.005. Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação.”

³⁵⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. v. 2. p. 767.

³⁵¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 153.

³⁵² Discorrendo sobre a conduta do executado neste tipo de execução, José da Silva Pacheco, claramente foca as atenções muito mais na conversão em perdas e danos do que,

O caráter coercitivo da multa ficava prejudicado, pois, como o seu montante estava limitado ao valor da prestação³⁵⁴, o devedor não se sentia, de fato, compelido a cumprir a obrigação. A conversão em perdas e danos seria, então, um caminho natural e até certo ponto confortável para o executado. O devedor não sofreria um mal maior com a imposição da multa do que com o adimplemento da obrigação e, assim, dificilmente cederia a pressão da cominação da multa.

Por outro lado, alguns autores defendiam que o artigo 1.005 do CPC/1939 detinha feições coercitivas, porquanto a multa poderia ser cumulada com as perdas e danos e, por consequência, não teria intuito ressarcitório. Diferentemente ocorria com a multa prevista no artigo 999³⁵⁵, que – ao conceder uma alternativa ao credor nas obrigações fungíveis (multa ou perdas e danos) – ostentava flagrante natureza ressarcitória³⁵⁶ e, logo, não poderia ser confundida com a prevista no artigo 1.005.

Nessa ordem de ideias, segundo Moacyr Amaral Santos, a multa do artigo 1.005 “tão somente terá lugar quando o fato não puder ser prestado por terceiro”; já a multa do artigo 999, complementa o autor, se “preferida pelo credor, afasta a hipótese do pedido de perdas e danos”. E

propriamente, na coerção havida pela possibilidade de multa: “Recebendo a citação, o executado ou a) presta o fato ou b) se abstém de presta-lo. No primeiro caso, encerra-se a execução por falta de objeto. No segundo caso, continua a execução, devendo o exequente requerer ao juízo o pagamento da multa ou das perdas e danos. A execução prossegue de acordo as normas gerais para a execução por quantia certa, liquidando-se a sentença se fôr ilíquida.” (*Tratado das execuções*. Execução de sentença. Rio de Janeiro: Borsoni, 1964. v. 2. p. 257).

³⁵³ Explicando a operacionalização prática do dispositivo, Jorge Americano conferia ênfase na transformação do fazer fungível em execução pecuniária: “Fixa-se ou arbitra-se prazo, se necessário (art, 998) e, se o valor da prestação não fôr determinado, também arbitra-se este, para poder, sobre êle, determinar-se a cominação pecuniária que não o exceda. Escoado o prazo, sem que o devedor a cumpra, o juiz julga a cominação, e prossegue-se como na execução por quantia certa.” (*Comentários do Código de Processo Civil do Brasil*. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 4. p. 273).

³⁵⁴ SOUZA, Orlando de. *Doutrina e prática das execuções de sentenças*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1961. p. 203.

³⁵⁵ “Art. 999. Se o executado não prestar o serviço, não praticar o ato ou dele não se abster no prazo marcado, o exequente poderá requerer o pagamento da multa ou das perdas e danos, prosseguindo a execução nos termos estabelecidos para a de pagamento de quantia em dinheiro líquida, ou ilíquida, conforme o caso.”

³⁵⁶ Justamente por isso não era possível a cumulação da multa com as perdas e danos. SOUZA, Orlando de. *Doutrina e prática das execuções de sentenças*, p. 200.

arremata: “a pena do art. 1.005 não exclui que nestes [nas perdas e danos] se converta a inexecução da obrigação”³⁵⁷.

Não obstante a previsão do sobredito artigo 1.005 na seara da execução, existia disposição expressa no CPC/1939 prevendo a ação cominatória para prestação de fato ou abstenção de ato, arrolada como um dos processos especiais do Livro IV. O seu cabimento, na forma do artigo 302, inciso XII³⁵⁸, figurava “em todos os casos de prestação ou abstenção legal ou contratual”³⁵⁹. O autor desta ação deveria pleitear, na petição inicial (artigo 303), que o réu prestasse o fato ou se omitisse em prestá-lo, a depender do caso, “sob a pena contratual, ou a pedida pelo autor, se nenhuma tiver sido convencionada”. Revelava-se, uma vez mais, a possibilidade de coerção que, aliás, representa a razão de ser da ação cominatória.

A diferença entre a execução da obrigação de fazer infungível e a ação cominatória na mencionada codificação processual é explicada por José da Silva Pacheco. Para o autor, na ação cominatória, “o juiz declara e comina com base ou na lei ou na convenção”. Por outro lado, na execução promovida com fulcro “nos artigos 1.005 e 1.007 do C.P.C., executa-se a sentença condenatória exequível já existente e com base nela é que o juiz manda citar sob a ‘cominação sentencial’ a não praticar o ato”³⁶⁰.

O caráter coercitivo da multa na ação cominatória, contudo, também não é imune a críticas. Para Marcelo Lima Guerra, a “pena contratual” disposta no artigo 303 do CPC/1939, sendo cláusula penal, postava-se como multa de cunho ressarcitório, cujo objetivo era a antecipação das perdas e danos. Ainda, na sua lição, se o referido artigo previa a possibilidade de cominação de multa “pedida pelo autor” apenas no caso de ausência de pena contratual pré-estabelecida, a multa – fixada pelo juiz com base no *pedido do autor* – deveria possuir a mesma característica da pena contratual que não fora estabelecida no contrato, ou seja, antecipar perdas e danos.³⁶¹

Sob o enfoque prático, a doutrina lembra – quanto à aplicabilidade da multa na ação cominatória – que “o mecanismo se

³⁵⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. v. 1. p. 167.

³⁵⁸ “Art. 302. A ação cominatória compete: [...] XII – em geral, a quem, por lei, ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo.”

³⁵⁹ AMERICANO, Jorge. *Comentários do Código de Processo Civil do Brasil*, p. 90.

³⁶⁰ PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções*. Execução de sentença, p. 260.

³⁶¹ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 155-156.

desfigurou, porquanto o órgão judiciário, raramente, cominava a pena pecuniária, provendo com base em cognição sumária e liminar. É provável que tivessem os juízes em mente o princípio enraizado no art. 880 do CC de 1917³⁶².

Com base no exposto, pode-se inferir que a forte influência do liberalismo francês no tocante à incoercibilidade da vontade do devedor nas obrigações específicas, talvez tenha feito o artigo 880 do Código Civil de 1916 prevalecer sobre os artigos 302 e 1.005 do CPC/1939. E, assim, à época – ao menos em um primeiro momento –, restava enfraquecida a aplicação de coerções em obrigações específicas.

3.3.2 Segundo ciclo evolutivo: o Código de Processo Civil de 1973, as reformas processuais direcionadas às obrigações específicas e o Código Civil de 2002 – a consagração das coerções típica e atípica e a assimetria entre legislação processual e legislação material

O Código de Processo Civil de 1973³⁶³ trouxe novos ares para a discussão do manejo das coerções nas obrigações específicas. Nas execuções de obrigações de fazer e de não fazer, o artigo 644³⁶⁴ previa expressamente a possibilidade de aplicação de multa pecuniária – tendente a “influir no psiquismo do devedor”³⁶⁵ – não mais limitada ao valor da prestação, como prescrevia o artigo 1.005 do CPC/1939. Nessa linha, José Carlos Barbosa Moreira afirmava que o montante da multa “não coincide necessariamente com o valor da obrigação descumprida, nem o tem por limite”³⁶⁶.

³⁶² ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 18-37. 2003. p. 25.

³⁶³ Serão analisados os artigos dispostos na redação original do CPC/1973.

³⁶⁴ “Art. 644. Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz.”

³⁶⁵ MOURA, Mario Aguiar. *O processo de execução segundo o Código de 1973*. Porto Alegre: PUC/EMMA, 1975. v. 2. p. 377.

³⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 219. Em sentido contrário, afirmando que da interpretação sistemática do CPC/1973 e, em especial, da redação do artigo 638, não era possível entender que inexistia limitação ao valor da multa: CRIBARI, Giovanni. Execução específica - obrigações de fazer, de não fazer e de prestar declaração de vontade: cominação e ação de preceito cominatório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, p. 47-61, 1978. p. 55-56.

A sùtil omissão legislativa, por certo propositada, filiará o regime de coerção por multa do CPC/1973 à lógica das astreintes francesas³⁶⁷⁻³⁶⁸, que haviam acabado de ser positivadas naquele ordenamento – assunto já analisado neste capítulo. . Essa semelhança foi notada, inclusive, por Amílcar de Castro, ao afirmar que a “‘pena’ a que se referem os arts. 644 e 645, é o que, no direito francês, se denomina ‘astreinte’: condenação pecuniária imposta na razão de tanto por dia de atraso no cumprimento da obrigação”³⁶⁹.

A aplicação da multa consagrou-se como “instrumento, meio e modo de forçar o devedor a cumprir obrigação de fazer ou de não fazer”³⁷⁰, fazendo-o, certamente, “pensar duas vezes, antes de se dispor a não satisfazer o julgado.”³⁷¹ Nas palavras de Antônio Carlos Costa e Silva: “E, para que fique bem evidenciado qual o seu sentido (meio de coação e não de punição), completa o art. 645 que a condenação na pena pecuniária deverá constar da sentença que julgou a lide.”³⁷². Na mesma linha, José de Moura Rocha afirmava que intenção do legislador consistiria em “utilizar meios de coação indireta, integrando-os à sentença. Tais meios a que o artigo denomina de ‘penas pecuniárias’

³⁶⁷ Nesse sentido, José Frederico Marques assevera: “O curso e a repetição das multas não têm limites. Vai tudo fluindo enquanto inadimplente o devedor, no tocante ao título em que se formou o *pacto de contrahendo* (art. 639), *Procede-se*, portanto, tal como nas astreintes do Direito francês.” (*Manual de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar* (parte geral), p. 173). Em sentido contrário: “Teria, cabe-nos indagar, agora com mais razão, o Código de 1973, ao estabelecer, inovando, a multa diária, adotado as astreintes do direito francês, ou o *Contempt of the Court* do direito inglês e da *Zwangsmittel - ZPO*, § 888, do direito alemão? Entendemos que não. A multa diária (art. 644), hoje, não é contrária ao nosso Direito, mas, a toda evidência, ele, o direito, se contrapõe à ilimitação e à falta de teto da multa. CRIBARI, Giovanni. *Execução específica - obrigações de fazer, de não fazer e de prestar declaração de vontade: cominação e ação de preceito cominatório*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, p. 47-61, 1978. p. 54.

³⁶⁸ É verdade que a redação do artigo 644 silencia quanto a eventual exagero no montante da multa a fim de, realmente, compelir o devedor para cumprir a obrigação, o que era nota marcante da astreinte francesa tradicional. No entanto, em razão de outras características, pode-se fazer a comparação.

³⁶⁹ CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII – arts. 566 a 747. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 188.

³⁷⁰ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar* (parte geral), p. 172.

³⁷¹ SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Tratado do processo de execução: das diversas espécies de execução*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976. v. 3. t. 1., p. 95.

³⁷² SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Tratado do processo de execução: das diversas espécies de execução*, v. 3. t. 1., p. 94.

serão mais um meio de obter coativamente a satisfação do direito de vencedor, forçando o devedor à satisfação da obrigação devida”³⁷³.

Anote-se que a aplicabilidade era restrita a execuções de títulos judiciais, conclusão esta presumida pela redação do citado artigo 645 do CPC/1973 ³⁷⁴. Assim, a sentença que julgasse procedente o pedido na ação de conhecimento deveria prever o valor da multa por dia de atraso e o termo inicial e, na sua omissão, o juízo da execução poderia determinar.³⁷⁵

Afora o campo específico da execução, a cominação de pena pecuniária para as ações de obrigações de fazer ou de não fazer persistia no CPC/1973, só que não mais na forma de ação de rito próprio, mas como pedido a ser realizado em ação pelo procedimento comum, conforme dispunha o artigo 287³⁷⁶.

Como bem lembra Eduardo de Avelar Lamy, a “evolução dos meios de execução e das possibilidades criadas para a obtenção da tutela da obrigação exatamente como deveria ter sido prestada, a chamada tutela específica, não estagnou-se no tempo”³⁷⁷.

Anos após o início da vigência do CPC/1973, como é sabido, a Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), ao fincarem claramente a atipicidade de meios executórios no ordenamento jurídico brasileiro, enaltecem as coações, nesse caso as atípicas, como forma de pressionar o devedor ao cumprimento das obrigações na forma específica.

Nos anos seguintes, a redação original do CPC/1973 sofreu várias mutações. Em 1994, a Lei n. 8.952 introduziu no CPC/1973 a antecipação dos efeitos da tutela final, modificando a redação dos artigos 273 para prever uma espécie de regime geral da tutela

³⁷³ ROCHA, José de Moura. *Sistemática do novo processo de execução* (arts. 566 a 747 do Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 291.

³⁷⁴ “Artigo 645. A condenação na pena pecuniária deverá constar da sentença, que julgou a lide.”

³⁷⁵ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar* (parte geral), p. 172.

³⁷⁶ “Art. 287. Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645).”

³⁷⁷ LAMY, Eduardo de Avelar. Prisão por desobediência em execução de fazer. In: _____; ARAÚJO, José Henrique Mouta; BORGES, Marcus Vinícius Motter (Org.). *Aspectos polêmicos da execução civil*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 161-207. p. 164.

antecipada. Já a alteração no artigo 461 trazia a possibilidade desta antecipação na “ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” que, para Sergio Bermudes, “transformava a tutela específica em regra e a outorga da providência de resultado prático correspondente em alternativa mais próxima”³⁷⁸.

O novo *caput* do artigo 461 possuía um sentido bastante aberto ao estatuir que o juiz “determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” e o seu parágrafo quarto previa expressamente a coerção patrimonial (multa diária) para o cumprimento de decisão liminar. Estava-se diante das coerções típica e atípica para constranger o obrigado ao cumprimento da obrigação específica.

O artigo em comento também continha importante previsão em seu parágrafo segundo, pois ao afirmar que a “indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da (art. 287)” pacificava tormentosa controvérsia que ocorrera na doutrina do CPC/1939. A possibilidade de cumulação de perdas e danos e com multa coercitiva é “consequência lógica e natural das diferentes naturezas e finalidades dos dois institutos: a primeira visa a motivar o adimplemento e a segunda define o objeto da obrigação do obrigado inadimplente”³⁷⁹.

No mesmo ano de 1994, a Lei n. 8.953 modificou a redação dos artigos 644 e 645, os quais tratavam das execuções de obrigação de fazer ou de não fazer. No primeiro artigo, alterou-se a expressão “pena pecuniária” para “multa” e, também, previu-se a possibilidade de o juízo da execução majorar ou diminuir o valor da multa (parágrafo único). Pela modificação do artigo 645, passou a ser possível coerção patrimonial também quando a obrigação estivesse disposta em títulos executivos extrajudiciais.

A nova redação do artigo 645 – ao prever que o juiz fixaria a multa “ao despachar a inicial” – acabou permitindo a imposição da multa de ofício, independentemente de requerimento da parte. Ocorre que o artigo 644 não continha a mesma menção e, assim, poderiam surgir dúvidas quanto à possibilidade de determinação de ofício da multa nas execuções de título judiciais. Sobre o assunto, a doutrina esclarecia, à época, que: “Essa determinação, conquanto inscrita somente no art. 645 (título extrajudicial) e não no art. 644 (título

³⁷⁸ BERMUDES, Sergio. *A reforma do Código de Processo Civil*; observações às leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, de 13-12-1994, 9.079, de 14-7-1995, 9.139, de 30-11-1995 e 26-12-1995, que alteraram o CPC, p. 66.

³⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, p.159.

judicial) prevalece tanto para as execuções específicas com fundamento em título judicial quanto em extrajudicial.”³⁸⁰.

Essa etapa da evolução normativo-processual do ordenamento brasileiro foi enaltecida por Cândido Rangel Dinamarco, que, na ocasião da dita reforma, afirmou: “Ao longo dos tempos a resistência do obrigado foi sempre muito respeitada como óbice intransponível à efetivação das obrigações de fazer ou não fazer por obra dos órgãos judiciários.”³⁸¹. Asseverou ainda que o “dogma da intangibilidade da vontade humana, zelosamente guardado nas tradições francesas pandectistas”³⁸², fazia o mundo aceitar o preceito existente no artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão. Em arremate, esclareceu que a referida modificação legislativa restringia sobremaneira a lógica da imperatividade de conversão da obrigação específica em pecuniária, “o que só pôde ser uma constante enquanto a ordem jurídica não tinha a coragem de impor ao obrigado o resultado final de sua própria atividade”³⁸³.

Em sentido semelhante, Eduardo de Avelar Lamy assevera que os “meios de coerção ao adimplemento nas obrigações de fazer, especialmente as infungíveis, passaram por uma grande evolução”. É que o legislador reformista, sentindo “a necessidade de inovar para o bem-estar coletivo [...] criou meios para influir na vontade do devedor, a fim de que este se decida a realizar a obrigação”³⁸⁴.

De fato, o sistema processual civil brasileiro dava admirável passo para a consagração da tutela específica e, por corolário, das coações como forma de pressão sobre o obrigado.

Em 2002, a Lei n. 10.444 promoveu importantes alterações no CPC/1973. No parágrafo quinto do artigo 461, incluiu-se a possibilidade de “imposição de multa por tempo de atraso”, ratificando a possibilidade já prevista no parágrafo quarto de coerção patrimonial. Desse modo, o prazo de incidência da multa não estaria vinculado somente a dias.

No tocante à tutela específica das obrigações de entrega de coisa, o legislador da dita reforma criou o artigo 461-A, prevendo o desapossamento como meio executório primário, conforme dicção do parágrafo segundo e, com base no parágrafo terceiro, a possibilidade de

³⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, p.1294.

³⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 151.

³⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 151.

³⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*, p. 153.

³⁸⁴ LAMY, Eduardo de Avelar. O dever de boa-fé na execução de fazer infungível: a prevalência do traço humano sobre o caráter formal do processo. In: _____ (Org.). *Ensaio de processo civil*, v. 1, p. 123.

aplicação das medidas de efetivação dispostas no artigo 461. Ainda em sede de obrigações de entrega, o artigo 621 foi modificado para, no parágrafo único, prever a coerção patrimonial nas execuções de títulos executivos extrajudiciais com tais obrigações.

Nesse enleio de reformas parciais na redação do CPC/1973, exsurge a promulgação, também no ano de 2002, de um novo Código Civil. A redação do novel artigo 247 – análogo ao artigo 880 do CC/1916 – surpreendentemente, não inovou ao dispor que: “Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”. Ou seja, desprezando as coerções previstas na legislação processual, a nova legislação material mantinha a lógica da conversão das obrigações infungíveis em perdas e danos.

Essa questão foi noticiada por Antônio Carlos Costa e Silva, já em 1977, ao enfrentar a problemática harmonização da previsão do artigo 880 do CC/1916 com a execução por coerção na redação original do artigo 644 do CPC/1973. O autor analisava as mudanças previstas pelo projeto de Lei n. 634/1975 (que se tornaria o Código Civil de 2002), especificamente nos artigos 878 e 880, e proclamava a celeuma: “O primeiro artigo foi eliminado do futuro Código Civil (Projeto de Lei n. 634/75), mas, mantido o segundo (art. 245 do Projeto)³⁸⁵ temos que continuará vigente a mesma orientação tradicional: a prestação fungível é a regra, a infungível, a exceção.”³⁸⁶.

Não é crível imaginar que, mesmo com o advento do referido artigo 247 do Código Civil de 2002 (CC/2002), entendimentos doutrinário e jurisprudencial retrocederem a ponto de ressuscitar o *nemo praecise cogi potest ad factum* ou mesmo conceber que voltaria a vigor a lógica do artigo 1.142 do Código Civil de Napoleão. Isso, de fato, não aconteceu.

Sobre o rumo que a praxe jurídica iria conferir a esta ausência de simetria entre as legislações material e processual civil, a doutrina, em 2003, parecia profetizar: “À semelhança do que ocorreu anteriormente, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, o dispositivo material não impedirá a aplicação dos mecanismos de coerção mais modernos.”³⁸⁷.

³⁸⁵ O artigo 245 foi renumerado para artigo 247 na versão final promulgada do CC/2002.

³⁸⁶ SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Tratado do processo de execução*: das diversas espécies de execução, p. 33.

³⁸⁷ ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003. p. 30.

A doutrina, de modo geral, afastou a pertinência do dispositivo da legislação material. Por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco lembrava, em 2004, que a referida norma civil filiava-se à lógica da redação original do artigo 638 do CPC/1973, no sentido da obrigatória conversão em perdas e danos, “mas a força da garantia constitucional do pleno acesso à justiça é maior e não permite que as coisas sejam hoje como eram nos tempos obscuros já superados”³⁸⁸.

Nessa linha, a interpretação conferida por Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, em 2006, foi no sentido de que mesmo diante da “letra do art. 247 do CC/2002, e eventualmente permitir uma interpretação literal (e superada pelo ordenamento jurídico como um todo), a regra, hoje, é a da realização do direito do credor da prestação de fato pelo modo específico”³⁸⁹.

Em suma, pode-se dizer que esse talvez tenha sido o ciclo evolutivo mais virtuoso para as coerções no processo civil brasileiro, a despeito de, neste ínterim, ter sido promulgado o artigo 247 do CC/2002.

No tocante às execuções de obrigações de pagar, alguns autores – após a vigência das leis n. 8.952/1994, n. 8.953/94 e n. 10.444/2002 – passaram a defender que a multa coercitiva também deveria ser aplicável às execuções pecuniárias, conforme se extrai das doutrinas de Cândido Rangel Dinamarco³⁹⁰, José Roberto dos Santos Bedaque³⁹¹, Luiz Guilherme Marinoni³⁹², Cassio Scarpinella Bueno³⁹³ e Marcelo Lima Guerra³⁹⁴. Não obstante, vale registrar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de forma majoritária, não encampou tal entendimento doutrinário.³⁹⁵

³⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 449.

³⁸⁹ DALL'AGNOL JÚNIOR. Antônio Janyr. Tutela das obrigações de fazer e de não-fazer (art. 461). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 134, p. 231-244, 2007. p. 235.

³⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 43.

³⁹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 542.

³⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 448-454.

³⁹³ BUENO, Cassio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 113, p. 22-76, 2004. p. 55.

³⁹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 153.

³⁹⁵ Entre outros: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.358.705/SP*. Rel. Min. Nancy Andriahi, Terceira Turma. Brasília, DF, j. 11/03/2014.

3.3.3 Terceiro ciclo evolutivo: a reforma da execução pecuniária no Código de Processo Civil de 1973

A execução pecuniária foi alvo de reformas, a partir de 2005, com a edição da Lei n. 11.232 e, logo após, com a Lei n. 11.382, em 2006.

A reforma de 2005 extinguiu o processo de execução de sentença, criou um procedimento executivo para títulos executivos judiciais e o alocou dentro de uma fase (cumprimento da sentença) ao final do processo de conhecimento (Capítulo X, Título VIII, Livro I, artigos 475-I a 475-R do CPC/1973).

No que tange ao cumprimento da sentença de obrigação de pagar, o artigo 475-J inovou ao prever multa de 10% (dez por cento) sobre o valor executado no caso de não pagamento voluntário pelo devedor, dentro do prazo de 15 (quinze) dias.

A multa, por sua vez, tinha “o objetivo de compelir o vencido ao cumprimento espontâneo”³⁹⁶ e, portanto, ostentava nítida feição coercitiva³⁹⁷ e não punitiva³⁹⁸ ou ressarcitória. Certamente, não se estava, desta feita, diante da inauguração das coerções em obrigações de pagar no ordenamento processual civil brasileiro, porquanto, há muito, já era possível a coação pessoal do devedor de obrigação alimentar.

Contudo, a coerção típica na forma da sobredita multa pecuniária, tratava-se “de dispositivo absolutamente inédito no direito processual civil brasileiro, sem qualquer precedente na legislação anterior”³⁹⁹. O

³⁹⁶ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 12.

³⁹⁷ No mesmo sentido, à época do início da vigência da Lei: “A multa referida no art. 475-J do CPC, segundo pensamos, atua como medida executiva coercitiva, e não como medida punitiva.” WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel. *Breves comentários à nova sistemática processual civil, II: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 6.

³⁹⁸ Para Luiz Guilherme Marinoni, a multa do artigo 475-J do CPC/1973 era punitiva, pois não tinha o condão de constranger o devedor a cumprir a obrigação de pagar, mas sim de punir pela prática da conduta prevista no dispositivo (não efetuar o pagamento em quinze dias). E caso fosse possível a fixação da multa “em valor variável, conforme as necessidades do caso concreto e o grau de resistência do demandado”, aí, sim, possuiria feições coercitivas. Asseverava o autor, ainda, que: “Esta multa não é instrumento colocado nas mãos do juiz para constranger ao adimplemento, mas sim algo que inexoravelmente deve ocorrer na hipótese de a sentença não ser cumprida. Não é um meio de execução, como é a coercitiva, prevista no art. 461 do Código de Processo Civil.” (*Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 447-448).

³⁹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113.

ineditismo se devia, em suma, a dois motivos: (a) previa-se expressamente meio coercitivo para a execução de obrigação de pagar créditos diversos da obrigação alimentar; (b) autorizava-se a coerção patrimonial (na forma de multa), para além das obrigações específicas, nas execuções pecuniárias.

Parte importante da doutrina⁴⁰⁰, é bem verdade, sustentava ser possível, antes mesmo da vigência do artigo 475-J do CPC/1973, a coação nesses tipos de obrigações, por meio das multas do artigo 461 do mesmo diploma processual civil. Porém não se pode ignorar que a multa pecuniária do artigo 475-J emergia como formidável marco normativo para a aplicação de coerções em obrigações de pagar.

A literalidade do dispositivo em apreço não denunciava a singeleza de outra coerção implicitamente prevista, a saber, a instauração da própria fase executiva contra o devedor. É que o ato de intimação para pagamento e o lapso de quinze dias não aconteciam, propriamente, dentro da fase executiva, mas sim imediatamente antes dela, pois a pretensão de executar nasce somente após o transcurso do referido prazo⁴⁰¹, sem o pagamento voluntário.

Por corolário, a execução e os seus subsequentes atos objetivando a expropriação somente teriam início após a inércia do vencido quanto ao cumprimento da obrigação de pagar e isso por iniciativa do credor, mediante o “requerimento” aludido na parte final do artigo 475-J. Então, além da própria multa, o devedor era ameaçado, no caso de não pagamento, do início das atividades executivas contra ele.

Em sentido semelhante, Flávio Luiz Yarshell e Marcelo José Magalhães Bonício, em 2006, já afirmavam que “a multa é imposta para desestimular o início da execução”⁴⁰² e, assim, o devedor “que não paga, na lógica adotada pela nova lei, sujeita-se a arcar com o custo que o processo de execução tem, repita-se, para Estado e para o credor”⁴⁰³.

Outro ponto digno de nota quanto à referida multa coercitiva consiste na sua não similitude com a concepção original das astreintes francesas ou com a multa pecuniária então prevista nos artigos 461 e

⁴⁰⁰ Por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER Jr. Fredie (Coord.). *Execução civil* – Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado, p. 243-244.

⁴⁰¹ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p. 30.

⁴⁰² YARSHELL, Flávio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil: novos perfis*. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 33.

⁴⁰³ YARSHELL, Flávio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil: novos perfis*, p. 32.

645 do CPC/1973 reformado, apesar de todas elas exibirem natureza coercitiva.

A multa coercitiva do artigo 475-J do CPC/1973 estaria limitada a dez por cento (10%) do valor da obrigação, enquanto nas astreintes francesas inexistia limitação; ao revés, o exagero no valor da multa era considerado a sua essência.

A multa pecuniária aplicável às obrigações específicas aumentava de valor na exata proporção do tempo de descumprimento da obrigação. A multa do artigo 475-J, ao contrário, não seria majorada em razão do tempo de inadimplemento do devedor. Outro indício desta dessemelhança consistia no fato de que nas multas previstas para as obrigações específicas eram permitidas modificações, enquanto na multa para a obrigação pecuniária, eventual majoração ou diminuição escapava da discricionariedade do magistrado.⁴⁰⁴

Já a reforma de 2006 promoveu, por meio da Lei n. 11.382/2006, respeitáveis modificações na execução pecuniária por título extrajudicial, como a averbação premonitória, a alienação por iniciativa particular, a fixação de honorários já na decisão que recebe a inicial e a penhora eletrônica de ativos do executado depositados em instituições financeiras.

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a sobredita lei trouxe alterações justamente para “propiciar maior efetividade à execução, pela adoção de condutas preconizadas pela doutrina e pelos tribunais ou sugeridas pela dinâmica das atuais relações econômicas, inclusive com o apelo aos meios eletrônicos, limitando-se o formalismo estritamente necessário”⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Sobre o assunto, Paulo Henrique dos Santos Lucon, em 2007 asseverava que: “O juiz não está autorizado a diminuir ou majorar a multa. A multa de 10% (dez por cento) não se aproxima, nesse aspecto, daquela periódica, normalmente diária e somente aplicável em relação ao descumprimento das obrigações de fazer e não fazer e de entrega de coisa. Por expressa disposição legal, em relação a estas obrigações pode o juiz alterar o valor da multa, de caráter unicamente coercitivo, majorando-a se insuficiente para atingir o cumprimento do *decisum* ou ainda minorando-a se excessivamente desproporcional e onerosa.” (Multa de 10% (dez por cento) na Lei 11.232/2005. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 19, p. 247-257, 2007. p. 250). Em sentido semelhante: MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileira*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 543.

⁴⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao art. 1º. In: ____ (Coord.). *A nova execução de títulos extrajudiciais: comentários à Lei 11.382, 6 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 3.

Essa nova etapa da reforma parcial executiva, entretanto, não inovou em sede de coerções, deixando de prever instituto semelhante ao artigo 475-J, ou ainda a sua interpretação por analogia, para as execuções pecuniárias lastreadas em títulos extrajudiciais. A doutrina, à época, na voz de Paulo Henrique dos Santos Lucon, afirmou que: “A multa de 10% (dez por cento) somente tem cabimento em relação aos títulos executivos judiciais. Isso porque não há previsão legal no Código de Processo Civil nem mesmo por força da Lei 11.382.”⁴⁰⁶.

Por certo, a recalcitrância em expandir a coerção por multa para as execuções pecuniárias com base em títulos extrajudiciais decorre, fundamentalmente, de dois aspectos: (a) a constante ideia do legislador reformista de valorizar a criação de novos meios executórios somente para os títulos judiciais, talvez calcado na ideia de segurança jurídica naturalmente decorrente dessa modalidade de títulos; (b) o, ainda, apego à ideia de que a execução pecuniária, ao menos a lastreada em títulos extrajudiciais, opera-se na clássica regra de exclusividade da sub-rogação por expropriação.

Nos anos posteriores às leis n. 11.232/2005 e n. 11.282/2006, a praxe forense demonstrou que – apesar de notáveis avanços, entre eles, seguramente, pode-se destacar a penhora eletrônica de ativos financeiros – a dita reforma processual não revolucionou a execução pecuniária.

A multa pecuniária prevista no artigo 475-J teve papel importante para a consagração da coerção nas obrigações de pagar, entretanto, não se observou, na prática, um real constrangimento do executado, a ponto de resolver o problema das execuções de títulos judiciais, dispensando a clássica técnica de expropriação. A doutrina, logo após o início da vigência da Lei n. 11.232/2005, aqui representada por Araken de Assis, vaticinava no sentido de que: “O tempo mostrará se a multa de dez por cento estimulará os vencidos. Parece pouco provável que formem fila às portas do foro para depositar o valor a que foram condenados.”⁴⁰⁷.

O executado que não possuía patrimônio permanecia indiferente à ameaça de aumento do valor devido, pois esse acréscimo – diante da sua insolvência – não lhe faria qualquer diferença. Por outro lado, aquele executado que dispunha de bens “pagava para ver”, apostando que durante o longo e moroso período da fase expropriatória conseguiria ocultar seus bens e frustrar a execução (se é que não havia procedido

⁴⁰⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Multa de 10% (dez por cento) na Lei 11.232/2005. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 19, p. 247-257, 2007. p. 256.

⁴⁰⁷ Assim proclamava Araken de Assis em 2006, na nota prévia da décima edição da obra intitulada “Manual da Execução”. (*Manual da execução*, p. 28).

assim antes) ou “ganhar no cansaço” do devedor, impondo-lhe um acordo com significativa redução do valor devido.

4 AS COERÇÕES EM EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: A PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E O AFASTAMENTO DA IDEIA PUNITIVA DO ARTIGO 139, INCISO IV, DO CPC/2015

O capítulo antecedente promoveu uma intensa investigação acerca das coerções na função executiva da jurisdição. Além de perquirir sobre alguns óbices históricos da execução indireta, analisou os três principais sistemas de coerções existente no mundo para, ao final, estudar o progresso normativo do tema no Brasil – por meio do exame de três ciclos evolutivos –, desde o Código Civil de 1916 até a redação reformada do CPC/1973.

A aludida investigação mostrou-se indispensável para o enfrentamento do tema das coerções hodiernamente no sistema executivo pátrio, que consiste justamente no primeiro desígnio deste capítulo. Afora isso, o capítulo também examinará a relação entre as medidas coercitivas nas execuções pecuniárias, a responsabilidade patrimonial e a constitucionalidade do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.

4.1 AS COERÇÕES PARA AS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: REPENSANDO A CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DA EXECUÇÃO INDIRETA

A onda reformista dos anos 1990 e 2000 deu lugar a um movimento por nova codificação processual. A redação do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 exsurgia, entre outros objetivos, calcada na perseguição de uma prestação jurisdicional célere e efetiva, que “proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados”⁴⁰⁸, conforme proclama a sua exposição de motivos.

Contudo, em que pese dita exposição dedicar dezenas de parágrafos aos precedentes, à tutela provisória, ao sistema recursal e ao

⁴⁰⁸ BRASIL. Senado Federal. *Exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

contraditório – o que, de fato, são questões importantes –, debruça-se em apenas um parágrafo sobre a multa pecuniária nas obrigações específicas e em dois parágrafos sobre a execução pecuniária, discorrendo especificamente sobre a expropriação e a extinção dos embargos à arrematação.

Ainda assim – e mesmo diante de uma óbvia oportunidade perdida pelo Código, a saber, a desjudicialização de alguns atos executivos, a exemplo do que outros ordenamentos jurídicos já fizeram –, o CPC/2015 ratifica algumas conquistas quanto às coações obtidas no período reformista do CPC/1973 e inova em alguns significativos pontos.

4.1.1 A coerção por multa pecuniária

No tocante à coerção nas obrigações específicas, o CPC/2015 promoveu uma grande organização da questão, a qual, como mencionado anteriormente, estava disposta de forma um tanto quanto desordenada no CPC reformado de 1973, como resultado evidente da própria técnica de reformas parciais.

Para as execuções de obrigações de fazer e de não fazer esculpidas em títulos judiciais, o CPC/2015 prevê a possibilidade de coerção atípica de forma direta (artigo 536). Para as demais obrigações específicas, estejam elas lastreadas em títulos judiciais ou extrajudiciais – não olvidando a utilização de meios sub-rogatórios em algumas delas (desapossamento na obrigação de entrega ou transformação nas obrigações infungíveis) –, é possível a coerção patrimonial (multa pecuniária) e, de forma subsidiária, a coerção atípica, na forma do artigo 139, inciso IV.

Especificamente com relação à coerção típica por multa pecuniária em execuções de obrigações de pagar, os avanços do CPC/2015 foram poucos. A multa de 10% (dez por cento) para compelir o devedor ao pagamento dentro do prazo de 15 (quinze) dias no cumprimento da sentença foi mantida incólume no §1º do artigo 523. Afora a melhor precisão técnica na redação do dispositivo – que, combinado com o artigo 513, §§ 2º, 3º e 4º, afasta a tormentosa discussão havida em razão do artigo 475-J do CPC/1973 no tocante ao termo inicial de contagem do prazo para pagamento voluntário –, muito pouco mudou. Portanto, quanto à multa em apreço, valem as considerações feitas na seção 3.3.3.

Por outro lado, o CPC/2015 deixou de prever a multa de 10% (dez por cento), tampouco dispôs sobre qualquer outra medida de coerção patrimonial para as execuções de pagar fundadas em títulos extrajudiciais, mantendo-se a anterior assimetria existente entre ambos os procedimentos executivos. Assim, devido à ausência de previsão expressa para este tipo de coerção patrimonial nos artigos 824 a 920, qualquer interpretação acerca da possibilidade de multa coercitiva em execuções por quantia certa (títulos extrajudiciais), se cabível, deverá ter como base legislativa a cláusula geral do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015⁴⁰⁹.

Não obstante essa problemática, o CPC/2015 assentou outros dois meios executórios coercitivos típicos para as execuções pecuniárias, indo ao encontro daquilo que Marcelo Lima Guerra⁴¹⁰ havia enaltecido ainda no ano de 2003, a saber, o protesto da decisão judicial transitada em julgado e a inclusão do devedor em cadastros de inadimplentes.

4.1.2 A coerção pelo protesto da decisão judicial transitada em julgado

O protesto de títulos ou outros documentos de dívida é figura afeta ao direito cambiário, regulamentada pela Lei n. 9.492/1997. De forma geral, trata-se de “ato oficial, por ação de um notário, através do qual, para vários efeitos, fica comprovado o inadimplemento de uma

⁴⁰⁹ Em sentido semelhante: “Já em relação ao crédito certificado em título extrajudicial, o legislador processual não impôs qualquer limitação à incidência da multa (art. 827). Logo, em tese, o juiz, com fundamento no inc. IV do art. 139 do CPC/2015, pode mandar citar o executado para pagar a quantia certificada no título extrajudicial sob pena de incidência de multa cominatória.” MEIRELES, Edilton. Cooperação judicial e poderes do juiz na execução. Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). Salvador: JusPodivm, 2018. p. 547.

⁴¹⁰ Sugeriu o autor: “Vale advertir, finalmente, que a coerção patrimonial, a chamada multa diária, pode não ser a medida mais interessante para a situação concreta. É de se cogitar, nesse contexto, o uso de medida coercitiva já largamente empregada extrajudicialmente, e de eficácia comprovada, a saber, a inscrição do devedor em cadastros e sistemas de informação, locais e nacionais, de proteção ao crédito. Poderá o juiz, portanto, como medida coercitiva judicial, determinar a inscrição do devedor no SPC, no Serasa, no Cadin etc., até que o devedor pague, ou, dependendo do caso, apresente bens capazes de responder pelo seu débito.” GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 156.

obrigação cambial⁴¹¹ e tem por escopo “afirmar solenemente ou declarar publicamente um fato”⁴¹².

Mais abertamente, o protesto, como ato formal, oficial e público, possui o desígnio de atestar, de forma juridicamente segura, o descumprimento de obrigação lastreada em título de crédito ou outro documento de dívida, porquanto o ato do tabelionato goza de presunção de veracidade.

Atualmente, pode-se afirmar que o protesto possui quatro efeitos jurídicos principais: (i) prova de inadimplência de documentos de dívida e não apenas de títulos de crédito; (ii) interrupção da prescrição, na forma do artigo 202, inciso III, do CC/2002; (iii) constituição da mora na alienação fiduciária de bens móveis (Decreto-lei n. 911/1969); e (iv) caracterização do estado falimentar (art. 94, inc. I, da Lei n. 11.101/2005).⁴¹³ Percebe-se que o protesto, então, ostenta papéis probatório, conservatório de direito e informativo quanto à inadimplência.

O protesto de decisões judiciais não é propriamente novidade no ordenamento pátrio, porquanto o protesto de uma sentença com obrigação de pagar certa, líquida e exigível, já transitada em julgado, enquadrava-se na amplitude da redação do artigo 1º da Lei n. 9.492/1997⁴¹⁴. Ainda assim, antes do CPC/2015, emergiam posicionamentos regionalizados de Tribunais Estaduais⁴¹⁵, muito em decorrência de normas das respectivas Corregedorias Gerais de Justiça, afastando o uso da eficaz ferramenta do protesto da sentença.

O Superior Tribunal de Justiça⁴¹⁶ pacificou, ainda sob a égide do CPC/1973, o entendimento pela admissibilidade do protesto das

⁴¹¹ SANTOS, Claudio. Do protesto de títulos de crédito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 678, p. 14-22, 1992. p. 16.

⁴¹² BARBI FILHO, Celso Agrícola. Protesto de duplicata simulada e procedimentos judiciais do sacado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 754, p. 45-71, 1998. p. 46.

⁴¹³ MACÊDO, Lucas Buriel de; AZEVEDO, Gustavo Henrique Trajano de. Protesto de decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, p. 323-344, 2015. p. 325.

⁴¹⁴ Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.”

⁴¹⁵ No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, mesmo diante do Provimento nº 67/1999 da Corregedoria-Geral de Justiça, viam-se acórdãos afastando a possibilidade de protesto da sentença: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2002.023520-8, de São João Batista, rel. Des. Newton Janke, Segunda Câmara de Direito Civil, Florianópolis, j. 13-03-2008.

⁴¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 750.805/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3º T. Brasília, DF, j. 14.02.2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 291.608/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3º T. Brasília, DF, j.

sentenças pecuniárias transitadas em julgado e, desse modo, a previsão na nova legislação processual acaba por ratificar a previsão da Lei n. 9.492/1997 e o dito posicionamento do Corte Superior.

No CPC/2015, a medida coercitiva típica de protesto da decisão judicial está esculpida no artigo 517⁴¹⁷ e, para a sua consecução, alguns requisitos precisam ser atendidos: (a) a iniciativa da parte e, portanto, não será possível o protesto de ofício pelo juiz⁴¹⁸; (b) a decisão judicial que reconheceu a obrigação de pagar⁴¹⁹ deve ter transitado em julgado⁴²⁰; (c) o escoamento, sem o devido pagamento, do prazo de 15 (quinze) dias para o adimplemento voluntário no cumprimento da sentença; (d) a certidão da decisão a ser levada a protesto deverá conter os nomes das partes, o número do processo, o valor da dívida e a data do decurso do prazo para pagamento.⁴²¹

O termo final do protesto ocorre com a satisfação integral da dívida; é o que se depreende da parte final do §4º do artigo 517. Então, aparentemente, pouco importa se o devedor garantir o juízo da execução ou obter efeito suspensivo em eventual impugnação, o protesto permanece. Ainda, quanto ao termo final, não se aplica a limitação de 5 (cinco) anos prevista no §1º do artigo 43 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), mesmo que a dívida protestada seja oriunda de relações de consumo. A interpretação que leva a essa conclusão decorre dos artigos 27, 29 e 26 da Lei n. 9.492/1997 e do supramencionado §1º do artigo 43 da Lei n. 8.078/1990.

22.10.2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 126.515/PR, rel. Min. Herman Benjamin, 2º T, Brasília, DF, j. 03.12.2013.

⁴¹⁷ “Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.”

⁴¹⁸ É o que se extrai da redação literal do §1º do artigo 517: “§ 1º Para efetivar o protesto, incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão.”. Ademais, quando o legislador teve a intenção de prever o protesto de ofício assim o fez de forma expressa, como no caso §3º do artigo 528, relativo ao cumprimento da sentença de pagar alimentos.

⁴¹⁹ Corretamente, Lucas Buril de Macêdo e Gustavo Henrique Trajano de Azevedo afirmam que da interpretação sistêmica das normas de direito cambiário, notarial, processual civil e obrigacional atinentes ao protesto da decisão judicial, pode-se concluir – ainda que existam cláusulas gerais executivas no CPC/2015 para as obrigações de fazer, de não fazer e de entregar, o protesto restringe-se às obrigações pecuniárias (Protesto de decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, p. 323-344, 2015. p. 7).

⁴²⁰ Ressalva-se o pronunciamento judicial em sede de cumprimento da sentença de pagar alimentos, a qual, pela interpretação do *caput* do artigo 528 e respectivo §3º, poderá ser também decisão interlocutória.

⁴²¹ ABELHA, Marcelo. *Manual da execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.222.

O artigo 27 da Lei n. 9.492/1997 prevê que o tabelionato de protestos emitirá certidões acerca de protestos realizados em um período mínimo de 5 (cinco) anos anteriores. O artigo 29 da mesma lei assevera que esses tabelionatos fornecerão “às entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito quando solicitada, certidão diária, em forma de relação, dos protestos tirados e dos cancelamentos efetuados”, e o seu respectivo §2º dispõe que somente serão prestadas informação sobre protestos que não foram objeto de cancelamento. Em arremate, o artigo 26, §3º, da sobredita lei assenta que o cancelamento do protesto ocorrerá somente com a comprovação do pagamento ou por decisão judicial.

Por outro lado, o já mencionado no §1º do artigo 43 da Lei n. 8.078/1990 dispõe que “cadastros e dados de consumidores” não podem “conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”. Daí exsurge a dúvida se a previsão do Código de Defesa do Consumidor teria o condão de cancelar o protesto judicial em execuções com obrigações oriundas de relações consumeristas, automaticamente, com o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos. A resposta parece ser negativa.

A interpretação dos dispositivos legais em apreço ruma no sentido de que o protesto determinado na forma do artigo 517 do CPC/2015 não terá seu termo final vinculado aos 5 (cinco) anos. Isso porque o comando do §1º do artigo 43 da Lei n. 8.078/1990, em verdade, apenas determina que as informações sobre consumidores dispostas em cadastrados de inadimplentes administrados por associações comerciais e industriais e outras – diga-se, empresas de cunho privado, como Serasa e SPC – somente poderão ficar disponíveis para consulta pelo sobredito prazo. E isso tem espeque no prazo prescricional para cobrança de dívidas contra o consumidor, o que é enaltecido pelo §5º do mesmo artigo do código consumerista. Ao contrário, um dos efeitos de qualquer protesto é justamente interromper a prescrição (artigo 202, incisos II e III, do Código Civil) e, assim, não haverá prescrição da pretensão – salvo por algum motivo superveniente que afaste ou cancele a interrupção – enquanto perdurar o protesto. E, vale frisar, como já existe decisão transitada em julgado e iniciou-se o cumprimento da sentença, não há de se falar em prescrição da pretensão executiva. Por essa razão, o protesto de decisão judicial transitada em julgado, não terá seus respectivo termo final vinculado ao sobredito prazo de 5 (cinco) anos.

Para a harmonização do §1º do artigo 43 da Lei n. 8.078/1990 com o artigo 29 da Lei n. 9.492/1997, faz-se necessário compreender que, na forma deste último dispositivo, cumprirá ao tabelionato de protesto fornecer informações acerca de protestos realizados, no mínimo, *nos* últimos 5 (cinco) anos para as entidades administradoras de cadastros de inadimplentes, as quais, conforme previsto naquele dispositivo, somente poderão disponibilizar informações relativas a débitos de consumidores *dos* últimos 5 (cinco) anos.

Ademais, se intenção do Superior Tribunal de Justiça fosse também vincular termo final do protesto ao prazo estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, teria deixado isso claro ao modificar o enunciado da Súmula 323⁴²² no ano de 2009.

O artigo 517 do CPC/2015 também detalha os procedimentos para o cancelamento do protesto no caso de pagamento, no parágrafo quarto, bem como assenta a possibilidade de anotação à margem do título da propositura de eventual ação rescisória objetivando desconstituí-lo, conforme previsão do parágrafo terceiro.

Por fim, é importante mencionar que inexistente previsão possibilitando que o juiz de uma execução por título extrajudicial determine, a requerimento da parte, o protesto do título executado. O direcionamento do artigo 517 do CPC/2015, em princípio, resume-se ao cumprimento da sentença.

À primeira vista, a conclusão para essa impossibilidade soa óbvia: os títulos executivos extrajudiciais podem – em alguns casos até mesmo devem – ser protestados unilateralmente pelo credor, antes mesmo de iniciada a execução. Essa premissa é verdadeira, no entanto, situações peculiares podem exsurgir. Poderá acontecer de o exequente, comprovadamente, demonstrar na execução que não consegue cumprir as exigências determinadas pelo Tabelionato de Protestos (artigo 9º da Lei n. 9.492/1997) (por exemplo, reconhecimento de firma do devedor) para a realização extrajudicial do protesto.

Ainda que o exequente consiga obter, com arrimo no artigo 792, §3º, do CPC/2015, a inclusão no cadastro de inadimplentes, esta medida inegavelmente goza de menos força quando comparada ao protesto realizado no âmbito do Tabelionato de Protestos. Então, *a priori*, entende-se razoável eventual pedido de exequente para o protesto, por determinação judicial, de título exequendo extrajudicial.

⁴²² “A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução.”

Diante de tal pleito, caso o juiz, na análise de admissibilidade, entenda que o título executivo reúne as condições necessárias para a execução, a despeito das exigências formais da serventia, poderá determinar o protesto por ordem judicial do título extrajudicial, aplicando por analogia o artigo 517 do CPC/2015. Por certo, decisão nesse sentido privilegia a cobrança do crédito inadimplido e não traz ao executado transtornos maiores daqueles que experimentaria caso o credor tivesse logrado êxito na realização do protesto extrajudicial.

4.1.3 A coerção pela inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes

O outro meio executório coercitivo típico para execuções pecuniárias previsto no CPC/2015 consiste na inclusão do devedor em cadastros de inadimplentes, como consigna o seu artigo 782, §3^o⁴²³. A medida não poderá ser praticada de ofício pelo juiz, dependendo de requerimento expresso do exequente.

Diferentemente do protesto, a negativação do executado não está condicionada ao transcurso de prazo para pagamento na execução, que, neste caso, é de 3 (três) dias. Por corolário, nada impede que, diante de requerimento expresso do exequente na petição inicial, o juiz, ao proferir decisão de admissibilidade da execução – convencendo-se, ainda que em sede de cognição sumária, da existência dos requisitos necessários para a execução, sobretudo, da presença de certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação –, determine a inclusão do devedor em cadastros de inadimplentes.

E não há de se falar que o termo “executado”, ao invés de “devedor”, previsto no §3^o do aludido artigo demandaria a prévia citação deste para a efetivação da medida porque somente a partir deste momento, integrando a relação jurídica processual, poderia o “devedor” ser considerado “executado”. É que o legislador do CPC/2015 – rompendo a antiga orientação que distinguia o ajuizamento e a propositura da ação – deixou claro no artigo 240 que o objetivo da citação consiste em tão somente integrar o executado ao processo. Os artigos 312 e 802 corroboram a assertiva. Assim, o devedor já é considerado executado no momento da decisão que admite a execução.⁴²⁴

⁴²³ “Art. 782: [...] § 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.”

⁴²⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 656.

Entretanto, na linha do que será tratado adiante, para fins de típica atividade coercitiva, entende-se recomendável que o juiz constranja o devedor, na ocasião da citação, ao pagamento da dívida no prazo de 3 (três) dias, sob pena de inclusão de seu nome nos cadastros de inadimplentes.⁴²⁵

Na forma do §4º do aludido artigo 782, o termo final da negativação será o pagamento, a garantia do juízo ou qualquer outra forma de extinção da execução. Neste ponto reside questão interessante acerca da aplicabilidade do prazo máximo de 5 (cinco) anos⁴²⁶ para o cancelamento da negativação – contados da inscrição e não do vencimento da dívida⁴²⁷ – previsto no §1º do artigo 43 da Lei n. 8.078/1990 e no enunciado da Súmula 323 do Superior Tribunal de Justiça. Se aplicável, ter-se-ia outro fato gerador do cancelamento da negativação, além daqueles previstos no artigo 782, §4º. Abalizada doutrina⁴²⁸ já se posicionou exatamente nesse sentido.

Tendo em vista os fundamentos que levaram à construção e à posterior revisão do enunciado da citada Súmula 323 do Superior Tribunal de Justiça, a questão parece ser controvertida. Inicialmente, é necessário analisar a origem do débito que gerou a execução. Caso o crédito executado não seja oriundo de relação de consumo, é inquestionável a inaplicabilidade do prazo de 5 (cinco) anos para o cancelamento.

Para as execuções contra consumidores, talvez o entendimento conferido à Súmula 323 do Superior Tribunal de Justiça deva ser revisto, ante a possibilidade de inscrição em cadastro de inadimplentes por determinação judicial no curso de execução pecuniária (artigo 782 do CPC/2015), que visa, exatamente, à obtenção do crédito inadimplido.

⁴²⁵ No mesmo sentido: “Citado, o executado deixou transcorrer o prazo para pagamento, mostrando-se viável o deferimento da pretensão de inclusão do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70071746341, Décima Quinta Câmara Cível, relatora Ana Beatriz Iser, Porto Alegre, j 23/11/2016.

⁴²⁶ No mesmo sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 2067947-47.2017.8.26.0000*, 36ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Pedro Baccarat, Porto Alegre, j. 26.05.2017.

⁴²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 713.629/ES*, rel. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJBA), Terceira Turma, Brasília, DF, j. 23/06/2009, DJe 04/08/2009.

⁴²⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 656; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Recuperação de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 352.

Da análise dos precedentes que originaram a dita Súmula⁴²⁹, percebe-se que na discussão travada à época circundava dúvida sobre o prazo de prescrição da ação para obtenção do crédito inadimplido que gerou a negativação; se de 5 (cinco) anos, por meio de ação de cobrança, ou de 3 (três) anos, por meio de execução cambial. A questão era bastante controvertida.

Prevaleceu o entendimento de que a prescrição disposta no artigo 43, §5º, do Código de Defesa do Consumidor era de 5 (cinco) anos e, portanto, a prescrição da via executiva não gerava o cancelamento do registro. Isso pode ser visto, por exemplo, na declaração de voto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no Recurso Especial n. 472.203/RS⁴³⁰. Daí surgia a Súmula 323 em sua redação original: “A inscrição de inadimplente pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito por, no máximo, cinco anos.”. O enunciado passou por revisão no ano de 2009 e, do acórdão que encaminhou o procedimento de revisão da súmula, pode-se perceber, com clareza, que a discussão novamente versava sobre o prazo da prescrição⁴³¹. Ao final, foi aprovada a nova redação: “A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução.”.

Desse contexto, extrai-se que o debate travado pelo Superior Tribunal de Justiça para a edição da Súmula 323 presume a possibilidade de ocorrência da prescrição do débito que originou a

⁴²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 472.203/RS*, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, Brasília, DF, j. 23/06/2004, DJ 29/11/2004, p. 220; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 615.639/RS*, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, Brasília, DF, j. 28/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 391; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 631.451/RS*, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, Brasília, DF, j. 26/08/2004, DJ 16/11/2004, p. 278; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 648.528/RS*, rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, Brasília, DF, j. 16/09/2004, DJ 06/12/2004, p. 335; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 676.678/RS*, rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, Brasília, DF, j. 18/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 338.

⁴³⁰ “Todavia, melhor refletindo acerca da matéria e tendo em conta a jurisprudência da Quarta Turma, que optou pelo balizamento dos registros no prazo de cinco anos, creio que seria uma solução melhor, porque o fato de prescrever a ação cambial não implica a prescrição do direito de crédito a que ela se refere. O crédito ainda perdura e pode ser cobrado, não através da ação cambial, mas através de uma ação normal de cobrança.”

⁴³¹ “Com efeito, o texto atual do Enunciado, ao limitar-se a fazer alusão ao prazo de cinco anos, não oferece ao seu intérprete qualquer indicação a respeito do entendimento firmado pela jurisprudência do STJ acerca da retirada da inscrição do inadimplente quando prescrita a ação de cobrança, cerne dos julgados que lastrearam a sua edição.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 873.690/RS*, rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, Brasília, DF, j. 08/11/2006, DJe 10/10/2008.

inscrição e, por consequência, parte da ideia de que a ação não foi proposta ou, se foi, não se operou a interrupção da prescrição, por qualquer que seja o motivo.

Não é o caso, entretanto, da hipótese assentada pelo artigo 782, §3º, do CPC/2015. Nessa situação, está-se diante de execução já proposta, presumivelmente dentro do prazo prescricional, o qual, inclusive, foi interrompido pela decisão do juiz que recebeu a inicial e determinou a inclusão nos cadastros de inadimplentes do devedor.

Portanto, a interpretação conferida aos § 1º e 5º do artigo 43 da Lei n. 8.078/1990 e à Súmula 323 do STJ deve ser revista à luz da nova possibilidade de determinação judicial de negativação do devedor no bojo de uma execução, pela qual se objetiva justamente o pagamento da dívida que deu origem à inscrição. Em eventual conflito entre os § 1º e 5º do artigo 43 da Lei n. 8.078/1990 e os § 3º e 4º do artigo 782 do CPC/2015, ainda que em relação de consumo, estes devem prevalecer, porquanto a inscrição não se deu por iniciativa extrajudicial do credor, mas sim por expressa ordem judicial.

Por fim, resta asseverar que a negativação do devedor – apesar de disposta dentro do Capítulo III do Livro II da Parte Especial do CPC/2015, local onde estão previstas as normas de competência para propositura de execuções por títulos extrajudiciais – também se aplica a decisões judiciais transitadas em julgados, conforme previsto expressamente no §5º do artigo 782, desde que respeitadas as condições previstas no artigo 517.

4.1.4 Peculiaridades da coerção por protesto e por inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes: discricionariedade, termo final e natureza coercitiva

Da análise conjunta das possibilidades de protesto de decisões judiciais transitadas em julgado e inclusão do devedor nos cadastros de inadimplentes, três questões interessantes podem ser levantadas.

A primeira questão a ser debatida consiste em eventual espaço para discricionariedade do magistrado ante o pedido do exequente. No tocante ao protesto da decisão judicial transitada em julgado, a expressão “poderá ser levada a protesto” exprime uma faculdade do credor e não propriamente uma possibilidade de o juiz deferir (ou não) a medida. Então, diante das formalidades do trânsito em julgado da decisão judicial e da consumação do prazo de 15 (quinze) dias, sem adimplemento, o cartório deverá expedir a certidão na forma do §2º do

artigo 517 do CPC/2015, a qual será levada a protesto pelo exequente, independentemente de deferimento por parte do magistrado. O mesmo desfecho vale para a inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes em sede de cumprimento da sentença, por força do §5º do artigo 782. Escapa ao controle do cartório e do magistrado qualquer outra questão, além das duas formalidades já descritas.

Com relação à inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes, a expressão “o juiz pode determinar”, prevista no §3º do artigo 782, não é imune de dúvidas e tem o potencial de levar a crer que a questão reside no campo de absoluta discricionariedade do magistrado, o que não é correto. Em verdade, o ponto crucial não repousa especificamente na discricionariedade do juiz, mas sim em saber quando e sob quais circunstâncias deverá o magistrado deferir ou indeferir o pleito.

Em princípio, na decisão que admite a execução, o juiz tem capacidade de analisar os requisitos indispensáveis à sua propositura – título executivo com obrigação, certa, líquida e exigível e o inadimplemento –, bem como os pressupostos processuais da relação executiva. Diante de tal análise, nada impede que a determinação para a negativação esteja contida na própria decisão de admissibilidade ou, o que é mais recomendável e será enfrentado adiante, que o pronunciamento inicial do juiz consigne que no caso de não pagamento no prazo de 3 (três) dias ocorrerá a inclusão automática nos cadastros de inadimplentes, caso exista pedido do exequente na petição inicial.

Por outro lado, na hipótese de o executado alegar, em embargos à execução, vício de certeza na obrigação constante no título, uma vez que a assinatura nele posta não é a sua e, ainda, trazer aos autos laudo pericial extrajudicial (ex.: exame grafotécnico) com fortes indícios de veracidade desta alegação, nada impede que o juiz postergue a análise do pedido de negativação para fase posterior à prova pericial que poderá ser produzida nos embargos ou, caso já tenha anteriormente ordenado a restrição cadastral, que reconsidere a decisão. Julga-se razoável que assim proceda. O que não se admite é o magistrado, mesmo tendo admitido a execução e diante do não pagamento no prazo de 3 (três) dias, com a apresentação de embargos desprovidos de qualquer relevante fundamento, indefira o pedido de negativação promovido pelo exequente. A não inclusão do devedor nos cadastros restritivos só tem

lugar em situações excepcionais, em que pese a referência de abalizada doutrina⁴³² em contrário.

O segundo ponto a ser destacado da análise conjunta das medidas alude aos respectivos termos finais. Apesar das explicações já promovidas sobre o cancelamento do protesto ou da inscrição após o transcurso de 5 (cinco) anos, com fulcro na Súmula 323 do STJ, persiste a necessidade de verificação da hipótese de cancelamento com a garantia do juízo. É que o artigo 782, §4º, do CPC/2015 dispõe claramente que, ocorrendo a garantia do juízo na execução por título extrajudicial, a “inscrição será cancelada imediatamente”. De outro lado, o artigo 517, §4º, condiciona o levantamento do protesto de decisão judicial em fase de cumprimento da sentença tão somente ao pagamento.

Por certo, a ideia do legislador foi prestigiar a confiabilidade do título executivo judicial decorrente, na maioria das vezes, de precedente, exaustiva e morosa atividade cognitiva da jurisdição. Assim, ao executado que tem seu débito previsto em título extrajudicial, confere-se a possibilidade de cancelamento da negativação mediante a mera garantia do juízo. Essa faculdade, ao contrário, não é dada ao executado de título judicial que é protestado.

Já a negativação do executado em sede de cumprimento da sentença, prevista pelo §5º do artigo 782, suscita interessante questão, porquanto para o cancelamento da negativação em execução de título extrajudicial bastaria a garantia do juízo. Entretanto, na hipótese em apreço, o que deve ser valorizado não é o procedimento executivo, mas sim a natureza e a definitividade do título. Nessa lógica, o cancelamento da negativação ocorrida em cumprimento da sentença, na forma do §4º do artigo 527, terá como termo final somente a satisfação integral do débito, pouco importando para tal fim a eventual garantia do juízo.

A terceira questão, também digna de nota, consubstancia-se no objetivo das medidas de protesto e de negativação do devedor. Ambas não surgiram com o fito de coagir o devedor ao pagamento em

⁴³² Com entendimento bem mais restritivo, Leonardo Greco aduz que a negativação e o protesto “somente devem ser impostos se houver rigorosa adequação como meio eficaz de induzir o devedor a cumprir a prestação, bem como dos demais requisitos aqui enumerados, sem prejuízo ao livre exercício do seu trabalho ou de atividade lícita. Ainda que promovidos extrajudicialmente, como previsto no artigo 517 do Código e em diversa legislação, essas medidas estão sujeitas ao controle judicial para verificação dos pressupostos acima expostos que as legitimariam, como a necessidade, a adequação, a proporcionalidade e a razoabilidade” (Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 416).

execuções e, em verdade, possuem precipuamente outros desígnios. O protesto almeja, conforme dicção do artigo 1º da Lei n. 9.492/1997, comprovar “a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”. Trata-se de formalização e de publicidade da constituição em mora do devedor, que poderá trazer-lhe desastrosas consequências.⁴³³

A negativação do devedor em cadastro de inadimplentes também tem por escopo tornar público o débito do obrigado. Por conseguinte, mediante consulta promovida nos bancos de dados administrados por entidades privadas, terceiros (ex.: instituições financeiras) podem, ao seu alvitre, negar crédito ou deixar de celebrar quaisquer operações com o devedor. O mesmo raciocínio vale para comerciantes que cogitam vender a prazo para devedor inscrito em tais cadastros. As sequelas são igualmente penosas.

Não obstante, na execução civil, essas medidas possuem límpido caráter coercitivo, objetivando o “constrangimento do devedor de forma a compeli-lo ao cumprimento da obrigação”⁴³⁴.

A lógica subjacente, sob a perspectiva do devedor, é a seguinte: caso não pague, será protestado e/ou negativado, até que se opere um dos termos finais previstos em lei. Ou seja, ameaça-se o devedor com negativação ou protesto para que, então, diante desta possibilidade

⁴³³ Gilberto Gomes Bruschi e Araken de Assis, de forma correta, lembram a possibilidade de o devedor protestado ter sua falência requerida na forma da Lei n. 11.101/2005 (*Recuperação de crédito*, p. 351; *Manual da execução*, p. 262).

⁴³⁴ BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Recuperação de crédito*, p. 352. No mesmo sentido, entendendo que as medidas possuem natureza de coerção: BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia certa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 223; ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 262-266; ABELHA, Marcelo. *Manual da execução civil*, p. 219-223; MEDINA, José Miguel García. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileira*, p. 543-544; MACÊDO, Lucas Buriel de; AZEVEDO, Gustavo Henrique Trajano de. Protesto de decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, p. 323-344, 2015. p. 325. 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 118. Por fim, vale a opinião abalizada de Leonardo Greco: “Dentro dos limites acima aqui expostos, em qualquer execução, mesmo a que tenha por objeto prestação pecuniária, pode o juiz adotar medidas de coação indireta. Algumas delas estão previstas na própria lei processual, como o protesto e a inclusão do nome do devedor em cadastro de inadimplentes.” (Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 415).

deveras desconfortável, cumpra com a obrigação. Inegavelmente, a veia coercitiva das medidas é exposta. Justamente por isso, a sua aplicação deve ocorrer de forma correta, privilegiando a efetiva coerção do devedor para pagar, antes mesmo de protestá-lo ou negativá-lo.

Neste ponto do estudo, é oportuno trazer à baila, ainda que de forma preliminar, um dos parâmetros mínimos que será proposto adiante, no quinto capítulo: a necessidade de prévia informação do obrigado acerca da sanção decorrente do descumprimento da determinação judicial, como núcleo essencial da coerção propriamente dita.

Diga-se, a imposição da sanção vinculada ao descumprimento da ordem judicial é indesejada, porquanto, se aplicada, revela a ineficácia do meio (ameaça) para consecução do fim (cumprimento da obrigação). Isso pode ser percebido, com nitidez, na coerção pessoal do devedor de alimentos, pois não se deseja a prisão, mas sim o pagamento da verba alimentar.

Para tanto, é indispensável a informação prévia do ameaçado acerca da sanção que lhe será imposta no caso de não cumprimento da determinação judicial. E não se objetiva com isso afastar eventual alegação de descumprimento do previsto nos artigos 9º e 10 do CPC/2015 ou de desconhecimento da possibilidade em apreço, justamente porque previsto em lei. O intuito da comunicação prévia, ao revés, decorre da própria essência da coação: ameaçar o devedor para obter-se o cumprimento da obrigação.

Com esse desiderato, apresenta-se proposta de aplicação das medidas em apreço, de forma a enaltecer o caráter coercitivo que lhes é intrínseco. Para o protesto da decisão judicial transitada em julgado, ainda que expressamente previsto no artigo 527, é oportuno que a intimação para o cumprimento da sentença, a operar-se por uma das modalidades previstas no artigo 513, consigne de forma clara a faculdade do credor de promover o aludido protesto, no caso de não pagamento voluntário no prazo de 15 (quinze) dias.

Similarmente, para a inscrição do devedor no cadastro de inadimplentes, mesmo com a disposição do artigo 782, §3º, recomenda-se que na citação para o pagamento no prazo de 3 (três) dias, informe-se explicitamente acerca da possibilidade de o magistrado, a requerimento do credor, promover a negativação do executado. E, em razão da hipótese de negativação assentada no §5º do artigo 782, a mesma comunicação deve ser feita na intimação para pagamento no cumprimento da sentença.

Desse modo, resta enaltecido o caráter verdadeiramente coercitivo das medidas e, por conseguinte, as probabilidades de êxito na sua utilização aumentam.

4.1.5 A coerção por protesto e por inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes e a restrição dos direitos de personalidade

Questão controvertida alude à identificação de qual parte da esfera jurídica do devedor é ameaçada por meio do protesto e da negativação, ou seja, onde se enquadra, no arcabouço de direitos dos quais o obrigado é titular, a ameaça de piora na situação. Dessa análise – em conjunto com a possibilidade de coerções atípicas prevista no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 –, exsurge uma provocação quanto à tradicional classificação da execução indireta.

A categorização clássica da execução indireta divide-a em coerção pessoal e coerção patrimonial. Com o advento do artigo 461 do CPC/1973, parcela majoritária da doutrina incorporou a tal segregação uma terceira categoria, as medidas inominadas ou atípicas, referindo-se à possibilidade de o magistrado agir (sub-rogação) ou coagir por formas não previstas expressamente em lei. A questão foi objeto de análise na seção 1.4.4 do presente trabalho.

Distinguida doutrina enquadra as medidas de protesto e de negativação do devedor na categoria de coerção patrimonial.⁴³⁵ No entanto, Leonardo Greco afirma que o protesto e a negativação “não atingem apenas o patrimônio, mas também a honra, a reputação e o crédito do devedor dos quais depende o exercício regular do direito ao trabalho ou ao desempenho de atividade lícita, componentes do mínimo existencial do executado”⁴³⁶.

O encaixe das medidas em apreço dentro da já mencionada clássica subdivisão da execução indireta parece encontrar dificuldade. De início, cumpre afastar o respectivo enquadramento na categoria de coerção pessoal ou na categoria de medidas atípicas: quanto à primeira, percebe-se que as medidas não ceifam o direito de liberdade do devedor; quanto às segundas, está claro que tais medidas são típicas, pois expressamente previstas em lei.

⁴³⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 192.

⁴³⁶ GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 415-416.

Assim sendo, a questão é verificar a pertinência do enquadramento na categoria de coerção patrimonial. Essa modalidade de coerção, como enfrentado alhures, encontra exemplar no ordenamento pátrio nas astreintes para as obrigações específicas e na multa de 10% (dez por cento) no cumprimento da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa.

No caso das astreintes em obrigações específicas, o montante consolidado da multa na hipótese de descumprimento da ordem – cujo credor, no direito brasileiro, é o exequente – será objeto de execução via cumprimento da sentença, obedecendo aos preceitos dos §§ 3º e 4º do artigo 537 do CPC/2015. Independentemente da execução da obrigação principal (específica), terá lugar uma nova execução, dessa vez pecuniária, no valor total da multa. O transcurso natural dessa execução levará a dois caminhos: o obrigado paga o débito (com pecúnia que integra seu patrimônio) ou uma parcela dos seus bens equivalente ao valor executado será objeto de expropriação. Em ambos os casos, o patrimônio do obrigado é atingido diretamente, denotando que a coerção realmente é patrimonial: ou cumpre-se a obrigação específica, ou o patrimônio responde pelo montante da multa pecuniária.

No tocante à multa de 10% (dez) por cento na execução de sentença, a lógica não difere. O patrimônio do executado já responderia pelo valor original do débito. Diante do inadimplemento no prazo de 15 (quinze) dias, à cifra original acresce-se a multa e, então, este montante será obtido via expropriação de bens do devedor. Para a cobrança da multa e do valor originário, o patrimônio do devedor é atingido diretamente e, por isso, trata-se de autêntica coerção patrimonial.

Desse contexto exsurge a seguinte indagação: o que há em comum nas duas hipóteses de coerção patrimonial analisadas linhas atrás? A sanção aplicada pelo descumprimento da obrigação, em ambas, recai diretamente sobre o patrimônio⁴³⁷ do obrigado recalcitrante, ocasionando a retirada de bens do seu acervo, via expropriação.

A questão, ao fim e ao cabo, deságua na expropriação, como não passou despercebido no direito italiano por Chiara Ilaria Risolo⁴³⁸. Se

⁴³⁷ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 204.

⁴³⁸ “La pena pecuniaria comminata dal giudice per scoraggiare il debitore a rimanere inadempiente costituisce, a sua volta, un’obbligazione di pagamento di somma di denaro, suscettibile a costituire titolo per l’esecuzione forzata. Il tal modo l’esecuzione indiretta, realizzata a mezzo di una generale misura coercitiva civile di carattere pecuniario, costituirebbe un ponte che riconduce all’esecuzione diretta, ultimo stadio cui approda la sentenza di condanna anche nel caso di obbligazioni infungibili” Tradução livre: “A pena pecuniária, cominada pelo juiz para desencorajar o devedor a permanecer inadimplente

assim o é, então, quando a coerção é dita “patrimonial”, em verdade, tem-se uma ameaça de expropriar bens que integram o patrimônio do obrigado e que são passíveis de expropriação.

Decerto, não seria equivocado alcunhar a coerção patrimonial, talvez paradoxalmente, de “coerção por futura expropriação”, pois o resultado negativo da coerção conduzirá à expropriação. E é precisamente nesse sentido que, para os fins colimados, será interpretado o conceito de “patrimônio”.

A propósito, não se despreza a definição de patrimônio utilizado nas ciências contábeis⁴³⁹ ou a ideia clássica de patrimônio no direito, consubstanciada, por exemplo, na lição Lafayette Rodrigues Pereira, para quem patrimônio é concebido como “acervo de todos os nossos haveres: constitui uma universalidade de direito, um todo composto de bens diversos reunidos sob a unidade da pessoa a que pertence”⁴⁴⁰. Outra lição tradicional de patrimônio no direito encontra-se na doutrina de Clóvis Beviláqua, que o define como “complexo de relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico”⁴⁴¹.

Da mesma forma, não se ignoram as discussões que gravitam sobre a universalidade de direitos como sinônimo de patrimônio e as teorias modernas de patrimônio levando em conta, entre outros, a afetação.⁴⁴²

Todavia, a questão aqui apresentada é mais simples. Como a aplicação da sanção decorrente da coerção patrimonial levará à expropriação de bens, deve ser considerado “patrimônio” tudo aquilo que integra a esfera jurídica do devedor e é passível de ser expropriado. Ao que consta, essa listagem já foi elaborada pelo legislador e integra o

constitui, por sua vez, uma obrigação de pagamento de soma de dinheiro, suscetível a constituir título para a execução forçada. Desse modo, a execução indireta, realizada por meio de uma medida coercitiva civil geral de caráter pecuniário, constituiria uma ponte que reconduz à execução direta, último estágio a que chega a sentença de condenação mesmo no caso de obrigações infungíveis.” RISOLO, Chiara Ilaria. L'effettività della tutela esecutiva e il problema delle misure coercitive. In: CAPONI, Bruno (Org.). *L'esecuzione processuale indiretta*. Milano: Ipsosa, 2011. p. 27.

⁴³⁹ O patrimônio “é constituído por bens (imóveis, equipamentos, estoques etc.); direitos (duplicatas a receber, investimentos etc.); e obrigações (dívidas bancárias, contas a pagar etc.)”. BRAGA, Roberto. *Fundamentos e técnicas de administração financeira*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 66.

⁴⁴⁰ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. v. 1. p.66.

⁴⁴¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929. p. 97.

⁴⁴² NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 11-34, 1998. p. 14.

ordenamento jurídico por força do artigo 835 do CPC/2015, com as exceções previstas na própria codificação (artigo 833) e em legislação extravagante.

Portanto, para fins de coerção patrimonial, o patrimônio que responde pela cobrança das respectivas multas (astreintes e multa de dez por cento) é o disposto no mencionado artigo 835. Subsumindo essa assertiva à perquirição sobre os enquadramentos do protesto e da negativação do devedor na divisão clássica da execução indireta, vê-se a impertinência do encaixe na categoria de coerção patrimonial. Isso porque a aplicação da sanção vinculada à ameaça levará ao protesto do devedor ou à sua negativação e não ao recebimento de pecúnia pelo credor, como no caso das multas. Assim, será impertinente qualquer atividade expropriativa contra os bens do patrimônio do devedor categorizados no aludido artigo 835. E não há de se falar que a coerção recairia sobre “outros direitos” previstos no inciso XIII do respectivo artigo, uma vez que tais direitos devem ostentar conteúdo patrimonial direto – como é o caso da penhora prevista no artigo 860 –, pois serão objeto de futura expropriação.

Vê-se, então, que na coerção por protesto e na coerção por negativação do devedor a restrição de direitos não recaía sobre a liberdade ou o patrimônio do executado. Assim sendo, é importante perquirir nesse momento a identificação dos direitos do devedor que sofrerão restrição mediante tais modalidades de coerção.

Se o devedor é protestado ou negativado e, com isso, o seu nome passa ser consignado em consultas públicas (protesto) e privadas (negativação) como devedor de uma obrigação (“nome sujo”), tem-se, como regra, que ele é detentor do direito de não ter seu nome assim exposto (“nome limpo”). Esse direito enquadra-se na seara dos direitos de personalidade⁴⁴³ e, portanto, está albergado no catálogo dos direitos fundamentais.

Os direitos de personalidade formam um conjunto de “direitos subjetivos que incidem sobre a própria pessoa ou sobre alguns fundamentais modos do indivíduo, físicos ou morais, da personalidade

⁴⁴³ Há muito, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a inscrição indevida do nome de alguém em cadastros de inadimplentes gera reparação por dano moral, em razão do abalo aos direitos de personalidade. Mais recentemente, enfrentando a questão da ofensa aos direitos de personalidade, pode-se citar: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 669.914/DF, rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Brasília, DF, j. 25/03/2014, DJe 04/04/2014.

da pessoa humana⁴⁴⁴. A elaboração de uma teoria dos direitos de personalidade consistiu em uma espécie de “reação surgida contra o domínio absorvente da tirania estatal sobre o indivíduo”⁴⁴⁵.

Apesar da existência de fortes divergências doutrinárias e de certa dificuldade de conceituação, os direitos de personalidade podem ser considerados como “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”⁴⁴⁶. Trata-se de direitos que compreendem a esfera íntima, particular, a honra e a imagem do indivíduo.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 os direitos de personalidade estão previstos de forma pulverizada em diversos incisos do artigo 5º⁴⁴⁷, sendo até mesmo objeto de crítica doutrinária a ideia de tipificar e catalogar tais direitos⁴⁴⁸. No entanto, para a investigação em análise, talvez o enquadramento mais correto seja a disposição do inciso X⁴⁴⁹ do mencionado artigo⁴⁵⁰, sobretudo na

⁴⁴⁴ MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SALET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e com o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 62.

⁴⁴⁵ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos de personalidade: aspectos gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 14, n. 56, p. 247-266, (out./dez. 1977, ISSN 0034-835x). p. 247.

⁴⁴⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 1. p. 403.

⁴⁴⁷ Antonio Cezar Lima da Fonseca afirma que “é no art. 5º e incisos onde se abrigaram a maior parte dos direitos da personalidade, alçado a cláusulas constitucionais intocáveis, direitos supraconstitucionais ou cláusulas pétreas, pelo art. 60, §4º, IV, que proíbe emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais” (Anotações aos direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 715, p. 36-55, 1995. p. 39). No mesmo sentido: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e Código Civil de 2002: uma abordagem contemporânea. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 853, p. 58-76, 2006. p. 73.

⁴⁴⁸ “Deve-se, contudo, romper com a ótica tipificadora e interpretar tais preceitos como expressão da cláusula geral de tutela da personalidade que, na legislação brasileira, encontra-se consubstanciada na CF/88 nos seus arts. 1º, III, 3º, III e 5º, §2º.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e Código Civil de 2002: uma abordagem contemporânea. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 853, p. 58-76, 2006. p. 64.

⁴⁴⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]”

seara do direito à honra, até mesmo porque o “bem jurídico que se protege no direito à honra é a reputação ou a consideração social a cada pessoa devida”⁴⁵¹.

Rubens Limongi França classificou os direitos de personalidade em três categorias, a saber: direito à integridade física, direito à integridade intelectual e direito à integridade moral.⁴⁵² Nesta última, insere-se o direito à honra, o qual pode ser compreendido em dois sentidos: honra subjetiva e honra objetiva.

A honra subjetiva, com efeito, é um aspecto interno, um sentimento pessoal de estima e de dignidade própria; reside “no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima etc., causadores de dor, humilhação, vexame”⁴⁵³. A honra objetiva é externa ao sujeito e “consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa”⁴⁵⁴.

Especificamente, a honra objetiva “é a boa fama, a reputação; é o bom nome de que se desfruta no seio da comunidade; é a simpatia conquistada pela personalidade, em todos os ambientes”⁴⁵⁵. Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, em um dos precedentes que deu origem ao enunciado da Súmula 227, entendeu que a pessoa jurídica seria passível de “ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, possível de ficar abalada por atos que afetem o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua” e, portanto, seria cabível indenização por danos morais a seu favor.

O indivíduo, como se verifica, goza do direito de manter o seu “nome limpo” e, por conseguinte, de não ver abalada a sua boa reputação no mundo civil. Essa garantia, que tem arrimo na honra

⁴⁵⁰ No mesmo sentido, afirma Erasmo Marcos Ramos: “A Constituição brasileira trata expressamente de direitos constitucionais referentes à personalidade. O direito a igualdade, o direito a intimidade, a imagem, a honra e a indenização pelo dano material ou moral são tratados e consolidados no art. 5º, X, da CF)” (Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 799, p. 11-31, 2002. p. 20).

⁴⁵¹ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Anotações aos direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo:v. 715, p. 36-55, 1995. p. 44.

⁴⁵² FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*, p. 411.

⁴⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 60.033/MG*, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Brasília, DF, j. 09/08/1995, DJ 27/11/1995, p. 40893.

⁴⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 60.033/MG*, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Brasília, DF, j. 09/08/1995, DJ 27/11/1995, p. 40893.

⁴⁵⁵ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Anotações aos direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo:v. 715, p. 36-55, 1995. p. 7.

objetiva, é componente dos direitos de personalidade e, assim, integra o catálogo dos direitos fundamentais. Alguém que indevidamente protesta ou negativa o nome de outrem, ataca a sua honra objetiva – afrontando os direitos de personalidade –, e deverá reparar os danos morais e patrimoniais eventualmente sofridos pelo ofendido.

Por outro lado, se o protesto ou a negativação do devedor decorrem de obrigações realmente inadimplidas está-se diante de uma restrição aos direitos de personalidade, no enfoque da honra objetiva, promovida de forma lícita, porquanto prevista em lei.⁴⁵⁶ E esse tipo restrição de direitos do devedor não é nenhuma inovação no ordenamento jurídico pátrio, pois os indivíduos, nas suas relações comerciais, há tempos utilizam extrajudicialmente o expediente do protesto ou da inclusão do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, com espeque no artigo 1º da Lei n. 9.492/1997 e no artigo 43 da Lei n. 8.078/1990, respectivamente.

A novidade consiste na utilização da restrição de direitos de personalidade do devedor, por meio do protesto ou da negativação, como medida coercitiva no bojo de um procedimento executivo previsto na codificação processual nacional⁴⁵⁷ Os artigos 517 e 782, §3º, do CPC/2015 possibilitaram a utilização do protesto e da inscrição do nome do devedor em cadastrados de inadimplentes como meios de execução indireta e, assim, positivou-se uma medida coercitiva típica de restrição de direitos fundamentais (direitos de personalidade⁴⁵⁸ sob o enfoque da honra objetiva) em execução de obrigações de pagar.

A afirmação não pode causar espanto por dois motivos: primeiro porque a coerção é típica; segundo pelo fato de que os direitos de personalidade não são absolutos e, por corolário, podem sofrer

⁴⁵⁶ Dispensa-se, inclusive e por óbvio, o consentimento do devedor no tocante a tal restrição. Explica Luis Paulo Aliende Ribeiro sobre o consentimento: “Há situações, por outro lado, em que o interesse público ou coletivo prevalece, como nos arquivos destinados a fins judiciais ou policiais, fiscais ou de proteção ao crédito, para os quais não se exige o consentimento.” (Publicidade registral e direitos da personalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 59, p. 285-291, 2007. p. 291).

⁴⁵⁷ Importante consignar que, para Pasquale Castoro, a execução forçada, ainda que sob a perspectiva da coerção, não pode abranger os direitos meramente pessoais ou personalíssimos (à vida, à integridade, à honra, à imagem). (*Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 3).

⁴⁵⁸ Cândido Rangel Dinamarco, em obra anterior à vigência do CPC/2015, refutava fortemente a incidência de execução sobre direitos de personalidade do devedor, considerando um limite político da execução. (*Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 310-313).

restrições⁴⁵⁹, tanto que, como mencionado linhas atrás, quanto aos direitos de personalidade, no viés da honra objetiva, já era possível o protesto e a negatificação de forma extrajudicial, pelo próprio credor.

Ainda, no tocante à restrição de direitos operada por esses meios coercitivos, é importante atentar para outra consequência, talvez a mais maléfica contra o devedor: a dificuldade de obtenção de crédito no mercado.

Para Bruno Miragem, esse tipo de restrição contra um devedor equivale “à sua exclusão do mercado de compra a crédito, e mesmo, da possibilidade de aquisição de produtos mediante pagamento em cheque, ou quaisquer outros mecanismos que não o dinheiro (moeda de custo forçado)”.⁴⁶⁰ Assiste razão ao autor. De fato, tais medidas têm o condão de dificultar, quiçá impedir, a obtenção de créditos em geral pelo devedor protestado ou negativado. Certamente, ser-lhe-ão tolhidas as possibilidades de realizar compras a prazo ou obter crédito via mútuo ou financiamento. Esta restrição, em razão da importância do crédito nos dias atuais, tem o condão de trazer graves sequelas ao devedor. A importância do crédito é tamanha que, em 1962, Oscar Barreto Filho já afirmava, em ensaio específico sobre o tema, que o crédito “é um pressuposto necessário da atividade econômica” e que é “graças ao crédito que os comerciantes, industriais, agricultores e transportadores conseguem imprimir a seus negócios o volume exigido pela intensidade da vida atual”⁴⁶¹.

A operação de crédito tem como característica o fato de que alguém realiza presentemente uma prestação, em razão de uma promessa de prestação futura⁴⁶²; por exemplo, em uma operação de mútuo ocorre a entrega do dinheiro ao mutuário, com a promessa futura

⁴⁵⁹ A questão da restrição de direitos fundamentais é complexa, contudo, vale a breve conceituação de Robert Alexy, afirmando que “restrições a direitos fundamentais mentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental” (*Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.281).

⁴⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. Prazo de inscrição em bancos de dados restritivos de crédito - comentários à Súmula 323 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 84, p. 337-344, 2012. p. 340.

⁴⁶¹ BARRETO FILHO, Oscar. O crédito no direito. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 57, p. 204-217, jan. 1962. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66404>>. Acesso em: 14 maio 2018. p. 207.

⁴⁶² BARRETO FILHO, Oscar. O crédito no direito. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 57, p. 204-217, jan. 1962. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66404>>. Acesso em: 14 maio 2018. p. 210.

de devolução. Justamente desse compromisso exsurge a relação com a moral e com a honra daquele que irá receber o crédito do mútuo, inerente aos direitos de personalidade. Isso porque “o elemento moral, a confiança que tenha o credor na pessoa do devedor, é de natureza pré ou meta-jurídica: ou preexiste à constituição da relação obrigacional”⁴⁶³.

A existência de um lapso temporal, muitas vezes alongado, entre a prestação e a contraprestação do crédito avulta a necessidade de confiança entre as partes. Esta confiança, por certo, resta abalada se aquele que pretende obter o crédito está protestado ou negativado. A consequência lógica é o cedente – com receio de que a inadimplência novamente ocorra, e dessa vez com ele – negar o crédito. E isso, como reiterado, abalará de alguma forma as operações do executado em sua vida comercial e, por conseguinte, repercutirá negativamente em seu patrimônio.

Ainda assim, não se pode considerar que esse abalo na esfera patrimonial do indivíduo ocorre de forma direta, como no caso das multas pecuniárias que serão cobradas via expropriação de bens. Então, uma vez mais, afasta-se o enquadramento da coerção por protesto e da coerção por negativação no rótulo de coerção patrimonial.

Em verdade, a possibilidade de um indivíduo obter crédito no mercado está diretamente associada ao próprio direito de personalidade, no viés da honra objetiva. Logo, é necessário promover uma interpretação sistemática do texto constitucional no sentido de que a cláusula geral dos direitos de personalidade abarque todos os direitos destinados a proteção física, intelectual e moral dos indivíduos, mesmo que não dispostos de forma expressa no catálogo constitucional, como é o caso da obtenção de crédito. Portanto, pode-se afirmar que a obtenção de crédito está inserida na proteção conferida aos indivíduos pelos direitos de personalidade, pois existe um irrefutável caráter imaterial que permeia o direito ao crédito.

⁴⁶³ BARRETO FILHO, Oscar. O crédito no direito. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 57, p. 204-217, jan. 1962. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66404>>. Acesso em: 14 maio 2018. p. 212.

4.1.6 A relação entre as coerções atípicas do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 e as coerções típicas por protesto e por inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes: repensando a classificação dos meios de execução indireta

É importante relacionar a possibilidade do protesto e da negativação com a cláusula geral executiva do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015. A relação é, diga-se, umbilical. O intuito coercitivo e a consequente restrição de direitos do devedor, ante a manutenção do inadimplemento diante da ameaça de sanção, são rigorosamente os mesmos. A distinção dá-se apenas na previsibilidade, ou não, dos direitos que sofrerão restrições.

O protesto e a inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes podem ser considerados medidas coercitivas típicas, porquanto a sanção decorrente do descumprimento da ordem judicial acarretará a restrição de direitos de personalidade do devedor, atingindo a honra objetiva. Veja-se que, nessas medidas, a coerção em si e a respectiva sanção já estão previstas expressamente no Código.

Já as medidas coercitivas deferidas com esteio no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, também aplicáveis às obrigações de pagar em razão de previsão expressa neste dispositivo, são ditas atípicas, pois as sanções pelo descumprimento não estão catalogadas de forma direta. Logo, não é possível identificar *in abstracto* quais os direitos do devedor que poderão sofrer restrições ante a aplicação das medidas coercitivas com base no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015. E esta ausência de previsibilidade constitui a única diferença entre a coerção típica e atípica por restrição de direitos.

Para além dessa única diferença, pode-se afirmar que existe um núcleo comum entre as medidas típicas de protesto e de negativação e as atípicas do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015: a restrição de direitos do executado. Essa possibilidade chega em boa hora na sistemática processual executiva porque a única medida coercitiva antes prevista para as execuções de obrigações pecuniárias, afora o caso da coerção pessoal em obrigações alimentares, consistia na multa de dez por cento – somente aplicável para os títulos judiciais. A prática mostrou, como mencionado antes, que os devedores recalcitrantes não se sentiram, de fato, ameaçados após a introdução desta multa no CPC/1973 pela Lei n. 11.232/2005.

Por outro lado, as astreintes eram incabíveis para as obrigações de pagar e, ainda que fossem cabíveis, percebeu-se na praxe uma espécie de desvirtuamento no seu uso, mesmo nas execuções de

obrigações específicas. Como bem lembra Sérgio Cruz Arenhart: “De um instrumento de coerção, transformou-se ela, praticamente, na mais violenta forma de ‘indenização premiativa’.”⁴⁶⁴

Então, seja pela ineficácia e amplitude limitada da coerção pela multa de dez por cento, seja pelo desvirtuamento do papel coercitivo das astreintes, é necessário “encontrar outras ferramentas que possam ocupar essa função. E a restrição a direitos, sem dúvida, encontra campo fértil nesse ambiente”⁴⁶⁵.

De tudo que foi analisado até o presente momento, pode-se verificar que o enquadramento das coerções por restrição de direitos de personalidade (protesto e negatificação do devedor) na clássica divisão da execução indireta, como reiterado, encontra óbices. Descarta-se, então, o encaixe na coerção pessoal porque esta se configura apenas quando ocorre restrição no direito de liberdade do devedor.

Da comparação com as demais coerções patrimoniais típicas previstas no Código (astreintes e multa de dez por cento) também se conclui pela impertinência da alocação nesta categoria porque a cobrança da multa ocorrerá por expropriação de bens do patrimônio do devedor, o que não acontece no protesto ou na negatificação.

Diante desse problema e da nova disposição da cláusula geral executiva do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, verifica-se a necessidade de repensar a divisão clássica da execução indireta no Brasil. Nesse sentido, na seção 1.1 do presente trabalho, já se explanou sobre a proposta de classificação dos poderes executórios do juiz, delineada por Paulo Eduardo D’Arce Pinheiro⁴⁶⁶, a qual, de certa forma, exprime a divisão dos meios executórios em si, sejam eles de execução direta ou indireta. No atual estágio de evolução do processo civil, ao contrário de outros tempos, os meios de coerção são valorizados, até mesmo porque o transcurso do tempo mostrou a ineficácia da fórmula de exclusividade da técnica expropriatória. No Brasil não foi diferente, novas formas de coação foram criadas e positivadas.

Ademais, em estudo comparativo entre as coerções no Brasil e no sistema italiano, Sergio Chiarloni conclui que, aqui, o âmbito de execução indireta é bem mais vasto em relação àquele previsto no art.

⁴⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 281, p. 141-167, 2018. p. 155.

⁴⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 281, p. 141-167, 2018. p. 155.

⁴⁶⁶ PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Poderes executórios do juiz*, p. 229.

614 bis do código italiano. Na visão do autor, o legislador brasileiro, influenciado pela tradicional severidade dos ordenamentos de *common law*, quis perseguir a redução de uma litigiosidade particularmente elevada e assim aspirar a razoável duração do processo, induzindo partes e terceiros à obediência, com medidas muito severas, inclusive de natureza econômica.⁴⁶⁷

Essa fatura de meios coercitivos no Brasil, sob o ponto de vista normativo do CPC/2015 permite que seja repensada a tradicional divisão dos meios de execução indireta. Dessa inferência exsurge a utilização de parte da proposição de Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro para os poderes executórios do juiz, na seara dos meios executivos indiretos.

Nessa linha, os meios coercitivos previstos no CPC/2015 podem ser divididos da seguinte maneira: (a) coerção patrimonial, consubstanciada na aplicação de multa pecuniária para o cumprimento de obrigações específicas (astreinte) ou de obrigações pecuniárias inadimplidas em cumprimento da sentença (multa de dez por cento); (b) coerção por restrição de outros direitos do executado, por meio da qual se promove a ameaça de restrição de seus direitos para compeli-lo a satisfazer a obrigação. Dentro desta última categoria encaixam-se: (i) a coerção do executado para satisfação do débito alimentar, sob pena de restrição do direito de liberdade, consubstanciada na prisão civil (artigo 528, §3º); (ii) a coerção do executado para pagar, no prazo de quinze dias para os títulos judiciais ou no prazo de três para títulos extrajudiciais, sob pena de restrição de seus direitos de personalidade, no viés da honra objetiva, mediante protesto (artigo 517) ou inclusão nos cadastros de inadimplentes (artigo 782, §3º); e (iii) a coerção do executado para cumprir qualquer tipo de obrigação, inclusive pecuniária, sob pena de aplicação de outras medidas não tipificadas, que acarretarão a restrição de outros direitos do devedor (artigos 536, *caput* e §1º, 538, §3º, e 139, inciso IV, todos do CPC/2015).

4.2 AS COERÇÕES ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

A presente seção do trabalho tem por desígnio investigar se a aplicação de medidas coercitivas contra o devedor em execuções de obrigações de pagar fere o princípio da responsabilidade patrimonial.

⁴⁶⁷ CHIARLONI, Sergio. Note comparative sull' esecuzione indiretta in Italia e in Brasile. *Revista de Processo*, v. 277, p. 527-538, mar. 2018. p. 536.

Para atingir esse desiderato, dedicar-se-á, em um primeiro momento, a enfrentar questões gerais que gravitam em torno do princípio responsabilidade patrimonial (patrimonialidade) ⁴⁶⁸. Logo após, analisará o aludido princípio sob as égides da “intangibilidade corporal em razão de dívidas”⁴⁶⁹ e da limitação da atividade expropriativa no patrimônio do devedor ao valor devido. Para tanto, inicialmente, será necessário recordar as origens históricas da responsabilidade patrimonial executiva no direito romano e, ao final – com base em tal retrospectiva –, fixar algumas premissas necessárias à compreensão da possibilidade de aplicação de medidas coercitivas nas execuções de obrigações de pagar.

O exame ora proposto é fundamental para o atingimento do objetivo final do trabalho, uma vez que o princípio da responsabilidade patrimonial pode ser interpretado como óbice para a hipótese investigada.

4.2.1 Questões gerais sobre a responsabilidade patrimonial como princípio da atividade executiva

Comumente, a doutrina arrola entre os princípios da execução civil o princípio da responsabilidade patrimonial. Esse princípio, para Araken de Assis, traduz-se no fato de que “à execução contemporânea confere-se exclusivo caráter real. Visa a execução, segundo opinião comum, ao patrimônio do executado”⁴⁷⁰.

A máxima é verdadeira. Não se pode olvidar, contudo, que nas execuções de obrigações específicas, em especial as de fazer infungíveis, a execução pode direcionar-se à coerção do executado em prestar a obrigação (tutela específica) e, assim, ao menos em um primeiro momento, a atividade executiva não se voltaria contra o patrimônio do devedor propriamente dito, mas, sim, atuaria sobre a sua

⁴⁶⁸ Esta seção utilizará a expressão “princípio da responsabilidade patrimonial”, ao invés de “princípio da patrimonialidade”, por entender que a primeira exprime com fidelidade a ideia aqui defendida: não é possível a execução recair sobre o corpo (no sentido físico) do devedor, tirando-lhe a liberdade ou a vida, tampouco que a atividade de expropriação deve recair somente na parcela do patrimônio do devedor suficiente para satisfazer a obrigação de pagar devida. O patrimônio do executado responde pela dívida e só em sua medida.

⁴⁶⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileira*, p. 313.

⁴⁷⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 145.

vontade⁴⁷¹. Não obstante, quando já operada a transformação da obrigação originária específica em perdas e danos, bem como diante de obrigações originalmente pecuniárias, a execução, realmente, visa somente ao patrimônio do devedor⁴⁷².

Da mesma forma, faz-se necessário não esquecer que a responsabilidade patrimonial resta mitigada na aplicação da coerção pessoal ao devedor de alimentos, em razão da possibilidade de a execução atingir a sua liberdade. Todavia, eventual cumprimento do prazo de encarceramento previsto no §3º do artigo 527 do CPC/2015 não elide a obrigação do devedor de pagar as prestações alimentícias inadimplidas e, assim, a execução passa a voltar-se contra o patrimônio do devedor, por meio da clássica forma de expropriação. Novamente, é o patrimônio do devedor que responde para a satisfação da dívida.⁴⁷³

De todo modo, a disciplina da responsabilidade patrimonial está posta no artigo 789 do CPC/2015⁴⁷⁴ e, na seara do direito material, no

⁴⁷¹ Nesse sentido, é correta a advertência de Ovídio A. Baptista da Silva: “É necessário observar – e isto é um cuidado que se impõe a quem deseja apreender adequadamente os inúmeros princípios legais estabelecidos para o *Processo de Execução* – que o paradigma teórico a que a doutrina e a própria lei se dirigem quando tratam do processo executivo é invariavelmente a execução por crédito monetário, que se torna efetiva extraindo-se do patrimônio do devedor o numerário suficiente ao pagamento do credor. Desta premissa é que nasce o princípio segundo o qual ‘todos os bens’ do devedor sujeitam-se à execução.” (*Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2. p. 71). Na mesma linha, Maurício Giannico afirma, inclusive, que a responsabilidade patrimonial não deve ser considerada princípio geral da atividade executiva mas, tão somente, das execuções pecuniárias. (*Expropriação executiva*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57-58).

⁴⁷² No mesmo sentido, assevera José Carlos Barbosa Moreira: “Hoje em dia, a atividade executiva incide primariamente sobre bens, seja porque já os tenha em vista de início, seja porque se valha deles como sucedâneo da prestação originariamente perseguida.” (Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 151-168, 1986. p. 155).

⁴⁷³ No mesmo sentido: “Excepcionalmente, se autoriza a prisão civil do devedor. Não se trata de execução da dívida sobre a pessoa do devedor, pois a prisão é apenas medida de coação, ou seja, tem a finalidade de coagir o devedor ao cumprimento da obrigação.” BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes patrimoniais e desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 24.

⁴⁷⁴ “Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.” Cândido Rangel Dinamarco, em crítica à redação do dispositivo no CPC/1973 (artigo 591), praticamente idêntica a do seu equivalente no CPC/2015, afirma que, além de tratar-se de reprodução do artigo 1.948 do Código Civil italiano de 1865 – sendo mantido no Código Civil italiano vigente (artigo 2.740) –, nele os “termos futuro e presente são empregados

artigo 391 do Código Civil brasileiro⁴⁷⁵, podendo ser considerada, ante a sua importância, um dos princípios da atividade executiva.

Objetivamente, inferem-se do princípio em comento duas proposições: que todos os bens do devedor estão sujeitos à execução e que somente os bens do devedor estão sujeitos à execução⁴⁷⁶. Ou seja, a universalidade de bens constante no patrimônio do executado, em regra, estará sujeita à expropriação executiva, a qual ocorrerá na parcela do patrimônio que corresponder ao valor da obrigação pecuniária executada. E isso, *a priori*, cinge-se ao patrimônio constante na esfera jurídica do devedor, não devendo alastrar-se, em princípio, a terceiros. Nesse sentido, Crisanto Mandrioli, ao discorrer sobre o tema da responsabilidade patrimonial no sistema italiano afirma que se trata de princípio fundamental, segundo o qual cada um responde pelas suas obrigações com todo o seu patrimônio, na respectiva proporção da dívida.⁴⁷⁷

Ao investigar o “fundamento jurídico do poder de executar o patrimônio do devedor”, Enrico Tullio Liebman afirma que, da relação jurídica obrigacional, extraem-se dois elementos, a saber: o débito, consistente no dever do obrigado de cumprir a prestação; e a responsabilidade, consubstanciada na destinação dos bens do devedor à satisfação coativa do direito do credor, ou seja, “o direito de agressão ao patrimônio do devedor”. O autor conclui que a responsabilidade, em verdade, subsiste como “vínculo de direito público processual, consistente na sujeição dos bens do devedor a serem destinados a satisfazer o credor, que não recebeu a prestação devida, por meio da realização da sanção por parte do órgão judiciário”⁴⁷⁸.

O que se percebe nesses escritos, então, é a nítida concepção da responsabilidade patrimonial como consequência da atuação da sanção executiva sobre o patrimônio do executado. Em paralelo à atuação estatal para a concretude do direito material tutelado existe outra vertente, “de natureza e efeito sancionatórios, a significar que o Estado quer que o inadimplente sofra as medidas que constituem a sanção

de forma heterogênea, porque um se refere ao momento da constituição da obrigação e outro, ao da execução” (*Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 255-256).

⁴⁷⁵ “Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.”

⁴⁷⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 100.

⁴⁷⁷ MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: l'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, il processo del lavoro e dell'equo canone*. Torino: Giappichelli, 1982. p. 14.

⁴⁷⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 32-38.

executiva”⁴⁷⁹. De forma semelhante, Salvatore Satta afirma que “a responsabilidade patrimonial é a sujeição dos bens à execução, considerada como uma sanção pela falha no adimplemento”⁴⁸⁰.

A responsabilidade patrimonial, então, pode ser vista como “sujeitabilidade do patrimônio de alguém às medidas executivas”⁴⁸¹. Sob o enfoque da potencialidade de sujeição de bens à atividade executiva, Cândido Rangel Dinamarco assevera que o princípio em tela consiste em uma “situação meramente potencial, caracterizada pela sujeitabilidade do patrimônio de alguém às medidas executivas destinadas à atuação da vontade concreta do direito material”. Prossegue o autor inferindo que, nessa sujeição, verificam-se três posições subjetivas diferentes: (a) o poder da jurisdição de impor medidas executivas sobre o patrimônio do devedor; (b) o poder do exequente de iniciar a execução e, por conseguinte, exigir a realização dessas medidas; (c) a sujeição do executado, propriamente dita, aos atos executivos estatais.⁴⁸²

As limitações da atuação expropriativa, por exemplo, por meio das impenhorabilidades, bem como as hipóteses em que a execução poderá atingir bens de terceiros, por si sós, ensejariam um estudo em apartado. Por isso, optou-se por abordar somente os institutos fundamentais da responsabilidade patrimonial neste ponto do estudo, para que se possa avançar na análise concreta do tema em investigação, o que ocorrerá na seção seguinte.

⁴⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 251.

⁴⁸⁰ No original: “[...] la responsabilità patrimoniale non è altro che la soggezione dei beni alla esecuzione, considerata come una sanzione per il mancato adempimento”. SATTÀ, Salvatore. *L'esecuzione forzata*. Torino: Unione Tipografica, 1952. p. 32.

⁴⁸¹ BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes patrimoniais e desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015*, p. 22.

⁴⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, p. 248-256. Sob o enfoque da sujeição dos bens à execução, Willis Santiago Guerra Filho também afirma que: “Entende-se por responsabilidade patrimonial a situação jurídica subjetiva, da qual resulta a sujeição de bens do responsável, com relevância econômica, a serem destinados a satisfazer o credor que não recebeu a prestação devida, por meio do processo de execução forçada.” (Responsabilidade patrimonial e fraude à execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 65, p. 174-181, 1992. p. 174).

4.2.2 O princípio da responsabilidade patrimonial sob as óticas da intangibilidade corporal do devedor por dívidas e da limitação da atividade expropriativa ao valor do crédito versus a aplicação de medidas coercitivas em execuções de obrigações de pagar

Para fins de atingimento do delimitado escopo deste trabalho, o que importa é o princípio da responsabilidade patrimonial como decorrência da regra de intangibilidade corporal em razão de dívidas e da limitação da atividade expropriativa ao valor do crédito. Nesse desiderato, é necessário fazer uma sucinta retrospectiva histórica com base no processo civil romano para, então, tornar possível a fixação de algumas premissas e conclusões necessárias à compreensão da possibilidade da aplicação de medidas coercitivas nas execuções de obrigações de pagar.

4.2.2.1 Breve regaste histórico da questão no processo civil romano

A Lei das XII Tábuas (ano de 455 a.C.), além de fonte primordial do direito no período arcaico romano, é considerada a fonte de todo o direito romano⁴⁸³ e possui “inequívoca relevância para o estudo do processo de época antiga, sobretudo no que se refere à citação e ao processo executivo (tábuas 1, 2 e 3)”⁴⁸⁴. Extrai-se da tábua terceira (dos direitos de crédito), itens 4 a 9, que: alguém que confessa a dívida perante um magistrado ou é condenado terá o prazo de trinta dias para pagar; não o fazendo no prazo será “agarrado e levado à presença do magistrado”; caso, ainda assim, o devedor não promova o pagamento e ninguém se apresente como fiador, o credor poderá levá-lo “amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até o máximo de 15 libras”; preso, o devedor viverá às suas custas e, se assim não quiser, o credor “dar-lhe-á por dia uma libra de pão”; em não havendo conciliação, o devedor ficaria preso por sessenta dias, nos quais seria levado por “3 dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida”; e sendo muitos os credores, após o terceiro dia de feira, o corpo do devedor poderia ser dividido “em tantos pedaços quantos sejam os

⁴⁸³ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições históricas do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 27.

⁴⁸⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições históricas do processo civil romano*, p. 28.

credores” ou, se assim desejassem os credores, o devedor poderia ser vendido “a um estrangeiro, além do Tibre”⁴⁸⁵.

Nota-se, portanto, a ampla possibilidade de restrição de direitos do devedor em razão de dívidas, culminando, caso assim os credores desejassem, em ceifar o direito à vida daquele que possuía débitos não pagos.

Em regra, a doutrina divide o processo civil romano em três períodos, a saber: o *legis actiones*, o *per formulas* e o *extraordinaria cognitio*. Quanto ao primeiro período, das chamadas ações de lei, noticia-se a existência de cinco tipos de ações: *legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, *legis actio per conditionem*, *legis actio per manus iniectioem* e *legis per pignoris capionem*. As três primeiras ostentavam feições de processo de conhecimento, objetivando a declaração de um órgão judicial acerca de uma situação jurídico-litigiosa; as duas últimas possuíam natureza executiva.⁴⁸⁶

Sob a vigência da Lei das XII Tábuas, a *manus iniectio* tinha cabimento nos casos de inadimplemento de obrigação fixada em sentença ou por confissão, ou de aceitação das razões do autor em outra ação, e acabou por impor bárbaras punições aos devedores. Nesse período, três características desta ação merecem destaque: (a) apesar de gozar de formalismo radical, o processo era todo oral; (b) o caráter privado da justiça, pois todos os atos executivos eram praticados pelo credor, sendo o juiz apenas um regulador; (c) a não separação entre responsabilidade pessoal e responsabilidade patrimonial do devedor.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ Toda a referência do parágrafo para: MEIRA, Silvio A. B. *A lei das XII tabuas* – fonte de direito publico e privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 169.

⁴⁸⁶ METZGER, Ernest. An outline of Roman Civil Procedure. *Roman Legal Tradition*. Published by the Ames Foundation at the Harvard Law School and the University of Glasgow School of Law, p. 2-30, 2013. ISSN 1943-6483. Disponível em: <<https://romanlegaltradition.org/contents/2013/RLT9-METZGER.PDF>>. Acesso em: 10 dez. 2017. p. 18-19. No mesmo sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições históricas do processo civil romano*, p. 36-44.; FRAGA, Affonso. *Theoria e pratica na execução das sentenças*, p. 26; SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro, modificado até 1996*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 25.

⁴⁸⁷ SILVA, João Paulo Hecker da. *Manus injectio*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 237, p. 139-156, 2014. p. 144. Além disso, acerca da última característica mencionada no texto, o autor afirma que: “Outra peculiaridade desse período era a incapacidade de separar a responsabilidade patrimonial da pessoal, de modo que as execuções sempre recaíam sobre a pessoa do devedor. Os romanos, ao tempo da *manus injectio*, não tinham a noção de que a responsabilidade patrimonial diferenciava-se da pessoal e era corrente a

A execução era pessoal e seu procedimento continha algumas etapas e peculiaridades. Transcorrido o prazo de trinta dias previsto na Lei das XII Tábuas, sem que ocorresse o pagamento pelo devedor, o credor poderia levá-lo à força perante um magistrado. Na ocasião, o credor – declarando de forma solene o crédito⁴⁸⁸ –, literalmente, postava a mão sobre alguma parte do corpo do devedor, o qual estava impedido de retirá-la. Restava ao devedor apenas pagar ou apresentar uma intervenção ao seu favor por meio de terceiro (*vindex*)⁴⁸⁹, em regra, uma parte ou um amigo.

A figura do *vindex* poderia retirar a mão do credor do corpo do devedor (*manum depellere*) e alegar a violência da execução pessoal e a injustiça da sentença que fora proferida e, assim, instaurava-se novo processo, no qual o *vindex* agiria na defesa do devedor. Se o *vindex* não comprovasse as suas alegações de defesa, além de não livrar o devedor das punições previstas, este seria condenado ao pagamento do dobro da dívida primitiva.⁴⁹⁰

Caso o devedor não pagasse, não apresentasse *vindex* ou a defesa não fosse exitosa, “o magistrado autorizava a *manus injectio*, por meio da palavra ritual *addico*, a qual tinha o significado de entregar, adjudicar o devedor nas mãos do credor”⁴⁹¹. Ato contínuo, o devedor seria levado

transposição de uma obrigação patrimonial para a pessoa do devedor, como se pena fosse.”

⁴⁸⁸ Celso Neves, com base em Gaio: “O autor dizia: ‘por não me haveres pago dez mil sestércios, a que foste condenado a pagar-me, eu lanço a mão sobre ti, por causa dos dez mil sestércios’”. (*Da arrematação de real a real*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 7-8).

⁴⁸⁹ Conforme José Rogério Cruz Tucci e Luiz Carlos Azevedo lembram, com a vigência de novas leis, foi facultado ao devedor defender-se pessoalmente e, assim, restringiu-se a figura do *vindex*. (*Lições históricas do processo civil romano*, p. 50). Mas especificamente, Othon Sidou afirma que: “No envolver da República, algumas leis e disposições de direito honorário encaminharam a forma paralela e mitigada da *manus iniectio pura*, que dispensava a intervenção do *vindex*, para admitir a autocontestação, e que coexistiu com a velha forma, até que a lei Vallia, de data ignorada, todavia do 2º século antes da era cristã, consagrou em definitivo o novo sistema.” (*Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo)* à luz do código de processo civil brasileiro, modificado até 1996, p. 54).

⁴⁹⁰ NEVES, Celso. *Da arrematação de real a real*, p. 7-11. O *vindex* poderia pagar o débito e, assim, caso o devedor não o reembolsasse em seis meses, teria direito a uma ação regressiva. Caso não fosse pago o valor pelo devedor ou pelo *vindex*, este “acompanharia a sorte do devedor patrocinado, sujeitando-se ao encarceramento e à eventual venda como escravo” SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo)* à luz do código de processo civil brasileiro, modificado até 1996, p. 53.

⁴⁹¹ SILVA, João Paulo Hecker da. *Manus injectio*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 237, p. 139-156, 2014. p. 150.

amarrado e ficaria preso por sessenta dias, sob custódia do credor. Nesse ínterim, o credor deveria levar o devedor “ao mercado em três dias consecutivos, a fim de apregoar a dívida em público e assim aguardar alguém, normalmente algum parente, pagar a dívida em nome do devedor”⁴⁹². Não havendo pagamento ou conciliação entre as partes, o credor poderia matar o devedor ou vendê-lo como escravo fora das fronteiras da cidade, “visto que um romano não podia ser cativo em Roma”⁴⁹³.

A violência e o ferimento de todos os tipos de direitos do devedor, inclusive o direito à vida, nas palavras de Celso Neves, “ajustavam-se – naqueles rudes tempos em que começava a estruturação do Direito Romano – à violência que importava, para o credor, a quebra da palavra empenhada pelo devedor”⁴⁹⁴. Em verdade, o que pretensamente se buscava com a severidade da mencionada lei era a boa-fé nas relações comerciais entre os indivíduos. A obra literária de Aulo Gelio, ao retratar o diálogo entre Favorino e Sexto Cecílio – além de demonstrar com fidelidade o calvário do devedor⁴⁹⁵ –, confirma a importância da boa-fé nas relações privadas e públicas para a construção e a consagração do Império Romano.⁴⁹⁶

Tamanha era a brutalidade do procedimento que, posteriormente, por meio das Leis Julia, fora aprovada a possibilidade de o devedor abandonar todo o seu patrimônio em favor do credor para “evitar a execução pessoal e a imposição de infâmia, assegurando-lhe uma reserva de bens, adquiridos posteriormente ao abandono e que fossem necessários à sua subsistência.”⁴⁹⁷ Para Affonso Fraga, esta lei concedeu ao devedor “quando fosse insolvente pelo revez da fortuna, o triste e mísero benefício [...] de evitar os males da prisão, fazendo ao credor cessar a totalidade dos seus bens”⁴⁹⁸.

Foi somente com a *lex poetelia papira*, no ano de 326 a.C., que se restringiram o aprisionamento, a possibilidade de venda como escravo e

⁴⁹² SILVA, João Paulo Hecker da. Manus injectio. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 237, p. 139-156, 2014. p. 151.

⁴⁹³ SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro, modificado até 1996*, p. 53.

⁴⁹⁴ NEVES, Celso. *Da arrematação de real a real*, p. 12.

⁴⁹⁵ GELIO, Aulo. *Noches áticas*. Trad. Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: EJEA, 1959. p. 230-231.

⁴⁹⁶ GELIO, Aulo. *Noches áticas*, p. 229-230.

⁴⁹⁷ NEVES, Celso. *Da arrematação de real a real*, p. 25.

⁴⁹⁸ FRAGA, Affonso. *Theoria e pratica na execução das sentenças*, p. 31.

a morte do devedor⁴⁹⁹. A regra passava a ser a de a execução não recair sobre a liberdade ou a vida do devedor, incidindo apenas sobre o seu patrimônio, caso afirmasse em juramento que era solvente para a quitação do débito⁵⁰⁰. Leopold Wenger, dissertando a respeito, relata que a *manus injectio*, ainda que como exceção, “subsistiu, ao lado da execução patrimonial romana pretoriana”, durante os períodos subsequentes do processo formular e da *extraordinaria cognitio*.⁵⁰¹

Ainda, no período das ações de lei, a *legis actio per pignoris capionem*, apresentava também caráter executivo, no entanto, com vertente flagrantemente patrimonial. Seu ponto positivo, certamente, residia na alta informalidade do procedimento, pois poderia ser cumprida em qualquer momento, mesmo na ausência de magistrado e do próprio devedor, bastando a existência da mora. De negativo, a dita ação tinha a sua restrita abrangência à cobrança de alguns poucos créditos privilegiados⁵⁰². O procedimento consistia na apreensão de bens do devedor, de forma direta pelo credor, para constrangê-lo a realizar o resgate, por meio do pagamento da dívida. A ideia era expô-lo ao vexame de ter seus bens apreendidos em razão de débitos. E, justamente por isso, ao credor não era permitido vender os bens para, com o fruto da venda, ressarcir-se do débito, cabendo-lhe somente o direito de retê-los ou, até mesmo, destruí-los.⁵⁰³

No tempo do processo formular (*per formulas*), segundo período do processo civil romano, a execução patrimonial operava-se pela *actio iudicati*. Nessa linha, segundo Leopold Wenger, a *actio iudicati*, tanto no período do processo formular quanto no subsequente período da

⁴⁹⁹ Explicando que a dita lei, à época, não aboliu totalmente a execução pessoal, Othon Sidou afirma que a execução forçada romana distinguia-se em duas etapas. A primeira, em que a execução destinava-se à pessoa do devedor, na forma da *manus injectio*, e só indiretamente incidia sobre o seu patrimônio. A segunda etapa consistia no inverso: a execução, pela *actio iudicati*, recaía sobre o patrimônio do devedor e só indiretamente sobre sua pessoa. O divisor das duas etapas seria a *lex poetelia papiria*, “a qual abolindo o instituto do *nexum*, ou alienação da pessoa do devedor ao credor em pagamentos de dívida insolvida, reduziu consideravelmente a aplicação da execução pessoal, deixando a *manus injectio* a outras espécies de incumprimento obrigacional objeto de sentença” (*Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro, modificado até 1996*, p. 52).

⁵⁰⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições históricas do processo civil romano*, p. 55-58.

⁵⁰¹ WENGER, Leopold. *Actio iudicati*. Trad. Roberto Goldschmidt y Jose Julio Santa Pinter. Buenos Aires: EJE, 1954. p. 15.

⁵⁰² TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições históricas do processo civil romano*, p. 58-59.

⁵⁰³ NEVES, Celso. *Da arrematação de real a real*, p. 13-19.

extraordinaria cognitio, era a forma de início da execução. No primeiro período a *actio iudicati* seria uma ação do procedimento formular; no segundo seria uma ação de cognição pelo magistrado.⁵⁰⁴

À época havia a possibilidade de se proceder ao *missio in bona*, no qual o credor obtinha do pretor a posse da universalidade dos bens do devedor, os quais seriam adjudicados pelo síndico (*magister bonorum*) àquele que oferecesse a melhor proposta. O adquirente sucedia o devedor em suas obrigações, até o limite do valor oferecido, e – em que pese adquirir somente a propriedade pretoriana, uma espécie de direito real decorrente da ação judicial – tinha direito à usucapião. De um lado, fica evidente o quão maléfico mostrava-se tal procedimento contra o devedor, o qual era privado de todo o seu patrimônio⁵⁰⁵; de outro, o quanto poderia o adquirente “auferir largos lucros”⁵⁰⁶ na revenda dos bens.

Por outro lado, também no período formular, nasceu a figura do *beneficium competentiae*, pelo qual, em alguns casos, os devedores não seriam obrigados a pagar a “totalidade da dívida mas apenas uma parte, mais precisamente aquilo que puderem fazer: *id quod facere possunt*. Esta prática representa exceção à regra pela qual o devedor é compelido a oferecer por inteiro a prestação”⁵⁰⁷. Para Ignácio M. Poveda Velasco, a vantagem prática “do benefício da condenação limitada era, precisamente, livrar o devedor das agruras da execução patrimonial, que incluía a nota infamante, e da eventual execução sobre sua pessoa”⁵⁰⁸.

No que tange ao terceiro período do processo civil romano (*extraordinaria cognitio*), primeiramente, faz-se necessário destacar os institutos da *distractio bonorum* e da *pignus ex causa iudicati captum*. O primeiro, restrito à classe dos senadores, já apresentava um progresso, porquanto, ainda que a totalidade do patrimônio fosse apreendida, após a venda dos bens e pagamento da dívida, “eventual excesso que restasse do patrimônio do devedor conservava-se com ele”⁵⁰⁹. O segundo instituto pode ser considerado o “antecedente mais remoto da moderna

⁵⁰⁴ WENGER, Leopold. *Actio iudicati*, p. 232.

⁵⁰⁵ Nesse período, “como não existia execução sobre um único bem do devedor, ainda que devesse dez, perderia cem, pois aquela atingiria a totalidade de seu patrimônio”. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições históricas do processo civil romano*, p. 128.

⁵⁰⁶ FRAGA, Affonso. *Theoria e pratica na execução das sentenças*, p. 33.

⁵⁰⁷ VELASCO, Ignácio M. Poveda. *A execução do devedor no direito romano (beneficium competentiae)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 15.

⁵⁰⁸ VELASCO, Ignácio M. Poveda. *A execução do devedor no direito romano (beneficium competentiae)*, p. 16.

⁵⁰⁹ NEVES, Celso. *Da arrematação de real a real*, p. 33.

expropriação forçada”, apresentando um grande avanço quando comparado com as demais formas de execução patrimonial da época, pois “limitou a penhora e conseqüente alienação apenas do bem ou bens necessários à satisfação do crédito, conciliando o direito do credor com o interesse do *iudicatus*”⁵¹⁰.

Igualmente importante foi o período de vigência do direito justinianeu, iniciado pelas reformas legislativas promovidas por Justiniano no ano de 527 d.C., as quais acarretaram uma profunda transformação no direito romano clássico. Por ser o primeiro imperador cristão do Império Romano, o direito produzido à época de Justiniano foi carregado pelo cristianismo, “injetando-lhe novos valores, inteiramente diversos e às vezes antagônicos aos valores e princípios formadores do direito romano clássico”⁵¹¹. Ademais, na seara processual, o novo ordenamento “iluminado por esses valores e inspirado na benevolência e compaixão cristãs, proscreve todas as formas e instrumentos infamantes e que possam constranger a pessoa do devedor”⁵¹².

A importância do direito justinianeu, no sentido de produção e de compilação legislativas, consubstancia-se no fato de que o movimento de redescoberta do direito romano – que de certa maneira forjou a base da criação da família de direito romano-germânica⁵¹³ –, iniciado pela Universidade de Bolonha séculos mais tarde, pautava-se em estudos e glosas do *corpus juris civilis* de Justiniano⁵¹⁴. Para John Henry Marryman, o direito civil romano, oriundo da época de Justiniano, o direito canônico (que acabou por influenciar o direito romano justinianeu durante toda a Idade Média) e o direito comercial são as “três subtradições que compõem a tradição da *civil law*”, e as “principais

⁵¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições históricas do processo civil romano*, p. 121.

⁵¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 77.

⁵¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 85.

⁵¹³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fortes, 1996. p. 31.

⁵¹⁴ PILATI, José Isaac. Panorama das fontes de Direito Romano Clássico e seu resgate na pós-modernidade jurídica: as Institutas de Gaio em particular. *Unisul de fato e de direito – Revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, Florianópolis, Ed. da Unisul, v. 6, p. 27-41, 2013. p. 38.

fontes históricas dos conceitos, institutos e procedimentos da maior parte do direito privado e do direito processual”⁵¹⁵.

A execução, no direito justiniano, consagrava alguns avanços obtidos na fase da *extraordinaria cognitio* e operava-se pela já mencionada *pignus ex causa iudicati captum*. A execução de sentença era limitada⁵¹⁶ e não mais sobre a universalidade dos bens, mas com a penhora e posterior venda dos bens do devedor, por meio de oficiais designados pelo magistrado. Não havendo interessados na aquisição judicial, ou tendo eventuais interessados apresentado lances vis, era permitido ao credor participar da licitação e adquirir os bens penhorados. Caso a inexistência de interessados decorresse de atitude ardilosa do devedor, os bens seriam diretamente adjudicados ao credor.

Como destacou Celso Neves, o direito justiniano “iria, mais tarde, servir de base a toda a evolução jurídica ocidental”⁵¹⁷ e, como visto, ao menos em sede de expropriação executiva, os preceitos acima relatados – mais bem detalhados e formalizados, é verdade – estão postos até os dias de hoje.

Nessa singela retrospectiva histórica, por óbvio, não se pode esquecer que muitas das severas punições de ordem pessoal originárias do direito clássico romano voltaram a ter lugar na Idade Média⁵¹⁸ (século V ao século XV), até a transição para a Idade Moderna.

É igualmente digna de registro a forte influência da Igreja Católica, com o direito canônico, sobre o direito germânico e a divisão entre o direito romano-canônico e o direito romano-barbárico, especialmente na Idade Média. Tampouco se pode desprezar a influência do liberalismo – já estudado no primeiro e terceiro capítulos – na construção de vários institutos do direito.

Todos esses períodos influenciaram de forma decisiva a criação e o desenvolvimento da ciência do Direito e, dentro dela, do processo civil. No entanto, para fins do presente trabalho, mostra-se suficiente a análise de alguns dos pontos levantados linhas atrás acerca do direito processual romano clássico e do direito justiniano.

⁵¹⁵ MARRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 31.

⁵¹⁶ A expressão “execução limitada” será utilizada nesta seção como forma de designar a execução que – ao revés de incidir sobre a totalidade de bens do devedor, independentemente do valor da dívida – recai tão somente sobre a quantidade de bens suficiente para garantir o pagamento.

⁵¹⁷ NEVES, Celso. *Da arrematação de real a real*, p. 40.

⁵¹⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 188.

4.2.2.2 Premissas e conclusões que podem ser firmadas com base no resgate histórico da origem romana do princípio da responsabilidade patrimonial e conclusões decorrentes

Da análise histórica apresentada – notadamente quanto ao princípio da responsabilidade patrimonial e à intangibilidade do corpo em razão de dívidas –, algumas premissas podem ser firmadas para, então, chegar às pretendidas conclusões.

A primeira premissa consiste na existência da regra de tangibilidade da integridade física do devedor em razão de dívidas pecuniárias presente na *manus iniectio* do direito romano clássico, quando era permitida, de forma privada e pelo próprio credor, a prisão, a venda como escravo, a morte e, no caso de concurso de credores, o espartilhamento e a distribuição de pedaços do corpo do devedor entre os seus credores. O sistema romano de justiça, ainda que arcaico, sobretudo na época das ações de lei, reagiu a tal barbárie, por meio da *lex poetelia papira*.

Por mais importante e ofensiva que fosse, à época, a quebra da palavra empenhada por um devedor a um credor, a brutalidade do procedimento não pôde resistir. Assim, tem-se a seguinte premissa: ao criar o preceito de que a execução por dívidas ocorreria apenas sobre o patrimônio do devedor (execução real), o próprio direito romano clássico repeliu a tangibilidade do corpo por dívidas. Séculos depois, o direito justinianeu foi concebido sob tal preceito, mantendo a regra da intangibilidade do corpo humano.

A segunda questão importante consubstancia-se na adoção, no período da *extraordinária cognitio*, da ideia de execução limitada sobre o patrimônio do devedor. No processo formular (*per formulas*), a execução patrimonial operava-se pela *missio in bona* e, assim, todo o patrimônio do devedor era expropriado, independentemente do valor da dívida.

As consequências nefastas desse procedimento fizeram com que o processo romano o repelisse, adotando a forma de execução limitada do *pignus ex causa iudicati captum*. Disso decorre a segunda premissa: ao prever que na execução por dívidas apenas a parcela equivalente do patrimônio do devedor seria expropriada, o próprio direito romano clássico repeliu o dogma de que o devedor perderia todo o seu patrimônio na execução, independentemente do valor da dívida. O direito justinianeu fora assentado sobre esta regra, mantendo o preceito e refinando a forma de expropriação de bens do devedor.

Fixadas as duas premissas, chega o momento de entabular algumas importantes conclusões.

A primeira conclusão consiste no fato de que o processo civil romano, clássico e justinianeu, criou a regra da execução real e limitada única e exclusivamente com o escopo de afastar a tangibilidade do corpo do devedor por dívidas e a possibilidade de perda integral do patrimônio.

O direito justinianeu, já trazendo em seu bojo a ideia de que a execução seria real e limitada, como mencionado antes, foi a fase do direito romano pesquisada na época do renascimento pelas universidades italianas, em especial a Universidade de Bolonha – sem o desprezo, é claro, da também forte influência do direito germânico⁵¹⁹ nessas pesquisas. Os estudiosos de Bolonha, procedentes de todas as partes da Europa, após intensas pesquisas e estudos acerca do direito justinianeu, voltavam aos seus países de origem e disseminavam o estudo do direito civil romano e das obras dos Glosadores, criando, assim, o direito comum europeu (*jus commune*).

Avançando na evolução histórica, exsurge o Estado Liberal que, primando pelos ideais de garantia da liberdade dos indivíduos e de segurança, “plantou o princípio da intangibilidade corporal em razão de dívidas”⁵²⁰, corroborando o preceito firmado no direito romano. No século XIX, vários países da Europa Ocidental – ainda no ideário de estabelecer segurança – adotaram códigos civis, tendo como grande modelo o Código Civil francês de 1804 (Código Napoleônico)⁵²¹. Tudo isso, pode-se dizer, é o berço da tradição da *civil law*, à qual o Brasil é filiado.

A segunda conclusão ruma no sentido de se compreender que, na origem do “renascimento da ideia do direito”⁵²², nas universidades europeias, já estava enraizado o adágio – estabelecido no direito romano clássico e justinianeu – de que a execução seria real e limitada e, como mencionado, essa época influenciou a construção dos ordenamentos de tradição *civil law*. Esse preceito, em especial na parte em que afirma que o devedor responde com o patrimônio e não com o corpo, parece muito

⁵¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 11.

⁵²⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 188.

⁵²¹ Essa evolução jurídico-histórica é muito bem desenvolvida em: MARRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, p. 30-31.

⁵²² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 31.

óbvio⁵²³ para os atuais operadores do direito, justamente porque está, há muito, arraigado nos ordenamentos jurídicos.

Com esses aportes históricos é possível subsumir tudo que foi exposto, em especial as duas conclusões aqui destacadas, à investigação desenvolvida nesta seção do trabalho. Em termos pragmáticos, é necessário indagar: a utilização de meios coercitivos típicos e atípicos contra o devedor em execuções de obrigação de pagar afronta o princípio da responsabilidade patrimonial?

A resposta a tal questionamento parece ser negativa. Em primeiro lugar porque a responsabilidade patrimonial, como demonstrado, foi forjada como resposta a duas situações bem objetivas, permitidas à época do período clássico romano, a saber: (i) a execução recair contra o corpo do executado (basicamente, poder restringir a liberdade, atentar contra a integridade física e ceifar a vida) e (ii) a execução poder retirar todo o patrimônio do executado ou em parcela maior do que a suficiente para satisfazer a dívida⁵²⁴. Contudo, a ideia de aplicação do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 para as obrigações de pagar, não tem por objetivo, tampouco traz como consequência, qualquer uma dessas duas situações.

Não se cogita – com exceção de parcela da doutrina que, inclusive ainda na égide do CPC/1973, já defendia a possibilidade de prisão civil por dívidas não alimentares – a aplicação contra o devedor de qualquer medida típica ou atípica coercitiva que ceife sua liberdade, proporcione-lhe algum tipo de agressão física ou retire sua vida. Igualmente, não é crível imaginar a aplicação dessas medidas para permitir que o exequente aproprie-se de todo o patrimônio do executado ou de parcela maior que a dívida, até mesmo porque seria descumprida a

⁵²³ Na interessante lição de Paulo Furtado, verifica-se tal questão: “De que modo o devedor responde para o cumprimento de suas obrigações? Hoje, parece óbvio que se diga ‘responde com o patrimônio’. Há tempos, não era tão evidente.” (*Execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 85).

⁵²⁴ Ao menos em parte, parece ser a mesma opinião de Gastão Grossê Saraiva: “A ‘*manus iniectionis*’, uma das formas de ação das ‘*legis actiones*’, execução sobre o vencido, que podia ser vendido além do rio Tibre, ou ser conservado como escravo, era um procedimento da coletividade contra o indivíduo, ao qual este sempre se opôs. Nessa luta triunfou, a final, o indivíduo sobre a coletividade, até chegar ao preceito de direito civil de que não pode haver condenação à prisão por dívidas.” (Histórico do processo, até o atual Código de Processo Civil - fundamentos sociológicos do direito processual. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 471-479. p. 475). Em sentido semelhante, Araken de Assis estabelece relação entre a *manus iniectionis*, a personalidade e a origem da patrimonialidade. (*Manual da execução*, p.187-188).

proteção conferida pelo artigo 831 do CPC/2015^{525,526}. Então, se a aplicação das medidas atípicas previstas no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 não ruma nesse sentido, resta, pois, respeitado o princípio da responsabilidade patrimonial.

Uma segunda justificativa para a conclusão de que a aplicação das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias não afronta a responsabilidade patrimonial está no fato de que – não obstante o princípio da responsabilidade patrimonial ter como propósitos basilares a intangibilidade do corpo e a limitação expropriativa do patrimônio do devedor – o seu maior foco de preocupação, já no direito romano clássico, muito mais do que delimitar a extensão patrimonial da apropriação executiva, era impossibilitar o castigo físico, a morte ou a prisão do devedor. Portanto, a intangibilidade física do devedor é ponto nuclear desde a origem de tal princípio; conseqüentemente, a *manus iniectio* romana – técnica processual na qual tais medidas pessoais eram praticadas – é a contramatriz inspiradora da regra de intangibilidade do corpo do devedor por dívidas e, ao fim e ao cabo, da própria responsabilidade patrimonial⁵²⁷.

Em outras palavras, a antítese da ideia de a execução incidir sobre o corpo do devedor sempre foi a possibilidade de a execução recair apenas sobre o patrimônio do devedor⁵²⁸, e não de ser impossível o uso

⁵²⁵ “Art. 831. A penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios.”

⁵²⁶ Discorrendo sobre a responsabilidade patrimonial, Antônio Carlos Costa e Silva afirma que a execução não se desprende de duas exigências fundamentais e, uma delas, nomeia de “o respeito à pessoa e ao patrimônio do devedor”. Ato contínuo, denomina de “princípio da suficiência” aquele previsto no artigo 659 do CPC/1973 (artigo 831 do CPC/2015), pelo qual “serão penhorados ao patrimônio do devedor tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários do advogado” (*Tratado do processo de execução: da execução civil – dos elementos básicos do processo*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976. v. 1. p. 92).

⁵²⁷ Em sentido semelhante Salvatore Satta, ao explicar a responsabilidade patrimonial, afirma que: “É do art. 274.0 código civil a regra fundamental por que ‘o devedor responde pelo adimplemento e suas obrigações com todos os seus bens’. É esta a chamada responsabilidade patrimonial cuja doutrina veio a esclarecer o cunho real em contraposição ao cunho pessoal do débito (débitum et obligatio, Schuld und Haftung)”. (*Direito processual civil*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. v. 2. p.114-115).

⁵²⁸ Ao explicar a responsabilidade patrimonial, Paulo Furtado confere significativa ênfase a sua antítese com a pessoalidade ocorrida na época do direito romano clássico. Segundo o autor, patrimonialidade “significa, também, que não se pode mais recorrer à penalidade corporal, em relação ao devedor. Ninguém, salvo casos excepcionais (alimentos e depositário infiel), há de ser preso por dívidas. Responde o devedor com seu patrimônio (bens presentes e futuros)” (*Execução*, p. 85).

de medidas típicas e atípicas coercitivas que o pressionem a promover o pagamento da obrigação inadimplida. É dizer: na execução por dívidas, a norma nascida em oposição à antiga regra romana de *personalidade* sempre foi a da *patrimonialidade* e não a da *incoercibilidade*⁵²⁹.

Coagir o devedor a pagar sob pena de impor-lhe uma situação jurídica pior, que configura a essência da coerção como meio executório, não necessariamente redireciona a execução contra o corpo do devedor, afastando a patrimonialidade. Da mesma forma, a ameaça de restrição de direitos do devedor para o pagamento – desde de que esta ameaça não seja de morte, de ferimento da integridade física ou de encarceramento – mantém o cunho patrimonial da execução⁵³⁰, pois, ainda assim, serão os bens do executado que responderão para a satisfação da obrigação e não o seu corpo ou a sua liberdade⁵³¹.

Aliás, nesse ponto vale colacionar a lição de Luigi Ferrara, com a qual deixa clara a relação entre a antiga execução pessoal romana e o surgimento da responsabilidade patrimonial. O autor afirma que com o progresso da civilização a execução forçada contra a pessoa do devedor – como forma de coerção para o adimplemento de obrigações específicas – foi eliminada ou reduzida a mínimos termos. Então, ao longo dos séculos, conforme assevera, o patrimônio tornou-se a grande base das operações executivas contra o devedor.⁵³²

Por fim, um terceiro argumento pode ser levantado a partir da análise da relação entre a consequência do êxito na coerção e o princípio da responsabilidade patrimonial. A ameaça de piora na situação do devedor tem por objetivo óbvio que ele satisfaça a obrigação pecuniária, pagando, ou – como será abordado no quarto capítulo – proporcionando

⁵²⁹ Não se despreza o fato de que, por muito tempo e por influência do direito liberal, prevaleceu o dogma de incoercibilidade da vontade do devedor em sede de obrigações de fazer infungível. Este tema foi abordado na seção 3.1.2.

⁵³⁰ Em sentido semelhante, José de Moura Rocha afirma que: “Partindo-se desta patrimonialidade do processo de execução, devemos ter em mente a existência de formas executórias sem que encontremos nelas uma redução a dinheiro, tal como acontece com as obrigações de dar, fazer, não fazer, etc. Na coação existente para se conseguir do obrigado a prestação de fato, não se veja ‘execução pessoal’. A coação é indireta e não vai além da apreensão do patrimônio do devedor, em valor correspondente ao fato devido.” (*Sistemática do novo processo de execução* (arts. 566 a 747 do Código de Processo Civil), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 161).

⁵³¹ Isso tudo, é importante destacar, deve ser realizado em harmonia com a devida proteção a outros direitos fundamentais do devedor, assunto que será objeto de análise específica mais adiante.

⁵³² FERRARA, Luigi. *L'esecuzione processuale indiretta*, p. 164.

meios de efetivação da expropriação (ex.: indicando bens ou créditos passíveis de penhora).

Assim, seja por meio do pagamento, que será realizado por pecúnia que faz parte do patrimônio do devedor, seja pela indicação de bem à penhora para ser expropriado – que também faz parte do seu patrimônio –, a consequência do êxito na aplicação da medida coercitiva necessariamente terá feições patrimoniais. De uma forma ou de outra, o patrimônio responderá pela obrigação e, por isso, de certa maneira, a aplicação da medida coercitiva, ao contrário do que se pode pensar, enaltece e prestigia o princípio da responsabilidade patrimonial, ao invés de afrontá-lo.⁵³³

Se à época da *manus injectio* “o patrimônio só interessava mediamente”⁵³⁴, configurando clara execução de cunho pessoal, nos tempos atuais o patrimônio interessa imediatamente e a aplicação das medidas coercitivas atípicas do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 em obrigações de pagar não afasta esse propósito.

Portanto, pode-se inferir que, para a correta compreensão da relação existente entre a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas nas execuções de obrigação de pagar e o princípio da responsabilidade patrimonial, é imprescindível interpretar este princípio com base nas motivações da época em que foi construído. Outrossim, é necessário sopesar as situações fáticas e jurídicas em que se erigiu tal preceito.

Assim se procedendo, parece inexorável concluir que: do princípio da responsabilidade patrimonial não necessariamente se extrai a impossibilidade de coagir, por meios típicos ou atípicos, o devedor a pagar em sede de execuções de obrigações pecuniárias.⁵³⁵

⁵³³ No mesmo sentido: “As medidas atípicas não proporcionarão o exato inadimplemento, mas, como o próprio dispositivo conjuga, farão a coerção, indução, mandamento ou sub-rogação, para que o executado cumpra a execução, com o devido adimplemento. É, diante dessa visão, um reforço ao princípio da responsabilidade patrimonial.” LEMOS, Vinicius Silva. A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 479.

⁵³⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 188.

⁵³⁵ Em sentido semelhante Alexandre Freitas Câmara conclui: “O sistema estabelecido pelo CPC não se afasta do princípio da patrimonialidade. Tanto assim é que a lei expressamente estabelece que o executado responde com todos os seus bens, presentes e futuros (art. 789), o que indica que o executado responde com seus bens, e apenas com eles, pelo cumprimento da obrigação exequenda.” (O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes*

4.3 AS SANÇÕES NAS COERÇÕES ATÍPICAS E A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 139, INCISO IV, DO CPC/2015

Significativa parcela da doutrina critica fortemente o manejo das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias. Dentro desse grupo, alguns autores afirmam que as medidas que têm sido aplicadas com base no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 (ex.: suspensão de CNH ou apreensão de passaporte) agridem direitos fundamentais do devedor garantidos pela Constituição Federal. Não obstante, alguns autores proclamam a inconstitucionalidade do próprio dispositivo.

O objetivo da presente seção consiste em investigar essa problemática, verificando se existem vícios de constitucionalidade no mencionado dispositivo ou no emprego que tem sido promovido na praxe judiciária.

Para tanto, em um primeiro momento, serão analisadas as opiniões de alguns autores que enfrentaram de forma específica e mais profunda essa questão, especificamente os argumentos principais de seis autores e quatro diferentes obras. Logo após, a abordagem foca a questão das sanções no Direito e a noção de sanção executiva, incluindo-se as diferenciações entre sanções processuais, sanções executivas, sanções decorrentes da atividade coercitiva e sanções civis de natureza material. Por fim, o estudo se debruça sobre o caráter não punitivo das sanções decorrentes da atividade coercitiva e sobre a constitucionalidade da atipicidade prevista no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.

4.3.1 Breve exposição de argumentos que questionam a constitucionalidade de sanções decorrentes de atividade coercitiva com base no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015

Em recente e específico ensaio sobre o tema, Araken de Assis⁵³⁶ manifesta discordância com relação ao dispositivo em tela. O autor, ao iniciar o estudo com base na teoria geral do processo – distinguindo juízo de admissibilidade de juízo de mérito –, confere ênfase à força e

temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 236).

⁵³⁶ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação os meios executórios “atípicos”. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 111-133.

aos efeitos das sentenças e relembra a classificação destas com base nas suas respectivas eficácias. A investigação avança enfrentando a natureza da atividade executiva – em cotejo com a atividade cognitiva – e a noção de meios executórios.

Após definir a responsabilidade patrimonial como limite político da execução e tecer explicações sobre a classificação dos meios executórios, em execução direta e indireta, o autor afirma que razões de ordem política “recomendam a tipicidade desses meios executórios. O fundamento constitucional é claro: ninguém pode ser privado da sua liberdade e de seus bens, reza o art. 5º, LIV, da CF/1988, sem o devido processo legal”⁵³⁷, posicionamento este que já era por ele defendido à época da vigência do CPC/1973.⁵³⁸

Por consequência, afirma que o magistrado não pode criar meio executório não previsto em lei e está impedido de aplicar outro meio, ainda que prevista em lei, “em desacordo com a correlação instrumental com determinado bem”⁵³⁹. Essa vedação garantiria que a execução adotasse o percurso pré-fixado em lei e, ao fim e ao cabo, enalteceria o princípio da estrita legalidade.

A atipicidade – entendida pelo prisma da indeterminação máxima –, prossegue Araken de Assis, resultaria na produção de meio executório próprio e especial para um determinado resultado e em um específico caso concreto. Sob esse aspecto, então, “a indeterminação inserida no art. 536, § 1.º, afigura-se inconstitucional”⁵⁴⁰.

Especificamente sobre a aplicação das medidas previstas no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, em execuções pecuniárias “a apreensão da carteira nacional de habilitação, tornando ilícita a condução de veículos automotores, bem como as medidas congêneres arroladas, representa simples pena, reprimindo condutas havidas por

⁵³⁷ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação os meios executórios “atípicos”. *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos* p. 127.

⁵³⁸ O autor afirmava que “a ideia de relativa atipicidade, calcada no art. 461, §5º, esbarra na falta de exemplos convincentes, porque os meios aí previstos não diferem dos legalmente instituídos, e nos valores da CF/1988”. ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 97.

⁵³⁹ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação os meios executórios “atípicos”. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 127.

⁵⁴⁰ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação os meios executórios “atípicos”. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 128.

incompatíveis com os bons costumes”. E, por conseguinte, essas penas civis, sem previsão legal específica, seriam “flagrantemente inconstitucionais à luz do art. 5.º, LIV, da CF/1988”⁵⁴¹.

Por fim – quanto ao campo de aplicação das medidas em estudo – , sustenta o autor que o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 poderá ser aplicado “no cumprimento da sentença, para executar as decisões previstas no art. 515 (títulos judiciais), quando se vale de meios executórios típicos, a exemplo dos arrolados no art. 536, § 1º”⁵⁴², e que o desígnio na parte final do dispositivo em estudo, ao fazer menção a obrigações pecuniárias, seria o de “superar o correto entendimento firmado no direito anterior da inadmissibilidade de multa pecuniária na execução das obrigações pecuniárias”⁵⁴³.

Lenio Luiz Streck e Dierle Nunes, também em estudo⁵⁴⁴ específico sobre o tema, rejeitam a aplicação das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias, no entanto, apresentam outros argumentos. Defendem que a eventual não efetividade da atividade executiva “não permite uma interpretação que busque, sem maior reflexão, resultados desconectados das balizas constitucionais”, de modo que o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 não poderia ser considerado “‘carta branca’ para o juiz determinar quaisquer medidas aptas para que a obrigação fosse cumprida”. Então, classificam, por exemplo, a suspensão de CNH ou a apreensão de passaporte como “restrições inconstitucionais”.

Os autores não consideram o dispositivo inconstitucional e indicam que a sua melhor interpretação – ao invés de restringir direitos fundamentais para a cobrança de dívidas – será aquela que “perceba a conexão com a teoria das injunções já amplamente desenvolvida no direito estrangeiro especialmente para os processos de implementação

⁵⁴¹ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação os meios executórios “atípicos”. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 131.

⁵⁴² ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação os meios executórios “atípicos”. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 131.

⁵⁴³ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação os meios executórios “atípicos”. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 128.

⁵⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? *Revista Consultor Jurídico*. 25.08.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 9 abr. 2017.

de direitos fundamentais mediante a chamada litigância de interesse público”.

Assim sendo, concluem que o campo de incidência do mencionado artigo consiste na consecução das medidas estruturantes, configurando “fonte de uma satisfação processual-jurisdicional sofisticada e participativa dos direitos”.

Jorge Amaury Maia Nunes e Guilherme Nóbrega Pupe, igualmente debruçados sobre a questão⁵⁴⁵, rechaçam a aplicação das medidas em execuções pecuniárias. Para estes autores, o manejo de coerções que resultem em “incursão radical na esfera de direitos do executado – notadamente direitos fundamentais –, quando carente de respaldo constitucional, não merece acolhimento, sob risco de se atentar contra o devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição)”. E concluem a análise afirmando que o dispositivo em apreço merece ser declarado inconstitucional, sem redução de texto, objetivando afastar as possibilidades de apreensão de passaporte, suspensão do direito de dirigir e vedação à participação em concurso ou em licitação públicos, “sob pena de vulneração aos artigos 1º, IV, 5º, XV e LIV, 37, I, 173, § 3º, III, e 175, todos da Constituição”.

Em obra sobre medidas coercitivas atípicas em estudo, Paulo Antonio Papini⁵⁴⁶ tece severas críticas à hipótese em apreço. De início, rechaça a ideia de o artigo em comento consistir em cláusula aberta – interpretação que decorreria de certa insatisfação da doutrina com a não efetividade das execuções na prática –, afirmando que, em verdade, trata-se de “cláusula de fechamento do sistema, determinando atos que o juiz deve e pode administrar na condução do processo”.

Na avaliação do mencionado autor, o CPC/2015 não afastou o princípio da tipicidade dos meios executórios e entender em contrário significa demonstrar desacordo com a lei e com a Constituição Federal. Conclui afirmando que qualquer medida que afronte o direito constitucional de ir e vir viola o Pacto de São José da Costa Rica.

Por fim, vale frisar que no ano de 2018 o Partido dos Trabalhadores propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941

⁵⁴⁵ NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, iv, do CPC de 2015. *Migalhas*. 11.08.2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI243746,21048>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

⁵⁴⁶ PAPINI, Paulo Antonio. *Medidas atípicas para cumprimento de ordem judicial suspensão do passaporte e CNH do devedor*. São Paulo: Lualri, 2018. Edição do Kindle.

perante o Supremo Tribunal Federal, tendo sido designado como relator o Ministro Luiz Fux.

A petição inicial, subscrita pelos advogados Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch, Guilherme Pupe da Nóbrega e Victor Hugo Gebhard de Aguiar, afirma ser inconstitucional qualquer interpretação do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 que restrinja o direito de liberdade de locomoção; ademais, limitar tal liberdade “de alguém pela simples existência de dívida não saldada remonta à prática deveras antiga e há muito superada”. Assim, a peça exordial suscita ser contra a ordem constitucional qualquer decisão, com base em tal dispositivo, que determina a suspensão da CNH ou apreensão do passaporte do devedor.

Quanto à primeira medida, segundo exemplificam os advogados, estar-se-ia diante de um paradoxo “a partir da vedação à penhora dos bens necessários ao exercício do trabalho pelo devedor, *ex vi* do artigo 833, V, do CPC, admitido, porém, por outra vereda, o impedimento do exercício do trabalho em si, sob o signo de medida executiva atípica”. No tocante à segunda medida, ilustram afirmando que a não razoabilidade desse “entendimento está no caso de atletas devedores que, patrocinados, quisessem participar de competições internacionais, mas que estariam impedidos em razão da impossibilidade de viajar”.

Em arremate, na mesma petição, sustentam os advogados que restringir o direito de locomoção é “lançar às favas os ditames da responsabilidade patrimonial do devedor para satisfazer o crédito às custas de sua liberdade”, ou seja, corresponderia a admitir “que a necessidade de satisfação de interesses contratuais, comerciais e/ou empresariais do credor poderia ser atendida restringindo-se a liberdade de locomoção do devedor”.

Ao final, apresentam pedido liminar e definitivo para que seja reconhecida a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do dispositivo em apreço de modo a serem afastadas interpretações da norma que possivelmente autorizem “a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública”. Pedem, ainda, que essa impossibilidade seja estendida à interpretação dos artigos 297, 390, parágrafo único, 400, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536, *caput* e § 1º, e 773, todos do CPC/2015.

4.3.2 A ideia de sanção no direito e a sanção executiva

Alguns dos posicionamentos críticos antes citados refutam a aplicabilidade de coerções atípicas nas execuções pecuniárias em razão da suposta criação de sanções ou penas civis desprovidas de expressa previsão legal, o que seria inconstitucional. Nesse enleio, o objetivo desta seção consiste em investigar, ainda que de forma breve, a importância da noção de sanção no campo do direito e, especificamente, na seara da execução civil.

A ideia de sanção no direito era muito cara a Hans Kelsen. O autor afirmava que a ordem social pode prescrever “uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer consequências”. Por outro lado, também é possível que esta ordem social preveja uma “determinada conduta humana e, simultaneamente, [possa] ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra)”. Nessa linha, afirma o célebre doutrinador que o “princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo”⁵⁴⁷.

Para Hans Kelsen, tanto o prêmio quanto o castigo enquadram-se no conceito de sanção, contudo, habitualmente, “designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal – a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta”. Então, uma determinada conduta só poderá ser considerada juridicamente prescrita, sob a ótica da ordem jurídica, se “a conduta oposta é pressuposto de uma sanção (em sentido estrito)”⁵⁴⁸. Prossegue o autor asseverando que caso o indivíduo incida na conduta não desejada ou prescrita pela ordem deverá ser-lhe aplicada forçadamente, ou seja, coativamente, a sanção prevista.⁵⁴⁹ E essa situação decorre da própria noção de ordem no direito.⁵⁵⁰ A conclusão do autor acena no sentido de que deve ser rejeitada qualquer “definição do Direito que o não determine como ordem de coação, especialmente porque só através da assunção do elemento coação no

⁵⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 26.

⁵⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 26.

⁵⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 28.

⁵⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 33.

conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra ordem social”⁵⁵¹.

A questão da sanção no âmbito do direito também foi digna de profundos estudos por Norberto Bobbio. Conferindo ênfase às normas jurídicas – em distinção a regras morais –, o autor afirma que aquelas possuem sua execução e garantia em razão de uma sanção “externa e institucionalizada”⁵⁵², já anteriormente prevista e positivada no ordenamento da mesma forma que as regras primárias o foram. Assim, percebe-se que o autor relaciona a sanção à própria noção de garantia de aplicação das normas previstas no ordenamento.

A previsão devidamente institucionalizada da sanção – ou seja, a ideia de que a violação de uma regra de cunho primário conduz à aplicação de uma sanção – segundo Norberto Bobbio, conduz a uma certeza da resposta do Estado quanto à dita violação. Da mesma forma, o autor assevera que essa resposta deverá ocorrer em consonância com determinados termos e, portanto, obedecendo a certa proporcionalidade.⁵⁵³

Para ambos os autores, Hans Kelsen e Norberto Bobbio, a ideia de sanção é inerente à lógica da norma jurídica e, por conseguinte, à própria noção de direito. Ademais, vale frisar que os dois autores promovem a correlação entre a sanção e a eficácia do ordenamento jurídico. Para Kelsen, o ordenamento somente será eficaz, “no sentido próprio da palavra, quando a conduta que condiciona a sanção (no sentido amplo de prêmio ou de pena) é causalmente determinada pelo desejo do prêmio ou – conduta oposta – pelo receio da pena”⁵⁵⁴. Na interpretação de Bobbio, é na institucionalização da sanção que reside a sua eficácia para o ordenamento.⁵⁵⁵

Sobre o assunto em tela também é oportuno lembrar a lição de Francesco Carnelutti⁵⁵⁶, para quem as medidas jurídicas consistem nos meios adotados para imposição dos preceitos fixados e podem ser divididas em preventivas e repressivas. Para o autor, somente as medidas jurídicas repressivas podem ser chamadas de *sanções*. E completa: “Chama-se sanção precisamente à designação das

⁵⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 60.

⁵⁵² BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: EDIpro, 2005. p. 160.

⁵⁵³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 161.

⁵⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 28.

⁵⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, p. 161.

⁵⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2000. v. 1. p. 70-75.

consequências que derivam da observância ou da inobservância do preceito.”⁵⁵⁷.

Não obstante a opinião desses autores sobre a importância da sanção sob a ótica da teoria do direito, a noção de sanção sempre foi muito bem recebida na seara da execução civil.

Ainda, na doutrina de Francesco Carnelutti, pode-se ver essa preocupação. Ao cotejar a função cognitiva com a função executiva do Estado, o autor assim preleciona: “para que se alcancem então as finalidades da ordem jurídica, é necessária, não a formação, e sim a efetuação do mandato”. E continua pontuando que o “processo (conjunto de atos) necessário para a efetuação do mandato chama-se execução”⁵⁵⁸. Claramente relacionando a execução com sanção, o autor afirma que quando “a efetuação do mandato se produz contra o obrigado, e pelo mesmo supõe a violação do mandato, ela significa, como se disse, levar a termo a sanção e, portanto, o emprego da força com tal fim”⁵⁵⁹.

Em sentido semelhante Enrico Tullio Liebman conceitua sanções como “medidas cuja imposição é estabelecida pelas leis como consequência da inobservância dos imperativos jurídicos”. E possuem dupla finalidade: “restabelecer o equilíbrio perturbado pelo comportamento ilícito da pessoa obrigada, mediante a consecução por outros meios do mesmo resultado prático visado pelo imperativo primário”; e formular certa “pressão psicológica para induzir as pessoas obrigadas a cumprir espontaneamente suas obrigações”⁵⁶⁰.

A lição de Enrico Tullio Liebman sobre execução é clara: “a atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atuação à sanção recebe o nome de execução”. Especificamente, quanto à execução civil, leciona ser a atividade “que tem por finalidade conseguir, por meio do processo e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”⁵⁶¹.

No direito pátrio, a lógica da execução civil pela ótica da sanção, entre outros, foi também trabalhada por José Frederico Marques. Para o autor, a execução consiste em “um conjunto de atos processualmente aglutinados, que se destinam a fazer cumprir, coativamente, prestação a

⁵⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 72.

⁵⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 288.

⁵⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 289.

⁵⁶⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 2.

⁵⁶¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, 4. ed., p. 2.

que a lei concede pronta e imediata exigibilidade”. A ênfase no “caráter predominantemente coativo” da execução, objetivando “ser dado a cada um o que é seu”⁵⁶² é traço marcante na doutrina de execução desenvolvida pelo autor. Nessa linha, assevera Frederico Marques que os atos processuais inerentes ao processo executivo objetivam fixar “as diretrizes para a consecução de resultado material tangível e atividade prática tendente a aplicar coativamente a sanção, ou a tomar efetiva a prestação indicada no título”⁵⁶³.

José da Silva Pacheco comunga desse entendimento ao afirmar que a execução consiste “na realização de certas medidas que em conjunto representam a sanção para a falta de observância do direito material”. Alerta o autor que “os órgãos incumbidos desta atividade só a podem exercer quando houver uma regra jurídica (regra sancionadora) que assim o determine” e que essas “regras sancionadoras abstratas, [...] não se tornam automaticamente concretas pela simples ocorrência do ato ilícito”. Assim sendo, é necessário que a sanção seja “aplicada, imposta e determinada para o caso concreto que lhe foi imputado”⁵⁶⁴.

A doutrina de Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho também ruma nesse sentido. O autor explana que preceito e sanção constituem “elementos essenciais da regra de direito” e, assim, “se o devedor não cumpre obrigação, segue-se logicamente a sanção, visto ser da natureza da norma jurídica impor-se pela sanção”⁵⁶⁵. Correlacionando a atividade do juiz ao proferir a sentença condenatória com a posterior atividade executiva, o autor assevera ainda que: “Individualizando a sanção, o juiz condena o devedor numa determinada prestação e forma assim o título executivo, que vai servir de base à execução. A execução, portanto, é a atuação da sanção.”⁵⁶⁶.

Em linha semelhante, Antonio Carlos Costa e Silva preleciona que a execução é “um ato de impulso destinado a viabilizar a lei; a dar cumprimento a uma ordem vinda do Judiciário”. Objetivando o cumprimento desta ordem, segundo o autor, o Estado previu no ordenamento determinadas sanções e, assim, no caso de não obediência

⁵⁶² MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar (parte geral)*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 4, p. 25.

⁵⁶³ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar (parte geral)*, v. 4, p. 35.

⁵⁶⁴ PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções. Ações executivas*. Rio de Janeiro: Borsoni, 1959. v. 1. p. 46.

⁵⁶⁵ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. v. 3. p. 168.

⁵⁶⁶ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*, 6. ed., v. 3, p. 168-169.

das normas de conduta ou das ordens emanadas pelo Judiciário é “acionada a atividade jurisdicional do Estado para dar atuação à sanção”⁵⁶⁷. Ainda, correlacionando o conceito de execução civil com a sanção e expondo a ideia de que o título porta a sanção aplicável, explica que a execução consiste em um conjunto de “atos processuais, os quais se exteriorizam em procedimento coativo, destinados à atuação prática da sanção contida no título judicial, ou extrajudicial, em vista da inobservância, por parte do obrigado, do preceito nele contido”⁵⁶⁸.

A execução forçada, leciona Cândido Rangel Dinamarco, realiza-se “com vista a produzir a satisfação de um direito” e “tem lugar quando esse resultado prático não é realizado por aquele que em primeiro lugar deveria fazê-lo, ou seja, pelo obrigado”. Assim sendo, diante de em cenário de inadimplemento, “ao sujeito que falhou em seu dever de adimplir o sistema processual endereça uma sanção muito específica, que é a sanção executiva”. O objetivo desta sanção executiva, na avaliação do citado doutrinador, consiste na “imposição de medidas que, com ou sem o concurso da vontade do obrigado, produzam o mesmo resultado que ele não quis produzir, a saber, satisfação do direito do credor”⁵⁶⁹. Cada uma dessas medidas é uma sanção e, assim, a sanção executiva pode ser considerada “o conjunto sistemático das sanções que ao longo da execução forçada vão sendo impostas”⁵⁷⁰.

Cândido Rangel Dinamarco, em outra obra, enaltece a figura da vontade sancionatória abstrata na execução civil, conceituando-a como a possibilidade de tornar “realidade a disposição do Estado, anunciada abstratamente na lei, de produzir os resultados práticos determinados pelas normas substanciais”. Essa vontade sancionatória abstrata “se torna concreta quando realizadas as atividades executivas”⁵⁷¹.

Das posições doutrinárias antes apresentadas, algumas conclusões podem ser extraídas. A primeira alude ao fato de que as sanções sempre foram umbilicalmente ligadas à noção de normas jurídicas, como constata-se em Bobbio, e a própria noção de direito, como se vê em Kelsen. A segunda conclusão diz respeito à estrita relação entre a sanção

⁵⁶⁷ SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Tratado do processo de execução* - da execução civil - dos elementos básico do processo, v. 1. p. 17-22.

⁵⁶⁸ SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Tratado do processo de execução*. - da execução civil - dos elementos básico do processo, 1. ed., v. 1, p. 24.

⁵⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4. p. 33.

⁵⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., v. 4, p.34.

⁵⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.114.

e a atividade executiva. Como visto, para autores clássicos, italianos e brasileiros, a sanção faz parte até mesmo do conceito de execução, sequer sendo possível, para alguns, explicar a lógica da execução civil sem referenciar a existência de uma sanção executiva.

Essas duas conclusões conduzem, então, a uma terceira: não deve haver, por parte da doutrina, nenhum tipo de espanto quanto ao fato de que no manejo das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias – se não cumprida a determinação judicial após a devida coerção – deverá ser aplicada a respectiva e antevista sanção, a qual recairá sobre a esfera de direitos do executado. O emprego de sanções em razão do descumprimento de norma jurídica – neste caso, a determinação para pagamento ou indicação de bens suficientes e passíveis de penhora – sempre foi da essência do direito e, sobretudo, da atividade executiva do Estado.

4.3.3 Diferenciando sanções processuais, sanções executivas, sanções decorrentes da atividade coercitiva e sanções civis de natureza material

A ideia de que as sanções são instrumentos comuns e caros ao direito, notadamente à execução civil, não conduz à conclusão de que todas as sanções possuem as mesmas características ou objetivos. Dentro dessa moldura, o objetivo da presente seção consiste em traçar breves diferenciações entre as sanções processuais previstas para a execução civil no CPC/2015, a sanção executiva em si, as sanções decorrentes da atividade executiva coercitiva e as sanções civis de natureza material.

Da doutrina de Leonardo Greco, extrai-se que as sanções processuais são “penas impostas pelo juiz às partes, aos terceiros e aos sujeitos auxiliares, pelo descumprimento de deveres processuais e não são exclusivas do processo de execução”⁵⁷². O CPC/2015 – a exemplo do CPC/1939, nos artigos 3º e 63, e do CPC/1973, nos artigos 16, 17 e 18 – previu a aplicação de sanções processuais em razão de determinadas condutas das partes, qualquer que seja o tipo de processo.

Nessa linha, a atual codificação processual civil estabeleceu, entre outras disposições, a aplicação de multa de até vinte por cento sobre o valor da causa em razão de ato atentatório à dignidade da justiça,

⁵⁷² GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p.181.

na forma do artigo 77, incisos IV e VI, §2º, e a aplicação de multa em razão da litigância de má-fé, com base nos artigos 80 e 81.

Importa salientar que existem outras sanções processuais – além das penalidades por ato atentatório à dignidade da justiça e por litigância de má-fé previstas nos artigos 77, 80 e 81 do CPC/2015 – as quais, entre outras, figuram as penalidades previstas nos artigos 334, §8º, 161, 1.021, §4º, 1.026, §§ 2º e 3º.

Na seara da execução, o legislador do CPC/2015 – repetindo a fórmula dos artigos 600 e 601 do CPC/1973⁵⁷³ – listou uma série de condutas do executado que são indesejáveis no bojo da execução, rotulando-as como ato atentatório à dignidade da justiça e prevendo de forma expressa a aplicação de multa de até vinte por cento sobre o valor atualizado da execução, como se verifica no artigo 774, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015. Nota-se, então, a preocupação do legislador em prever sanções processuais específicas na execução.

As sanções processuais, sejam as genéricas ou aquelas previstas diretamente para a execução civil, possuem características próprias, podendo ser destacadas, entre outras, as seguintes: (a) ostentam nítido caráter punitivo porque se destinam a punir aquele que praticou um ato proibido ou deixou de praticar um ato esperado pelo ordenamento processual; (b) a punição aplicada figura como sanção ou consequência de violação de determinada norma jurídica; (c) por possuírem como escopo apenas a punição, essas sanções são sempre típicas, ou seja, previstas expressamente em lei para determinadas condutas comissivas ou omissivas – o que enaltece o devido processo legal, (d) apesar de estarem expressamente antevistas em lei, cogita-se a sua aplicação tão somente em momento posterior à conduta omissiva ou comissiva do

⁵⁷³ Interessante notar que a redação do artigo 601 do CPC/1973, após modificação conferida pela Lei n. 5.925/1973, dispunha que: “Art. 601. Se, advertido, o executado perseverar na prática de atos definidos ao artigo antecedente, o juiz, por decisão, lhe proibirá que daí por diante fale nos autos. Preclusa esta decisão, é defeso ao executado requerer, reclamar, recorrer, ou praticar no processo quaisquer atos, enquanto não lhe for relevada a pena. Parágrafo único. O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.”. Sobre o ato de “relevar a pena”, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda comentava que: “Para que possa relevar a pena, é preciso que o devedor se comprometa a não mais praticar qualquer dos atos definidos no art. 600, e dê fiança. Mas, diante de tal promessa do devedor, não pode o juiz deixar de relevar a pena, isto é, retirá-la, porque relativo é ato de retirada.” (*Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 566-611). Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. IX. p. 486).

agente; (e) a punição será mantida, ainda que posteriormente a parte pratique a conduta.

Com base nessas características, pode-se dizer que as sanções processuais, previstas ou não especificamente para a execução civil, são distintas da sanção executiva e das sanções decorrentes da atividade coercitiva.

Quanto à diferenciação da sanção executiva das sanções processuais, vê-se que, pela lógica daquela, a aplicação da sanção consiste na obtenção da satisfação da pretensão do exequente, ou seja, a sanção executiva, em verdade, tem como desígnio alterar a realidade fática, de modo a entregar ao credor o bem da vida – a sanção é da essência da execução. Por outro lado, a ideia subjacente à sanção processual é punir, pelo comportamento processual, omissivo ou comissivo, uma das partes na execução civil. A distinção, aqui, mostra-se clara.

No tocante à diferenciação entre as sanções processuais e a sanção decorrente da coerção, a questão deve ser interpretada sob a ótica do real intento das coerções como meio executório. Como explanado diversas vezes ao longo deste trabalho, o objetivo da coerção como meio executório não é a aplicação da sanção. Trata-se de meio ou de instrumento para pressionar o obrigado – mediante a ameaça de aplicação de um mal ou de uma situação de piora, no caso, a própria sanção – ao cumprimento da determinação judicial. Portanto, a atividade coercitiva em si surge antes da aplicação da sanção, a qual deverá ser renunciada na ocasião da coerção.

Em verdade, as medidas coercitivas figuram como espécie de preparação para uma posterior atividade de satisfação da pretensão do exequente, seja por meio de eventual pagamento pelo devedor, seja pela indicação de bens passíveis de penhora, que serão expropriados e, igualmente, satisfarão o crédito. As sanções processuais inerentes à atividade executiva, ao revés, não possuem este desiderato.

Sobre a diferenciação em destaque, Leonardo Greco afirma que a lógica das sanções processuais “exige tipicidade, sob a égide dos dispositivos que as contemplam, relativos à litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da justiça”. Em sentido contrário, as medidas coercitivas “são predispostas para que a intimidação sobre a vontade do devedor por elas gerada, o motive a satisfazer a prestação,

independentemente da adoção dos meios sub-rogatórios”, e que podem “ser atípicas, mas devem respeitar determinados pressupostos”⁵⁷⁴.

Vale citar, ainda, duas diferenciações lembradas por Paula Sarno Braga, Leonardo Carneiro da Cunha, Fredie Didier Junior e Rafael Alexandria de Oliveira⁵⁷⁵ entre as sanções processuais e as sanções decorrentes da atividade coercitivas: estas são passíveis de convenções processuais, admitido o aumento ou diminuição de seu campo de incidência, o que é inconcebível naquelas. Da mesma forma, as sanções decorrentes da coerção cessam com o cumprimento da determinação, o que não ocorre com as sanções processuais.

Também é importante asseverar que a sanção executiva em si e a sanção decorrente da atividade coercitiva não podem ser confundidas com as sanções de natureza civil, as quais se exemplificam, para Cândido Rangel Dinamarco, nas “multas contratuais, as administrativas, as tributárias”⁵⁷⁶, entre outras.

Nesse sentido, é correta a advertência feita por Daniel Amorim Assumpção Neves⁵⁷⁷ de que as sanções civis de natureza material são “decorrência natural e inexorável do descumprimento de uma obrigação, sendo, portanto, instituto de direito material e por ele regulamentado”. Por outro lado, as sanções decorrentes das coerções deverão ser aplicadas pelo juiz “a depender das circunstâncias do caso concreto já analisadas, não em decorrência do inadimplemento da obrigação, mas em razão do descumprimento da decisão judicial que determinou o cumprimento da obrigação exequenda”⁵⁷⁸.

Por fim, pode-se concluir que apesar de as sanções ora analisadas possuírem alguns traços semelhantes, são institutos heterogêneos e, assim, não podem ser confundidas, sobretudo, em se tratando de sanções decorrentes de atividade coercitiva.

⁵⁷⁴ GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In. DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 411-412.

⁵⁷⁵ BRAGA, Paula Sarno et al.. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272. 2017. p. 266-268.

⁵⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., v. 4, p.34.

⁵⁷⁷ 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 123.

⁵⁷⁸ 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 123.

4.3.4 O carácter não punitivo das sanções decorrentes da atividade coercitiva e a constitucionalidade da atipicidade prevista no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015

Nas sanções decorrentes da atividade coercitiva, no caso de o obrigado abster-se do cumprimento da determinação – mesmo já tendo ciência da sanção que lhe seria aplicada, a qual fora previamente anunciada na ocasião da coerção –, ao Estado não resta outra saída senão a aplicação da dita sanção. Aliás, se assim não fosse – ou seja, se não houvesse, por parte do obrigado, a certeza de aplicação de uma sanção após a coerção –, como lembra João Calvão da Silva⁵⁷⁹, a função coercitiva em si restaria desfigurada.

Nesse enleio, concordando com a advertência de Sergio Chiarloni, a sanção será aplicada não somente porque a determinação judicial foi descumprida, mas também para que ela seja cumprida, uma vez que a interrupção da sanção apenas se opera mediante o cumprimento da ordem judicial.⁵⁸⁰

Ainda que não se possa negar que a aplicação da sanção decorrente do não cumprimento de determinação judicial mediante coerção pune o obrigado, esta premissa não autoriza a conclusão de que as medidas coercitivas seriam espécies de sanções processuais ou que criariam penas civis e, portanto, ostentariam carácter nitidamente punitivo.

José Alberto dos Reis, dissertando a respeito, explica que sanção executiva e pena possuem em comum a sua “estrutura, pois fazem sentir a sua acção sobre um interesse diferente daquele que constitui o objecto da obrigação (o obrigado deve dinheiro e para ser constringido a pagá-lo é privado da liberdade)”. Por outro lado, sanção executiva e pena

⁵⁷⁹ Explica o autor: “Isto significa que, não sendo eficaz, a ameaça se converte em sanção, ou, noutros termos, que a ameaça em que a injunção do tribunal se traduz é seguida de uma sanção pecuniária. É que se a ameaça não fosse, *rectius*, não pudesse ser seguida sanção, não passaria de um espantalho [...]. Por isso, para ser verdadeira e eficaz, e não soar a falso, a fase da ameaça – e essencial, necessária e característica do instituto – tem de poder ser seguida da fase sancionatória, não podendo aquela desempenhar a sua essencial função coercitiva e preventiva se a pessoa adstringida não recair uma sanção. De pouco ou nada valeria a ameaça sem sanção; sem a certeza desta, a função coercitiva perder-se-ia de antemão. Por outro lado, a sanção não é mais do que a realização prática da desvantagem ameaçada, suspensa do comportamento a tomar pelo devedor. SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 394-395.

⁵⁸⁰ CHIARLONI, Sergio. *Medidas coercitivas y tutela de los derechos*. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra, 2005. p. 37-38.

divergem quanto a sua função, pois “a medida coactiva é empregada para induzir o devedor a cumprir, ao passo que a pena é imposta como consequência do não cumprimento”⁵⁸¹. Para Sergio Chiarloni, com orientação análoga, as medidas executivas indiretas são estruturalmente punitivas, mas funcionalmente executivas.⁵⁸²

Em linha semelhante, Francesco Carnelutti assevera que a medida jurídica coercitiva “encontra-se na metade do caminho entre a restituição e a pena”⁵⁸³. Assemelha-se com esta porque o interesse do preceito é distinto daquele cujo sacrifício impõe; e com aquela porque o objetivo não é propriamente castigar, mas sim constranger o destinatário a obedecer ao preceito. Em conclusão, o autor afirma que as medidas coercitivas, no entanto, afastam-se da pena quando analisadas sob a ótica da sua função, pois “o mal se inflige não apenas porque se desobedeceu ao mandato mas, além disso, para que seja obedecido”⁵⁸⁴. Daí se extrai que, então, a “medida coercitiva tem finalidade satisfacente e não aflitiva”⁵⁸⁵.

A linha defendida em todo o trabalho consiste em interpretar as medidas coercitivas sempre pelo seu objetivo, como meio ou instrumento para obtenção do cumprimento da determinação judicial. Essa linha de raciocínio se enquadra naquilo que Francesco Carnelutti, José Alberto dos Reis e Sergio Chiarloni afirmam ser a “função” das medidas coercitivas. Salienta-se que sob a perspectiva desta “função”, os mencionados autores explicam com lucidez que tais medidas afastam-se da ideia de pena. Por coerência, portanto, este estudo rumo no sentido de repelir a lógica de que as medidas coercitivas consistem em penas aplicadas ao obrigado.⁵⁸⁶

⁵⁸¹ REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. v. 1. p. 26-27.

⁵⁸² CHIARLONI, Sergio. *Medidas coercitivas y tutela de los derechos*, p. 35.

⁵⁸³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 75.

⁵⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 290.

⁵⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 290.

⁵⁸⁶ Em sentido semelhante, ao comentar sobre as coerções em obrigações específicas no direito italiano, Chiara Ilaria Risolo afirma que: “In senti, dunque, il pensiero della dottrina italiana sulle misure coercitive ha rifiutato in linea di massima la penalizzazione dello strumento coercitivo, ritenendo che la coazione della volontà non potesse essere raggiunta a mezzo del sacrificio del valore della libertà personale a fronte di un mero inadempimento di un’obbligazione. Tale concezione di natura schiettamente privatistica si accosta così all’esperienza del diritto francese. Si è pensato, infatti, a grandi linee, uno strumento coercitivo concesso dal giudice, su istanza di parte o d’ufficio, che preveda l’individuazione di una somma di denaro, preferibilmente entro certi limiti, e che sia proporzionata ad una unità di misura temporale; [...]”. Tradução livre: “Nesse sentido, portanto, o pensamento da doutrina italiana sobre as medidas coercitivas refutou a

Outra questão importante a ser enfrentada nesta seção funda-se na ideia de atipicidade dos meios executórios e na constitucionalidade dos artigos do CPC/2015 que a preveem.

A questão da atipicidade dos meios executórios foi analisada sob o ponto de vista semântico da expressão na seção 1.3, quando se adotou o conceito de tipicidade como sinônimo de exclusão dos demais meios executórios, ou seja, aqueles não previstos expressamente em lei. Ato contínuo, a seção 1.4 analisou a atipicidade pela ótica da sua evolução e valorização nas codificações processuais civis unificadas brasileiras.

Os meios de coerção foram objeto de estudo no terceiro e quarto capítulos. Especificamente, e para fins do assunto em análise, é válido relembrar os ciclos evolutivos das coerções nas legislações material e processual civil brasileiras, tema enfrentado na seção 3.3, e das atuais formas de coerção previstas para as execuções pecuniárias no CPC/2015, analisadas nas seções 4.1.1 a 4.1.4.

Da análise dos temas supracitados, concluiu-se, na seção 4.1.5, que a divisão clássica dos meios executórios coercitivos deve ser repensada, porquanto as disposições do CPC/2015 acerca dos meios executórios coercitivos típicos e atípicos não mais se enquadram na tradicional classificação.

Tomando em conta todos esses aportes doutrinários e da legislação de regência, somado o estudo promovido nas seções antecedentes deste capítulo acerca da sanção decorrente da atividade coercitiva, pode-se inferir que, hodiernamente, em se tratando de meios executivos, a discussão não circunda a seara da tipicidade ou atipicidade de *meios executórios* propriamente ditos, mas sim – no tocante à execução indireta – das *sanções* que estão vinculadas às coerções. Está-se diante de um sistema que, com relação à execução indireta, típico ou atípico não é o *meio executório* em si – que é um só, a *coerção* –, mas sim a *sanção* que está vinculada à coerção.

Nessa linha, existem coerções que trazem sanções já previamente estabelecidas no CPC/2015 – e que, por isso, devem ser chamadas de

penalização do instrumento coercitivo, considerando que a coação da vontade não pudesse ser alcançada por meio do sacrifício do valor da liberdade pessoal diante de um mero inadimplemento de uma obrigação. Tal concepção de natureza nitidamente privatista se aproxima, assim, à experiência do direito francês. Pensou-se, de fato, em linhas gerais, um instrumento coercitivo concedido pelo juiz, a pedido da parte ou de ofício, que preveja a individuação de uma soma de dinheiro, preferencialmente dentro de certos limites, e que seja proporcional a uma unidade de medida de tempo [...].” (L’effetività dela tutela esevutiva e il problema dele misure coercitive. In. CAPONI, Bruno (Org.). *L’esecuzione processuale indiretta*, p. 31-32).

típicas – como é o caso: (a) da sanção de restrição de liberdade para o devedor de alimentos (artigo 528, §3º) que não pagar, não apresentar justificativa ou, se apresentada, não seja acolhida; (b) da sanção consistente na multa pecuniária de dez por cento para o devedor que não promover o adimplemento voluntário no prazo de quinze dias no cumprimento da sentença em obrigações de pagar (artigo 523, §1º); (c) a sanção de restrição dos direitos de personalidade, no viés da honra objetiva, consubstanciada no protesto da decisão judicial transitada em julgado (artigo 517) para o devedor que não promover o adimplemento voluntário no prazo de quinze dias no cumprimento da sentença em obrigações de pagar, ou do devedor que não promover o pagamento no prazo de três dias em se tratando de execução aparelhada por título extrajudicial⁵⁸⁷; (d) a sanção de restrição dos direitos de personalidade, no viés da honra objetiva, consistente na inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes em execuções pecuniárias lastreadas em títulos extrajudiciais (artigo 782, §3º) e em títulos executivos judiciais que gozem de definitividade (artigo, 782, §5º).

O CPC/2015 também prevê a possibilidade de o magistrado com base nos artigos 536, 538, §3º, 771, parágrafo único, e 139, inciso IV, valer-se – ainda que de forma subsidiária, na maioria dos casos – de coerções que acenem com sanções não expressamente previstas no CPC/2015, ou seja, sanções que restrinjam direitos do executado de uma forma não antevista na legislação processual e que, em razão disso, devem ser chamadas de atípicas. A aplicação de coerções com sanções atípicas é possível desde que não configure ilícito civil ou penal, prime pela proporcionalidade e pela razoabilidade e – especificamente nos casos de execuções pecuniárias –, além de tudo isso, ainda satisfaçam os parâmetros mínimos que serão enfrentados no sexto capítulo.⁵⁸⁸

Portanto, falar de tipicidade ou atipicidade em meios de execução indireta no atual sistema processual civil executivo não significa perquirir se o meio executório está ou não previsto expressamente no CPC/2015, uma vez que neste tipo de execução o meio é um só, a saber, a coerção – disposto de forma clara na referida codificação. Em verdade, a discussão a ser travada, no que toca à tipicidade ou à atipicidade, alude

⁵⁸⁷ Esta última hipótese foi enfrentada na seção 4.1.2.

⁵⁸⁸ E essa lógica também vale, com fulcro nos mesmos artigos, para as medidas subrogatórias atípicas em obrigações de fazer ou não fazer e de entregar coisa, porquanto, para a “efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”, o magistrado também poderá manejar medidas de execução direta não previstas expressamente em lei.

a saber se a sanção de restrição de direitos vinculada à coerção foi ou não antevista e elencada pelo legislador no rol de sanções coercitivas do CPC/2015.

Nesse enleio, ao se afirmar que o sistema processual executivo adotou um sistema misto de tipicidade e de atipicidade para os meios executórios, em se tratando de execução indireta, deve-se interpretar que as coerções típicas são aquelas que vinculam sanções de restrições de direitos previamente estabelecidas e elencadas no CPC/2015, enquanto as coerções atípicas – manejadas com fulcro nos artigos 536 e 139, inciso IV – são aquelas que vinculam sanções de restrições de direitos não expressamente dispostas no CPC/2015.

A atipicidade, então, não é do *meio coercitivo*, mas sim das *sanções* de restrições de direitos vinculadas a coerções. A lógica da atipicidade, se assim interpretada, parece até menos aceitável aos olhos dos juristas que discordam da ideia da atipicidade em si dos meios executórios, porquanto desnuda o inegável fato de que o órgão judiciário, em verdade, não está determinando a aplicação de um *meio* não previsto em lei, mas sim coagindo o devedor ao cumprimento de uma determinação judicial, sob pena de aplicação de uma *sanção* restritiva de direitos não antevista e elencada pelo legislador.

Ainda assim, não é possível – por mais incisiva que seja – ignorar essa verdade, tampouco reputá-la ilegal ou abusiva. E isso está calcado no que representa a evolução normativa da atipicidade e na essência das cláusulas gerais.

A atipicidade dos meios, como mencionado antes, atravessou um longo período de evolução normativa dentro do sistema executivo nacional. Foram décadas de progresso legislativo que culminaram no atual sistema misto – que harmoniza a presença de meios, ou sanções previamente estabelecidos em lei, e a possibilidade de aplicação de outros meios, ou sanções, não predispostos.

Ignorar a atipicidade, pela ótica da atipicidade dos *meios* ou das *sanções* em coerções, talvez despreze toda essa evolução legislativa que, por certo, teve como objetivo a eficiência da prestação jurisdicional diante de situações que não ocorriam nos primórdios do século passado – época da elaboração do CPC/1939. Da mesma forma, negar a atipicidade – ainda que sob o manto da segurança jurídica e na justificativa de se evitar um modelo autoritário de processo civil – significa depositar as esperanças na figura de um legislador onisciente, quase um enciclopedista, capaz de listar, explicar e regular quando será necessário e como se deverá coagir um devedor a cumprir certa determinação judicial sob pena de alguma sanção.

É preciso ter em mente que esse legislador ideal não existe – sobretudo na pós-modernidade, em que os litígios são cada vez mais complexos e demandam soluções céleres. Essa realidade traz como consequência a necessidade de as legislações processuais, além de preverem os meios, as ferramentas e as técnicas executivas tradicionais (tipificados), conterem previsões genéricas e abstratas que confirmam ao órgão judiciário, diante de um caso concreto diferenciado e obedecendo a determinados parâmetros mínimos, a possibilidade de inovar, objetivando a efetiva prestação jurisdicional.

A necessidade de os ordenamentos jurídicos disporem de cláusulas gerais, sobretudo executivas, exsurge desse enleio. Como já enfrentado nas seções 2.2.1 e 2.2.2, o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 tem natureza de cláusula geral processual executiva e deverá ser manejada justamente para cumprir a promessa de prestação efetiva da prestação jurisdicional. E, vale dizer, a vagueza da cláusula em espeque não fere o devido processo legal ou outras garantias do executado, porquanto deverá ser aplicada em consonância com as demais normas do sistema, obedecendo aos postulados da proporcionalidade de razoabilidade e aos parâmetros mínimos, que serão estudados, à frente, no quinto e sexto capítulos.

O fato de as medidas coercitivas atípicas resultarem na aplicação de sanções – se o executado não cumprir a determinação judicial após ser devidamente coagido – não antevistas pelo legislador e, portanto, não previstas de forma expressa no CPC/2015, decorre da própria essência das cláusulas gerais, pois a indeterminação dos resultados é seu conteúdo nuclear. Nesse sentido, o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 não pode ser considerado inconstitucional, sob pena de se entender que todas as demais cláusulas gerais processuais, como por exemplo, os artigos 536 e 297 do mesmo diploma legal, também sejam consideradas inconstitucionais, porquanto estas também podem gerar resultados indeterminados na sua aplicação diante de um caso em concreto.

Também não parece correto entender que a atipicidade da sanção de direitos vinculada à coerção conduz à arbitrariedade do magistrado e, assim, por ferir o devido processo legal, seria considerada inconstitucional. Isso porque, como mencionado, a aplicação das medidas deverá ser pautada nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, tudo em consonância com os sistemas constitucional e infraconstitucional vigentes.

Não obstante, a constitucionalidade do dispositivo também deverá ser enfrentada à luz de outras garantias fundamentais. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara defende que a constitucionalidade do

artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 “provém de sua compatibilidade com dois princípios constitucionais: princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º XXXV) e o princípio da eficiência (art. 37)”, os quais são ratificados como normas fundamentais do processo civil pelos artigos 3º e 8º do CPC/2015. Para o autor, garante-se a efetividade, pela linha da maior coincidência possível, assegurando que o “resultado prático do processo coincida, tanto quanto possível, com o resultado prático que se produziria se o direito substancial fosse espontaneamente realizado”⁵⁸⁹.

Por fim, é importante consignar que a opinião de Luiz Guilherme Marinoni, ainda na vigência do CPC/1973, rumava no sentido de ser possível a adoção de medidas coercitivas em execuções pecuniárias como, por exemplo, as multas pecuniárias previstas nos artigos 461 e 461-A do CPC/1973 para as obrigações de fazer, de não fazer e de entregar.⁵⁹⁰ O autor também advertia que a omissão da reforma legislativa em prever tais coerções para as execuções pecuniárias não poderia “obstaculizar a realização do direito fundamental, pois o juiz, mediante via interpretativa, tem o dever de realizar seu conteúdo”⁵⁹¹.

Com o advento do CPC/2015, para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, o artigo 139, inciso IV, “supre a lacuna inconstitucional da legislação brasileira, colocando a tutela das prestações pecuniárias no mesmo nível que aquela oferecida a outras formas de interesses”⁵⁹². Ou seja, a legislação anterior, ao possibilitar o manejo de meios atípicos apenas para execuções não pecuniárias criaria uma espécie de inconstitucionalidade por omissão, desprezando a necessidade de efetiva prestação jurisdicional também nas execuções pecuniárias.

⁵⁸⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. In. DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 234.

⁵⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 448-454.

⁵⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3. ed., p. 448-454.

⁵⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 775.

5 ANÁLISE DAS PRINCIPAIS DIRETRIZES LEVANTADAS PELA DOCTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA PARA UTILIZAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS

No primeiro capítulo deste trabalho foi promovida uma ampla análise da questão da atipicidade dos meios executórios, com ênfase na sua evolução no sistema processual civil brasileiro. Ao final, foi exposta a situação da atipicidade dos meios executórios dentro do referido sistema processual, em momento anterior ao CPC/2015.

O artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, exemplo de atipicidade dos meios no ordenamento processual nacional, foi objeto de profunda investigação no segundo capítulo, o qual findou com a demonstração da natureza de cláusula geral processual executiva do referido dispositivo.

O terceiro capítulo do trabalho avançou no estudo das coerções, tentando demonstrar a superação dos óbices históricos existentes à valorização da execução indireta. Por fim, além de investigar os três principais sistemas de coerções nos ordenamentos jurídicos, demonstrou a evolução do assunto no ordenamento pátrio entre o CC/1916 e o CPC/1973 no período pós-reformas.

O quarto capítulo dedicou-se à análise das coerções típicas do CPC/2015 previstas para as execuções pecuniárias e propôs uma refundação da classificação dos meios executórios de execução indireta. Afora isso, o referido capítulo ainda se debruçou sobre o caráter patrimonial da execução pecuniária, demonstrando que medidas coercitivas, típicas ou atípicas, não ferem o princípio da responsabilidade patrimonial. Por fim, enfrentou-se a polêmica sobre as sanções decorrentes do manejo das coerções atípicas, bem como a constitucionalidade do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.

Dos dois primeiros capítulos, como afirmado, concluiu-se que a lógica de um sistema executivo exclusivamente típico pode conduzir – em casos de insuficiência dos meios típicos – ao desrespeito à garantia de efetividade da prestação jurisdicional, ferindo direito fundamental do exequente.

A análise em conjunto do terceiro e do quarto capítulos permitiu inferir que os meios coercitivos podem, e devem, ser utilizados para a complementação da prestação jurisdicional executiva, no caso de falência dos meios típicos. Igualmente, essa conclusão consagra o direito fundamental do exequente em receber uma tutela jurisdicional completa e, sobretudo, efetiva.

Nesse contexto, exsurge uma conclusão parcial dos capítulos até o presente momento: é possível, ao menos em tese, lançar mão das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias e isso consagra o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional.

A inovação trazida pelo artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, ao estender a atipicidade às obrigações pecuniárias, já era defendida, em maior ou menor escala, por alguns autores nacionais, entre os quais, sem prejuízo dos demais, pode-se citar: Luiz Guilherme Marinoni⁵⁹³, Olavo do Oliveira Neto⁵⁹⁴, Marcelo Lima Guerra⁵⁹⁵ e Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto⁵⁹⁶.

O presente capítulo tem por objetivo, nessa linha, analisar as principais diretrizes estabelecidas pela doutrina e pela jurisprudência para a aplicação das medidas atípicas coercitivas em execuções de obrigações de pagar. Para tanto, foram utilizadas dezenas de obras doutrinárias que abordaram de forma direta ou indireta o tema. A pesquisa constatou que vários autores que se debruçaram sobre a matéria propõem inúmeros parâmetros, critérios, diretrizes ou requisitos para a aplicação das medidas em apreço. As próximas seções deste capítulo, desse modo, dedicam-se a enfrentar os principais parâmetros trazidos pela doutrina.

Da mesma forma, foram analisados vários julgados, exarados pelos Tribunais Estaduais e pelo Superior Tribunal de Justiça, que enfrentaram a temática do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.⁵⁹⁷ Acerca das decisões analisadas, o que se concluiu da pesquisa realizada é que, em diversas oportunidades, repetem-se os mesmos argumentos, seja para conceder ou para negar as medidas. Justamente por isso, optou-se por realizar uma análise mais qualitativa do que quantitativa no tocante a esse ponto e, portanto, os julgados colacionados neste capítulo

⁵⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 166, 446.

⁵⁹⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de. Novas perspectivas da execução civil – cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). *Execução no processo civil – novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 196-197.

⁵⁹⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 150-155.

⁵⁹⁶ BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves de. Execução, novas tendências, velhos problemas. Uma never ending story. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). *Execução no processo civil – novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 85.

⁵⁹⁷ Promovendo uma ampla pesquisa acerca dos julgados que já enfrentaram a matéria: MINAMI, Marcos Youji, NOGUEIRA, Natália Ivana. Uma análise das decisões dos tribunais brasileiros acerca da atipicidade dos meios executivos à luz do art. 139, IV, do CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 281, p. 593-622, 2018.

são aqueles que analisaram a matéria de maneira mais contundente e pontual.

Considerando-se a análise afeta à doutrina e à jurisprudência antes mencionada – que será mais bem delineada ao longo deste capítulo –, nove critérios objetivos serão pesquisados, quais sejam: (a) campo de aplicação das medidas em razão da natureza do título executivo; (b) aplicação subsidiária ou supletiva; (c) necessidade de requerimento expresso do exequente; (d) imprescindibilidade de contraditório prévio; (e) correlação entre a medida aplicada e a natureza da obrigação inadimplida; (f) customização da coerção à pessoa do executado; (g) necessidade de indícios de que o devedor possua patrimônio; (h) cognição do juiz da execução diante das alegações de defesa do executado; (i) obrigatoriedade de fundamentação substancial da decisão judicial acerca da possibilidade de manejo das medidas coercitivas em apreço.

Antes de iniciar a análise das diretrizes levantadas pela doutrina e pela jurisprudência para aplicação das medidas em comento, é imprescindível rememorar a delimitação do objeto da investigação. É que o recorte do presente estudo repousa sobre a execução pecuniária e, por consequência, a investigação que será entabulada nas próximas seções levará em conta, tão somente, o manejo das coerções atípicas em execuções, aparelhadas por títulos judiciais ou extrajudiciais, de obrigações de pagar.

Por corolário, o enfoque deste trabalho – para fins de estudo das diretrizes – será a aplicabilidade das medidas previstas no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 nas obrigações de pagar, de modo que não se fará um estudo da questão em relação às execuções de obrigações específicas, às execuções de prestações alimentares, à tutela provisória, à execução das decisões estruturantes ou ao processo penal.

5.1 SOBRE A NECESSIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL DEFINITIVO

A celeuma a ser estudada na presente seção circunda a possibilidade de aplicação das medidas coercitivas atípicas, com espeque no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, não só em execuções pecuniárias de títulos judiciais, mas também naquelas aparelhadas com títulos extrajudiciais. Trata-se de campo de aplicação das medidas em razão do tipo de título executivo.

Para o enfrentamento da matéria serão estudados quatro argumentos, a saber: (a) a melhor interpretação para a expressão “ordem

judicial” prevista no dispositivo em tela; (b) a subsidiariedade das medidas atípicas e o momento processual de sua aplicação; (c) o tratamento isonômico que deve ser conferido às execuções lastreadas em títulos judiciais e extrajudiciais no tocante aos meios executórios; (d) o abandono da ideia, encampada pelo CPC reformado de 1973, de que execução de título extrajudicial seria provisória.

Por fim, serão analisados alguns julgados sobre a matéria e, em seção apartada, enfrentar-se-á a aplicação das medidas em apreço no cumprimento provisório da sentença.

Estabelecido o caminho do presente capítulo, o primeiro ponto a ser destacado diz respeito à corrente doutrinária, aparentemente minoritária⁵⁹⁸, que entende que o cabimento das coerções atípicas em obrigações de pagar cinge-se ao cumprimento da sentença. O principal argumento levantado consiste no viés protetivo do legislador para com os devedores de títulos extrajudiciais. Pelo fato de o título executivo não ser oriundo de antecedente atividade cognitiva, o que gera certa insegurança jurídica, “é razoável que se limitem as técnicas postas à disposição do credor, a fim de evitar injustas incursões sobre a esfera do executado. Aqui, portanto, o modelo adotado é o da tipicidade das formas executivas”⁵⁹⁹.

Parcela majoritária⁶⁰⁰ da doutrina, ao contrário, tem entendido que, mesmo com a expressão “ordem judicial”, prevista no artigo 139,

⁵⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comump.* 783. É preciso mencionar que Guilherme Marinoni já defendia a atipicidade apenas para os títulos judiciais, no tocante às execuções de obrigações específicas, antes mesmo do início da vigência do CPC/2015, como pode ser visto em (Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER Jr. Fredie (Coord.). *Execução civil* – Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado, p. 240-241. Em sentido semelhante, Eduardo Talamini entende que o campo de incidência da atipicidade reside apenas nas execuções aparelhadas por títulos judiciais (Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência, nas diferentes modalidades de execução. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC* – Atipicidade dos meios executivos. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 27-58. p. 37-45).

⁵⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, p. 783.

⁶⁰⁰ ROSADO, Marcelo da Rocha. *A eficiência dos meios executivos na tutela processual das obrigações pecuniárias no Código de Processo Civil de 2015.* 2018. 382 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Vitória, ES, 2018. p. 241-245; MINAMI, M. Y. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas.* Tese (Doutorado) – Salvador: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, 2017. p. 212. BRAGA, Paula Sarno et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC.

inciso IV, do CPC/2015, as medidas coercitivas atípicas são permitidas em execuções lastreadas em títulos executivos extrajudiciais. Neste ponto, convém relembrar o que foi abordado na seção 2.1.1, no tocante às diferentes redações que o citado dispositivo legal assumiu durante o processo legislativo.

Na versão da Câmara dos Deputados, a redação previa que as medidas destinavam-se a “assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito”, na versão final (promulgada), a finalidade é “assegurar o cumprimento de ordem judicial”. O uso das expressões “efetivação” ou “obtenção da tutela”, claramente, tentava manter coerência com o artigo 461-A, §5º, do CPC/1973 e com o *caput* do artigo 536, equivalente no CPC/2015.

A versão relegada parece ser a mais correta porque alinhada à contemporânea ideia de efetividade da prestação jurisdicional, por meio da qual o indivíduo persegue a “obtenção da tutela do direito”, seja violado ou ameaçado de violação. Ao que consta, caso tivesse prevalecido a redação mais aberta da Câmara dos Deputados, este debate restaria esvaziado. Como assim não ocorreu, é importante o enfrentamento do ponto.

Daniel Amorim Assumpção Neves, dissertando sobre essa questão, defende que a melhor interpretação a ser conferida à expressão em apreço é que a “ordem na verdade não consta do título executivo que permite a prática de atos executivos, e sim da decisão do juiz que especificamente determina a adoção das medidas de execução indireta”⁶⁰¹. Por isso, conclui o autor, a ordem em si decorreria da própria fundamentação da decisão, a qual consigna que na ausência de pagamento será imputada ao executado uma medida coercitiva atípica, e esses tipos de decisões podem ser proferidas em procedimentos de execução por título extrajudicial.

Afirma-se, ainda na doutrina que advoga a favor deste entendimento, que em execuções dessa natureza, mesmo não estando aparelhadas com títulos judiciais, também existe no mandado executivo

Revista de Processo, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 233-234; 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 109; BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia certa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 226.

⁶⁰¹ 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. 265, p. 107-150. 2017. p. 109.

de citação uma ordem de pagamento, a qual, inclusive, já fixa uma sanção imediata para o descumprimento, a saber, a penhora. Nessa linha, o mandado de pagamento não é posto ao credor como faculdade, mas como ordem emanada da autoridade judiciária e, logo, materializa uma ordem judicial.⁶⁰²

Os dois argumentos colacionados linhas atrás devem ser interpretados em conjunto, à luz da subsidiariedade da medida e, por consequência, do momento processual em que será determinada.

Com base na premissa de aplicação subsidiária do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 – assunto que será objeto de análise da próxima seção –, no primeiro contato do devedor com a execução, seja por meio da intimação no cumprimento da sentença ou da citação na execução por quantia certa, ainda não serão utilizadas medidas coercitivas atípicas. Isso porque as únicas coerções existentes nesse momento são as típicas, na forma da multa de dez por cento, do protesto e da inscrição nos cadastros de inadimplentes.

Se, mesmo diante das ameaças, o devedor permanecer inadimplente no prazo fixado em lei para o pagamento, abre-se oportunidade para a aplicação das sanções decorrentes das coações típicas e para o início dos atos preparatórios da expropriação, notadamente a penhora de bens no valor da dívida. Nessa ocasião, ainda não têm lugar as coerções atípicas. Ato contínuo, ocorrerão tentativas de penhora de bens, única forma viável de efetuar a posterior expropriação. Esgotadas essas possibilidades e não se mostrando suficientes os meios típicos para a satisfação da obrigação pecuniária, poderão ter vez as medidas coercitivas atípicas.

Nesse ponto, aliás, reside a resposta para a celeuma em estudo. É que, perante esse contexto, ou seja, diante do fato de as medidas típicas não terem surtido efeito algum, o magistrado, ao fazer uso da cláusula geral executiva nas obrigações de pagar, emanará “ordem judicial” para que o devedor pague ou propicie de forma eficaz a expropriação (indicação de bens à penhora). Para o cumprimento dessa ordem, o executado será ameaçado com a aplicação de uma sanção, a qual possui potencial para restringir determinados direitos seus – e isto, aliás, é da essência da coerção.

Então, sempre que o juiz fizer uso das medidas coercitivas atípicas de restrição de direitos, estar-se-á diante de uma medida que

⁶⁰² BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia certa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 226.

objetiva “assegurar o cumprimento de ordem judicial”, justamente por ter sido, com escusa da repetição, emanada uma ordem, ainda que não se trate de provimento dotado de eficácia mandamental. Aliás, conforme afirmava Salvatore Satta, a sentença condenatória, como título executivo, também não contém uma ordem, trata-se apenas do acertamento da obrigação.⁶⁰³

Afora o argumento delineado no parágrafo anterior, justifica-se, ainda, que a impossibilidade de utilização dessas medidas no procedimento de execução por quantia certa acarretaria uma diferenciação descabida entre títulos judiciais e extrajudiciais e, conseqüentemente, tratamento não isonômico entre credores portadores de títulos de diferentes espécies.⁶⁰⁴ Esse argumento talvez seja o de maior relevância.

A questão pode ser compreendida em consonância com as origens dos títulos executivos extrajudiciais. Os juristas da Idade Média, no ressurgimento do estudo do direito romano nas universidades italianas, tentaram conciliar dois ideais bastante antagônicos dos períodos anteriores no tocante à execução. Por um lado, a vertente romana, apegada ao extremo respeito pelo direito, “exigia, mesmo depois de proferida regularmente a sentença condenatória, que se desse entrada à execução por meio da *actio iudicati*”⁶⁰⁵; por outro, a tradição germânica, “impaciente de qualquer demora, que permitia em primeiro

⁶⁰³ SATTA, Salvatore. *L'esecuzione forzata*. Torino: Unione Tipografica, 1952. p. 15.

⁶⁰⁴ Utilizando sua classificação de cargas eficacias das ações, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda compara as execuções de títulos judiciais e extrajudiciais: “Uma vez que a ação de execução de títulos extrajudiciais tem pesos de eficácia assaz diferentes dos pesos de eficácia da ação executiva de títulos judiciais e de outras ações executivas típicas, não devemos pô-la abaixo da ação executiva de título judicial. Basta compararmos as cargas eficacias; ação executiva de título judicial - declaratividade 3, constitutividade 2, condenatoriedade 1, mandamentalidade 4, executividade 5; ação executiva de título extrajudicial - declaratividade 3, constitutividade 1, condenatoriedade 4, mandamentalidade 2, executividade 5. Note-se a diferença: a) na ação executiva de título judicial começa-se de mandamentalidade com 4, por ter havido condenação, o que leva à execução; o que se manda é efeito imediato da propositura da ação executiva, e pois mandado de eficácia imediata; algo se declarou (3) e quase nada se constituiu ou se condenou (2, 1); b) na ação executiva de título extrajudicial, o que há de início é apenas 2 de mandamentalidade, porque tudo depende da sentença com 5 de executividade e 4 de condenatoriedade, pois o mandado foi de cognição incompleta (2), sendo 3 o peso de declaratividade e 1 o de constitutividade.” (*Tratado das ações*. Ações executivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. t. VIII. p. 75-76).

⁶⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 11.

lugar a realização de atos executivos e admitia só eventualmente e incidentalmente o exame imparcial das razões dos contendores”⁶⁰⁶.

Da harmonização entre as duas correntes resultou a execução aparelhada (*executio parata*), por meio da qual, reafirmando a necessidade de anterior atividade cognitiva, era possível a execução da sentença, mas independentemente de nova ação. Assim, a execução passou a ser vista “como simples prosseguimento e complemento do ato da prolação da sentença, como consequência da condenação, seu desdobramento natural”⁶⁰⁷. Tratava-se de um procedimento executivo dentro do processo de conhecimento.

Surgiu, então, a compreensão de que não é a atividade cognitiva em si que autoriza a execução ou as provas eventualmente produzidas no bojo deste processo, mas sim a própria sentença. Para fins de atividade executiva, a sentença não se prestava para provar⁶⁰⁸ a existência prévia de cognição; ela significava tão somente o título que autorizava a execução. Nas palavras de Eduardo J. Couture, o título consistiria no “ato jurídico que autoriza a promover a via executiva”⁶⁰⁹.

Por essa compreensão dogmática da sentença – como instrumento apto para executar –, dissociava-se a cognição da execução e, por conseguinte, estava aberto o caminho para a execução sem prévia cognição.⁶¹⁰

Esse contexto doutrinário – aliado à “conveniência de rápida realização de algumas categorias de créditos, estipulados com

⁶⁰⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 11. No mesmo sentido, assevera José Alberto dos Reis: “O renascimento do direito justinianeu pôs em conflito duas concepções: a) a concepção romana, segundo a qual, mesmo depois de obtida uma sentença de condenação, o credor não podia usar de meios executivos e tinha de propor nova ação, a *actio iudicati*, a fim de se verificar se o seu direito ainda subsistia; b) a concepção germânica, segundo a qual o credor pode começar por um acto executivo, a penhora e depois é que pode surgir, por iniciativa do devedor, uma espécie de juízo de apreciação e de conhecimento.” (*Processo de execução*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. v.1. p.73).

⁶⁰⁷ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 824 ao 925. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 68.

⁶⁰⁸ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirma que “há algo acima da eficácia probatória” no título executivo. Em verdade, conforme o autor, existiria eficácia executiva, decorrente de sentença ou instrumento ao qual a lei conferiu eficácia executiva (*Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo IX (arts. 566-611). Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 205).

⁶⁰⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 391.

⁶¹⁰ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 824 ao 925, p. 69.

observância de formalidades especiais”⁶¹¹, – propiciou que a legislação estatutária reconhecesse a possibilidade “da execução aparelhada para os instrumentos de dívidas lavrados perante o tabelião”⁶¹². O resultado foi a equiparação, para fins de tutela executiva, desses instrumentos de reconhecimento de dívidas com as sentenças.

A diferença entre os procedimentos amparados em cada uma das categorias de documentos (títulos) não consistia nos atos executivos em si, mas na amplitude das matérias de defesa do executado. Na execução aparelhada por sentença, coberta pela coisa julgada, as matérias de defesa limitavam-se à alegação de pagamento posterior à prolação da decisão ou à sua nulidade. Em outra quadra, a defesa do devedor em execução com base em documentos de dívida permanecia bastante ampla.

Nessa linha, Salvatore Satta explicava que as matérias de defesa em execuções de títulos extrajudiciais são “praticamente ilimitadas”. Todavia, quando se trata de uma sentença, há limitações pelos próprios meios de impugnação da sentença e pela impossibilidade de opor exceções que não se refiram a fatos posteriores.⁶¹³

Percebe-se, portanto, que no cerne do nascimento das execuções por título extrajudicial nenhuma diferenciação foi consagrada quanto à ampliação dos meios executórios. O traço distintivo repousava na amplitude das matérias de defesa do executado. Vale rememorar, nesse sentido, que Manuel de Almeida de Almeida e Sousa de Lobão⁶¹⁴, ainda sob a égide das Ordenações, no cotejo da “execução que procede pela via executiva ou por direito” com a execução “a que se procede por sentença passada em julgado e em juízo contencioso”, listou quatro diferenças essenciais, todas elas voltadas à defesa do executado.

No Brasil, a redação original do CPC/1973, ao extinguir a via especial da ação executiva, equiparou os procedimentos de execução com base em sentença àqueles com lastro em título extrajudicial.

Joaquim Munhoz de Mello, atualizando a obra de Enrico Tullio Liebman, considera que ambos os títulos passaram a ostentar “idêntica

⁶¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 13.

⁶¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 13. No mesmo sentido: REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*, v. 1, p. 73.

⁶¹³ SATTÀ, Salvatore. *L'esecuzione forzata*. Torino: Unione Tipografio, 1952. p. 210-211.

⁶¹⁴ LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. *Tratado pratico do processo executivo summario por privilegio da real fazenda, por graça que comunique este privilegio, e adinstar, por direito comum e estylo forense..* Lisboa: Imprensa Nacional, 1868. p. 113-118.

força executiva a propiciar a instauração do processo de execução com procedimento uniforme”⁶¹⁵. E, na esteira do que já havia ocorrido à época do direito medieval, arremata o atualizador: “O único ponto a distingui-los diz respeito à maior amplitude dos embargos do devedor quando se tratava de execução de título extrajudicial.”⁶¹⁶.

A reforma da execução no CPC/1973, operada pelas Leis n. 11.232/2005 e 11.282/2006, rompeu com a identidade procedimental entre ambos os títulos ao criar a fase de cumprimento da sentença no processo de conhecimento. Quanto aos meios executórios, a execução por título judicial passou a dispor de medida coercitiva típica, a saber, a multa de dez por cento, coação esta que não foi prevista pela reforma para o procedimento de execução por quantia certa.

Do período reformista surgiu, também, outra diferenciação no tocante às defesas na execução, que não somente a amplitude de matérias. É que, na execução por título extrajudicial não era necessária a prévia garantia do juízo para apresentação de defesa via embargos à execução, com espeque na Lei n. 11.382/2006. Por outro lado, tal garantia, por força da Lei n. 11.232/2005, mostrava-se indispensável ao recebimento da impugnação ao cumprimento da sentença.

O CPC/2015 conservou a diversidade procedimental entre as execuções, bem como a diferença na amplitude das matérias de defesa. Igualmente, manteve a previsão expressa da multa de dez por cento apenas para o cumprimento da sentença. Em relação aos novos meios coercitivos típicos para as obrigações de pagar, consubstanciados na negativação e no protesto do devedor, tem-se que, quanto ao primeiro, por expressa previsão legal, aplica-se em ambos os procedimentos executivos. Quanto ao protesto, é prevista sua aplicação para o cumprimento da sentença e – ainda que o Código não o preveja de forma específica para a execução por quantia certa –, em alguns casos, como apontado na seção 4.1.2, deverá também ser utilizado em procedimentos dessa natureza.

A atual codificação processual, como se vê, confere diferenças entre a execução por título extrajudicial e a execução por título judicial no tocante ao procedimento, matérias de defesa e, em menor escala, quanto à aplicabilidade de determinados meios coercitivos típicos. Essas diferenças, no entanto, não são suficientes para afirmar que ambos os procedimentos não guardam similitudes e que não seria possível a

⁶¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 14.

⁶¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 14.

utilização das medidas executivas coercitivas atípicas nas execuções por quantia certa.

Quanto aos atos que compõem o meio executório típico de expropriação, de uso preferencial nos dois procedimentos, inexistem quaisquer diferenças. A expropriação, principal meio executório das obrigações pecuniárias, é idêntica na execução por quantia certa e no cumprimento da sentença. Em rigor, os “atos de invasão patrimonial se equivalem em linhas gerais, tanto no cumprimento de sentença quanto na execução de título extrajudicial que tenha por objeto obrigação pecuniária”⁶¹⁷.

Então, se para a aplicação de atos executivos do meio de expropriação o legislador não estabeleceu diferenças entre ambos os procedimentos, não é possível inferir que assim teria procedido para os atos relativos aos meios coercitivos atípicos. Por corolário, não deve o operador – na tarefa de preencher a vagueza constante da cláusula geral do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 – promover interpretações restritivas quanto à aplicabilidade, ainda que subsidiária, da coerção atípica.

Nesse ponto, oportuna é a lição de Eduardo Couture, para quem o fato de ser “diversa a origem do título executivo (jurisdicional, contratual, administrativo) não modifica a essência do procedimento ulterior”⁶¹⁸.

E o argumento de que os títulos judiciais gozam de estabilidade e maior segurança jurídica, por terem sido emanados de prévia atividade judicial cognitiva, nesse ponto, não é válido⁶¹⁹, pois se o legislador tivesse conferido tanta importância a esse fato, não preveria a expropriação de forma idêntica para os dois procedimentos. Ao contrário, certamente teria inibido ou restringido, ao menos até o julgamento dos embargos, a prática de determinados atos expropriatórios na execução por quantia certa.

⁶¹⁷ ROQUE, Andre Vasconcelos. Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV, do CPC/2015? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos.*, p. 745.

⁶¹⁸ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*, p. 392.

⁶¹⁹ Nesse ponto, é válida a lúcida lição de José Alberto dos Reis: “Se o título é de caráter negocial (escritura pública, letra, livrança, cheque, escrito particular), a segurança não é a mesma, porque atrás do título não está um longo processo declarativo, com todas as suas garantias e cautelas; mas se a lei atribui ao título força executiva, é porque tem razões para ver nele a demonstração do direito do exequente, demonstração mais frágil e precária, decerto, do que quando se trata de sentença, mas em todo o caso demonstração.” (*Processo de execução*, v. 1. p. 73).

Nessa linha, se um dos intuitos da medida coercitiva atípica é coagir ao pagamento, sob pena de restrição de direitos, deve ser aplicável em ambos os procedimentos. Da mesma forma, sendo o outro objetivo da coerção atípica possibilitar a expropriação (ex.: pressionar o devedor a indicar bens passíveis de penhora), inexistem motivos para diferenciação entre os tipos de títulos.

Em resumo, o uso excepcional das medidas coercitivas atípicas pode ter dois desígnios: fazer o devedor pagar ou contribuir para a expropriação. Qualquer uma das duas condutas é desejável para a execução pecuniária, independentemente do tipo de título executivo.

Talvez essa insegurança – que recai sobre os títulos executivos extrajudiciais, a qual, diga-se, é verdadeira quando comparados com os judiciais – restasse mitigada se na prática forense fosse conferida a devida importância ao “despacho inicial” na execução por quantia certa. Esse ato, em verdade, circunda o âmbito do controle inicial de admissibilidade da relação executiva e, dada a sua relevância, o magistrado deveria analisar com afinco o preenchimento dos requisitos processuais e, por conseguinte, do próprio título e obrigação, não postergando tal atividade para o momento do julgamento dos embargos do devedor.

Importante registrar, também, que antes da vigência do CPC/2015 o artigo 587 do CPC/1973, pós-Lei n. 11382/2006, trazia a tormentosa ideia de que a execução por título extrajudicial seria provisória “enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo”. A modificação legislativa não ficou imune à crítica de Gilberto Gomes Bruschi, que assim explicava a questão: “Continuamos a entender que a execução de título extrajudicial é definitiva e permanece definitiva após a sentença de improcedência dos embargos à execução recebidos com efeito suspensivo.” Continua o autor: “Na verdade, o que ocorre é uma limitação aos atos de alienação do bem penhorado ou do levantamento da quantia depositada.”⁶²⁰

Por certo que o enunciado da Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar que “é definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”, já proclamava o desacerto da previsão reformista.

⁶²⁰ BRUSCHI, Gilberto Gomes. A definitividade da execução lastreada em título executivo extrajudicial. In: _____; SHIMURA, Sérgio. (Org.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2009. v. 3. p. 374.

O CPC/2015 não trouxe dispositivo similar, confirmando que toda execução por título extrajudicial inicia e prossegue sendo definitiva.⁶²¹ Sob o ponto de vista da definitividade, os procedimentos de cumprimento da sentença transitada em julgado e de execução por quantia certa não diferem e, assim, a lógica da confiabilidade do título não interfere em sua provisoriedade ou definitividade. Trata-se de mais um argumento favorável à aplicação das medidas em apreço à execução de títulos extrajudiciais.

Por fim, insta salientar, no tocante ao ponto em análise – amplitude das coerções atípicas para execuções pecuniárias aparelhadas por títulos extrajudiciais –, que a jurisprudência brasileira não se debruçou de forma profunda, até o momento desta pesquisa, sobre a polêmica. Muito se encontra acerca da possibilidade ou não de aplicação dos meios atípicos em títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, mas não adentram a natureza do título como fator determinante para o manejo, ou não, das coações atípicas.

A título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Paraná julgou agravo de instrumento⁶²² que tratava de execução de título executivo extrajudicial, determinando a suspensão do passaporte e do direito de dirigir do executado. No entanto, em momento algum teceu considerações sobre a natureza do título executivo.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, também ao julgar agravo de instrumento⁶²³ – em execução de título judicial –, negou o pedido de suspensão da CNH e dos cartões de crédito do devedor, uma vez que as tentativas de concretização dos meios executivos típicos sub-rogatórios não se haviam esgotado. Contudo, assim como no julgado anterior, nada foi mencionado acerca da natureza do título executivo.

Por outro lado, em alguns julgados existe menção à questão, ainda que superficial. A sétima Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios⁶²⁴, em julgamento de agravo de

⁶²¹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 462.

⁶²² PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n° 0041463-42.2016.8.16.0000*, 14° Câmara Cível, relator Des. Themis de Almeida Furquim Cortes, Curitiba, j. 22/02/2017.

⁶²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n° 0140375-51.2017.8.21.7000*, Relator Des. Umberto Guaspari Sudbrack, Porto Alegre, j. 27/07/2017.

⁶²⁴ BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, *Agravo de Instrumento n° 0712911-41.2017.8.07.0000*, relator Des. Fábio Eduardo Marques, 7ª Turma Cível. Brasília, DF, j. 24/01/2018.

instrumento que negou a aplicação das medidas coercitivas atípicas, assim consignou: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial.”.

Do inteiro teor do voto, percebe-se a menção expressa ao entendimento do Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o qual prevê, de forma taxativa, a aplicação das medidas atípicas nas execuções por títulos extrajudiciais. Na mesma senda, existem outros acórdãos⁶²⁵ que – ao também mencionar o sobredito enunciado – acabam por enfrentar, ainda que timidamente, a matéria em comento.

É importante consignar que o Superior Tribunal de Justiça, em dois casos de julgamento colegiado⁶²⁶ e em um de decisão monocrática⁶²⁷, manteve a suspensão da CNH do devedor, por entender que inexistia violação ao direito de ir e vir, e o título executivo que aparelhava a execução era de cunho extrajudicial.

Nas referidas decisões, não houve fundamentação específica sobre a matéria relativa à natureza dos títulos executivos e à aplicação das medidas atípicas. Talvez essa omissão possa conduzir à interpretação de que a Corte Superior, caso decidisse a impossibilidade de aplicação das medidas em apreço em execuções de título extrajudicial, teria externado esse posicionamento desde logo, indeferindo a coerção atípica.

5.1.1 A aplicação das medidas atípicas no cumprimento provisório de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar

Importa investigar, ainda, a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas no cumprimento provisório de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar.

⁶²⁵ BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios *Agravo de Instrumento n° 0712490-51.2017.8.07.0000*, relator Des. Fábio Eduardo Marques, 7ª Turma Cível. Brasília, DF, j. 07/03/2018; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, *Agravo de Instrumento n° 2017511-84.2017.8.26.0000*, 31ª Câmara de Direito Privado, relator Adilson de Araujo. São Paulo, SP, j. 11/04/2017.

⁶²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *HC 411.519/SP*, rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma. Brasília, DF, j. 21/09/2017, DJe 03/10/2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *RHC 97.876/SP*, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Brasília, DF, j. 05/06/2018, DJe 09/08/2018.

⁶²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *HC 428.553/SP*, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, j. 12/12/2017.

A execução provisória pode ser conceituada, na lição de Paulo Henrique dos Santos Lucon⁶²⁸, como a “antecipação da eficácia da sentença executiva ou de outros provimentos judiciais, de acordo com o momento e o grau de maturidade que a lei considera como sendo normal”. Complementando, explica o autor que não se “antecipa na execução provisória a atuação prática da vontade da lei, mas se permite a atuação prática da atual vontade da lei, que pode não coincidir com aquela aferida após cognição exauriente e definitiva”.

Destacando a eficácia da sentença, Pedro Batista Martins afirmava que a “possibilidade da execução provisória da sentença, expressamente admitida em lei, é a prova de que ela pode produzir efeitos antes de tornar-se irrevogável”⁶²⁹.

Em sentido semelhante – no entanto ressaltando o momento antecipado do início da execução –, Cássio Scarpinella Bueno assegura tratar-se de execução “precipitada no tempo em que, normal e usualmente, deveria ocorrer”⁶³⁰.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda também põe em evidência essa característica nuclear, ao afirmar que a execução provisória “é o adiantamento da execução no juízo da execução”. O autor confere maior ênfase, contudo, ao fato de que nessa modalidade de execução houve cognição completa no processo de conhecimento e, em razão do recurso interposto e recebido sem efeito suspensivo, “o que pende é a sorte dessa cognição”⁶³¹.

De forma mais, diga-se, inusitada, Paulo Furtado⁶³² proclama que a execução definitiva seria uma “execução limpa, livre de quaisquer obstáculos, que prosseguirá até a extinção do processo, com satisfação da obrigação, pelo devedor”. Por outro lado, a execução provisória padeceria de obstáculos pois “o credor pode ver tomados sem efeito todos os atos praticados no processo, se eventualmente provido o recurso” do devedor. O autor não afirma categoricamente, contudo, transmite ao leitor a percepção de que, por corolário, a execução provisória seria uma “execução suja”.

⁶²⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 207-208.

⁶²⁹ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Arts. 216 a 297. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. v. III. p. 303.

⁶³⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação de tutela – dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: concerto para a efetividade do processo*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 161.

⁶³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo IX (arts. 566-611), p. 413.

⁶³² FURTADO, Paulo. *Execução*, p. 14-15.

Especificamente no tocante ao assunto ora analisado, abalizada doutrina entende que a aplicação dessas medidas seria possível no cumprimento provisório de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia. O fundamento residiria no fato de que a atipicidade da tutela no título definitivo também se estenderia ao título provisório. Assim, se é possível a aplicação de medidas atípicas em execuções pecuniárias lastreadas em título executivo judicial definitivo, também é viável em título provisório.⁶³³

Outro ponto levantado é de ordem normativa, com base no *caput* do artigo 520 do CPC/2015, o qual prevê que o cumprimento provisório “será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo”. Por isso, defende-se que “observadas apenas algumas regras especiais dispostas nos incisos do referido dispositivo, as quais não afastam, em absoluto, a utilização dos meios atípicos é assegurada pelo artigo 139, IV, do CPC/2015”⁶³⁴.

Os argumentos parecem convincentes e, por certo, se a linha aqui defendida foi a de possibilitar a utilização de coerções atípicas em execuções de títulos extrajudiciais, não seria lógico afastar esta possibilidade nos títulos judiciais provisórios. Uma sentença que pende de recurso sem efeito suspensivo, *prima facie*, goza de maior confiabilidade que um título produzido fora da zona jurisdicional.

É preciso, nessa linha, trazer à baila singela e lúcida lição ministrada por Alfredo de Araújo Lopes da Costa acerca da execução provisória, quando lembra que a “sentença favorável ao autor desequilibra as posições em que as partes se mantinham, fazendo que a justiça penda para o lado do vencedor”⁶³⁵.

Todavia, não se pode olvidar que o legislador previu nuances ao procedimento de cumprimento provisório de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, tanto que o dispôs em

⁶³³ BRAGA, Paula Sarno et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 234-235.

⁶³⁴ ROQUE, Andre Vasconcelos. Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV, do CPC2015? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 745.

⁶³⁵ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro* (Código de 1939), Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. v. IV. p. 26-27. E continua o autor: “Os dois interesses em jogo então se defrontam com peso desigual; o do vencido, para que a atividade processual do adversário não prossiga até a real satisfação do direito pleiteado; o do vencedor, para que não mais se retarde a consecução do fim que buscava e de cuja legitimidade já é presunção a sentença favorável que obteve.”.

capítulo próprio, dentro do Título II do Livro I da Parte Especial do Código.

A maioria dessas peculiaridades objetiva proteger o executado e talvez a principal seja a previsão do inciso IV do referido artigo 520, que, em suma, consigna que os atos expropriatórios propriamente ditos dependem, nesse rito, de caução pelo credor. Assim, a marcha de atos executivos paralisa antes da consecução da expropriação, ou seja, na fase de avaliação e penhora de bens.

Um imóvel pode ser penhorado, mas não será levado a leilão judicial; os ativos podem ser indisponibilizados na conta bancária do devedor, convertidos em penhora e transferidos para a conta vinculada ao juízo, mas não serão levantados pelo credor; o mesmo vale, por exemplo, para a penhora de percentual de faturamento de empresas. O desfalque patrimonial do executado ocorrerá somente quando o cumprimento provisório converter-se em definitivo, diante do trânsito em julgado da decisão exequenda.

Essa questão é digna de nota, pois se o rito próprio dos títulos executivos provisórios prevê que não ocorrerá a completude da expropriação, é pertinente indagar sobre o cabimento da coerção atípica.

O objetivo do legislador, com a paralisação da execução antes da expropriação, foi proteger o devedor de eventuais danos, tendo em vista a possibilidade de ocorrer a expropriação e, posteriormente, o título ser anulado com o provimento do recurso interposto pelo executado. Então, criou-se uma regra geral: em razão da possibilidade de causar indevido dano ao executado, não ocorrerá a expropriação.

Contudo, a própria lei instituiu *exceção* à mencionada regra, na forma da prestação de “caução suficiente e idônea” pelo credor para a concretização da expropriação, previsão esta disposta na parte final do próprio inciso IV do referido artigo 520 do CPC/2015. Se existe um risco de dano ao executado, o credor garante a reparação deste dano prestando caução⁶³⁶ – sendo a responsabilidade objetiva⁶³⁷ – e, assim, a

⁶³⁶ José Lebre de Freitas lembra que no direito português a caução pode ser prestada pelo devedor, requerendo a suspensão da execução, ou, pelo credor, pleiteando o levantamento de bens: “A ação executiva proposta na pendência do recurso pode também ser suspensa a pedido do executado que preste caução, destinada a garantir o dano que, no caso de confirmação da decisão recorrida, o exequente sofra em consequência da demora da execução. É o que dispõe o art. 47-4 em expressa equiparação desta situação à do executado que tenha se oposto à execução. Não havendo lugar a esta suspensão e prosseguindo a execução, não é admitido pagamento, enquanto a sentença estiver pendente de recurso, sem prévia prestação, pelo credor [...], de caução.” (*Ação executiva*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 41-42).

execução provisória avança à fase de efetiva expropriação. A caução, desta feita, trata-se de “legítimo instrumento de contrapeso, que tem o escopo de assegurar a responsabilidade patrimonial do causador do dano”⁶³⁸.

Existem situações em que restará “dispensada” a caução (*exceções à exceção*), as quais foram listadas no rol de incisos do artigo 521. Ao que parece, o legislador tentou prever os casos em que – devido ao direito posto em causa, da situação de necessidade do credor ou das chances de êxito do devedor naquele momento processual – poderá ser injusto ou por demais oneroso exigir do credor a caução. Assim, o juiz possui a faculdade (“poderá”), e não a obrigatoriedade, de dispensar a caução, até mesmo porque as “circunstâncias do caso concreto devem estabelecer ou não necessidade de caução”⁶³⁹.

O parágrafo único do mesmo artigo 521, por outro lado, assevera que a “exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação” e, por estar alocado logo abaixo dos incisos, presume-se o seu direcionamento às situações ali previstas (*exceção às exceções à exceção*).⁶⁴⁰

⁶³⁷ CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil* v. VIII – arts. 566 a 747. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. VIII. p. 65.

⁶³⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*, p.414.

⁶³⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*, p.416.

⁶⁴⁰ Essa é a confusa fórmula utilizada pelo legislador para manter a caução. Em verdade, o que se pode concluir da literalidade dos dispositivos é que a questão está no campo de discricionariedade do magistrado, pois se ele poderá dispensar, mas também pode manter a exigência, outra explicação não há. Em sentido semelhante, Araken de Assis, afirma que: “Como quer que seja, o emprego do mesmo conceito juridicamente indeterminado, sem embargo da fraseologia distinta, ou receio de dano, para efeitos opostos, induz relativa perplexidade. O órgão judiciário há de ponderar os interesses em jogo e, por exceção, manterá a caução.” (*Manual da execução*, p. 486). Sobre o assunto, José Rogério Cruz e Tucci afirma que “mesmo que se trate de crédito alimentar ou afirmada a insuficiência de meios, caso o juiz constate a probabilidade real de reversão da decisão recorrida, portanto, grande risco de prejuízo ao devedor-executado – por paradoxal que possa parecer deve prevalecer a regra, isto é, não será dispensada a prestação de caução pelo exequente!” (*Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 485 ao 538 vol. VIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 286). Para Paula Sarno Braga, Leonardo Carneiro da Cunha, Fredie Didier Junior e Rafael Alexandria de Oliveira, a manutenção da exigência da caução serviria para “temperar” a obrigatoriedade da regra contida no caput do artigo 521. Desse modo, por exemplo, o juiz poderia limitar o valor a ser levantado sem a exigência da caução (*Curso de direito processual civil*: execução. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 513-514). Por outro lado, em sentido aparentemente mais restritivo, Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero

De todo modo, ocorrendo a expropriação mediante prévia caução, e sendo supervenientemente provido o recurso do executado com a anulação da sentença, o inciso II do artigo 520 dispõe que o cumprimento provisório “fica sem efeito” e, como consequência, opera-se a restituição “das partes ao estado anterior”. Complementando, o §4º do mesmo dispositivo prediz que essa restituição não implicará o desfazimento da expropriação. Logo, infere-se que será a caução prestada pelo credor que responderá pelos danos causados ao devedor.

Convém lembrar que as coerções típicas por restrição de direitos pelo protesto e pela negativação não terão lugar no cumprimento provisório ante as previsões expressas do *caput* do artigo 517 e do §5º do artigo 782, todos do CPC/2015. Talvez o legislador tenha externado, nesse ponto, preocupação com a indevida restrição aos direitos de personalidade do devedor, no viés da honra objetiva, diante de uma execução provisória que é posteriormente extinta devido à anulação do título exequendo pelo provimento do recurso do executado. Já a coação típica pela multa de dez por cento será possível, pela previsão do §2º do artigo 520. No entanto, eventual anulação da sentença e extinção do cumprimento provisório também anularão a multa e, logo, não serão experimentados danos pelo devedor.

ponderam: “Em todos os casos de dispensa da caução, porém, é possível que o juiz, dimensionando os riscos do prosseguimento do cumprimento provisório, possa exigir garantia, sempre que perceber que o risco de dano grave, de difícil ou incerta reparação, recomende a cautela a despeito da presença de uma das situações do art. 521. Havendo risco em ambas as situações (na realização do cumprimento provisório na sua não realização), que normalmente estará atrelada às situações de créditos de natureza alimentar ou de situação de necessidade do credor, estar-se-á diante de situação em que ambas as alternativas poderão importar risco de dano grave e irreparável; o problema, então, será determinar a quem imputar esse dano irreparável: se ao credor ou se ao devedor. Quando, porém, só uma das situações (a do prosseguimento do cumprimento provisório) implicar risco de dano grave e irreparável, então terá sempre incidência o art. 521, parágrafo único, do CPC, exigindo-se a caução, a despeito da presença de uma das situações arroladas no *caput* desse dispositivo.” (*Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, p. 1077-1078). Ao que parece, os autores reduzem o campo de aplicação da manutenção da exigência da caução às situações em que não se trata de obrigação de alimentos ou de situação de necessidade, ou seja, aos casos dos incisos III e IV do artigo 521 do CPC/2015. Para os casos dos incisos I e II, alimentos e situação de necessidade, o juiz deveria decidir à luz do caso concreto. Daniel Assumpção Neves confere interpretação ainda mais restritiva, afirmando não fazer sentido dispensar a caução nas hipóteses dos incisos I e II. (*Novo Código de Processo Civil*, p. 330, 338-339).

Portanto, a dúvida resta ampliada: sendo possível a coerção atípica no cumprimento provisório, é necessária a prestação de caução pelo credor? A resposta parece negativa.

O objetivo da paralisação da execução provisória antes da expropriação é evitar um indevido dano ao executado. Ainda que o dano também possa ser de cunho extrapatrimonial ou moral⁶⁴¹, a preocupação maior recai sobre os danos patrimoniais porque, certamente, têm o condão de alcançar maior vulto.

O desígnio da caução é garantir que – havendo a continuidade da execução e a configuração do dano – exista patrimônio do credor atrelado ao cumprimento provisório capaz de reparar o abalo, sobretudo patrimonial. Então, seja pela regra (paralisação), seja pela exceção (continuidade), o cuidado da lei tem nítida feição patrimonial. Aliás, não poderia ser diferente, pois a atividade expropriativa tem como alvo o patrimônio do devedor.

Ocorre que, nas medidas coercitivas atípicas por restrição de direitos a questão é um pouco diversa. É que as referidas medidas não têm o condão de restringir diretamente direitos patrimoniais do devedor; se assim fosse, ostentariam feições de expropriação e não de coerção. Veja-se, por exemplo, que o Código não exige caução para o protesto ou negativação em execução de títulos definitivos, ainda que estas medidas possam causar danos não patrimoniais ao executado.

Se o intuito do legislador com a suspensão da continuidade do cumprimento provisório foi evitar dano patrimonial ao executado, as coerções atípicas por restrição de direitos não tendem a gerar danos desta natureza. E se a finalidade da exigência de caução consiste em garantir a reparação de danos patrimoniais, esta caução se revela descabida diante das coerções em tela.

Diante de situação anômala, no entanto, em que resta comprovado que o uso da coerção atípica pode gerar danos patrimoniais ao devedor, em razão de todo o raciocínio acima exposto, deverá o magistrado considerar⁶⁴², na forma do artigo 520 do CPC/2015, a prestação de caução.

⁶⁴¹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 474.

⁶⁴² Em sentido semelhante, porém com espeque na caução prevista para a tutela provisória: GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos* p. 414.

5.2 A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS

A controvérsia quanto à subsidiariedade na aplicação das medidas atípicas gravita em torno da possibilidade, ou não, de utilização dessas medidas antes de esgotadas as tentativas de recebimento da obrigação pecuniária por meio das medidas típicas expropriatórias.

A aparente simplicidade da discussão não revela uma questão subjacente – sobre a qual se discorrerá em seguida –, que se vincula diretamente à estrutura do sistema executivo. É que, a impossibilidade de utilização das medidas atípicas antes da aplicação das medidas típicas de expropriação e da verificação de sua insuficiência denota uma espécie de subsidiariedade ou supletividade daquelas em relação a estas. Do inverso, ou seja, ausente a subsidiariedade, restará estabelecido que o sistema executivo faculta a aplicação de medidas coercitivas atípicas a qualquer tempo, independentemente de tentativa precedente de utilização das medidas típicas expropriatórias. Nessa linha, a discussão repousa, em verdade, sobre a abrangência do sistema misto de tipicidade e atipicidade para os meios executórios consagrados pelo CPC/2015.

A problemática não é inédita no ordenamento processual civil brasileiro. À época do CPC/1973, quando conviviam as cautelares típicas e as cautelares atípicas, a questão da harmonização e do uso das atípicas de forma supletiva às típicas já era digna de nota pela doutrina.⁶⁴³

Hodiernamente, a controvérsia travava-se no espinhoso campo da execução de obrigações pecuniárias, a qual, como apontado antes, desenvolveu-se historicamente pela feição precipuamente expropriativa. É certo que o CPC/2015 não afastou a técnica sub-rogatória destes tipos de execução, porém a temática se reveste de complexidade ante a previsão do artigo 139, inciso IV, do mesmo diploma legal.

A propósito dessa temática, a próxima seção (5.2.1) exporá os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis à ideia de subsidiariedade das coerções atípicas levantados pela doutrina. A seção seguinte, 5.2.2, promoverá uma tentativa de equacionamento da questão. Para tanto, inicialmente, serão rememorados três assuntos: (a) o sistema misto de tipicidade e atipicidade existente na atual sistemática executiva nacional; (b) a vocação exclusivamente expropriativa das execuções pecuniárias, e (c) a desvalorização histórica das coerções na execução.

⁶⁴³ ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 100, p. 33-60, 2000. p. 47-49.

Essas questões, diga-se, já foram enfrentadas nas seções 2.1.4, 1.2 e 3.1, respectivamente, do presente trabalho.

Posteriormente, a questão da subsidiariedade será abordada sob a ótica de dois parâmetros balizadores, a saber: a necessidade de aplicação das coerções atípicas – a qual exsurge somente após a constatação da insuficiência do meio sub-rogatório – e a estrita legalidade no tocante à adoção primária dos meios executórios previstos no CPC/2015. Da mesma forma, investigar-se-á se a aplicação subsidiária das medidas em apreço enquadra-se na correta interpretação que deve ser conferida às cláusulas gerais.

Igualmente, analisar-se-á a questão do uso obrigatório dos demais meios coercitivos típicos previstos para as execuções pecuniárias, bem como os parâmetros casuísticos que devem ser utilizados para a constatação da insuficiência do meio sub-rogatório. Por fim, será realizada breve pesquisa, à procura de julgados dos tribunais nacionais que tratam do tema.

5.2.1 Argumentos favoráveis e desfavoráveis à aplicação subsidiária das medidas executivas atípicas

Parcela da doutrina sustenta não ser necessária a prévia utilização dos meios executórios típicos para que tenha lugar o uso das medidas coercitivas atípicas.

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, a previsão expressa do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 rompeu com a lógica da tipicidade como regra. Portanto, para os títulos executivos judiciais, o juiz “pode impor o pagamento de soma sob ameaça do emprego de medida de indução ou de sub-rogação que entenda mais adequado ao caso concreto”⁶⁴⁴.

A defesa da aplicação da técnica processual mais adequada ao cumprimento do direito fundamental à tutela efetiva dos direitos do credor é a nota marcante do entendimento dos mencionados autores. Portanto, o que se pode concluir em linha argumentativa é que não se trata pura e simplesmente de desprezo da técnica expropriatória para as obrigações pecuniárias, mas sim que – diante de caso concreto em que se mostre mais adequada a utilização de meios coercitivos do que meios expropriatórios – o juiz não estaria atrelado à utilização anterior destes

⁶⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, p. 783.

últimos. Para os doutrinadores supracitados, não existe a subsidiariedade em comento.

Em sentido semelhante, Ricardo Alexandre da Silva entende que a “execução forçada, com o objetivo de expropriar bens, não é a técnica preferencial”⁶⁴⁵ para a execução de obrigações pecuniárias. O autor assevera que, pela interpretação conjunta dos artigos 513 e 139, inciso IV, do CPC/2015, a atipicidade de meios consiste na regra do sistema executivo para quaisquer tipos de obrigações. Assentando o seu posicionamento na isonomia que deve haver entre credores de obrigações específicas e de obrigações pecuniárias, à luz do direito fundamental à tutela efetiva, o autor arremata afirmando que “o credor não precisará se submeter a um procedimento de execução forçada inexitosa para somente então requerer ao juiz o emprego de mecanismos coercitivos”⁶⁴⁶.

Em recente ensaio, Sérgio Cruz Arenhart⁶⁴⁷ novamente defende a ausência de subsidiariedade sob o argumento de que para a preservação do sistema executivo do Código – em razão de a tutela das obrigações ser predominantemente atípica e da literalidade da redação do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 – a melhor interpretação ruma no sentido da atipicidade dos meios executórios também para as obrigações pecuniárias. Assim, diante da necessidade de garantia do direito fundamental à tutela efetiva do exequente, o juiz não está adstrito ao uso primário das medidas típicas, sendo inconcebível a ausência de isonomia entre credores de diferentes tipos de obrigações no tocante à disponibilidade de técnicas processuais executivas.

O doutrinador também rechaça a alegação de que a atipicidade primária conferiria poderes desmensurados ao magistrado e o argumento de que a atipicidade não encontraria harmonia com os artigos 921, inciso III, e 924, inciso V, do CPC/2015, que regulam, respectivamente, a suspensão da execução em razão da não localização de bens do devedor e a extinção da execução em razão da prescrição intercorrente.

⁶⁴⁵ SILVA, Ricardo Alexandre da. Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia certa no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). *Execução*. Salvador: Juspodovim, 2016. (Coleção Novo CPC doutrina selecionada). p. 547-572. p. 564.

⁶⁴⁶ SILVA, Ricardo Alexandre da. Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia certa no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). *Execução*, p. 564-565.

⁶⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 281, p. 141-167, 2018. p. 161-163.

Araken de Assis – ainda que considere inaplicáveis as medidas coercitivas atípicas em obrigações pecuniárias – formula crítica ao fato de que o único temperamento levantado pela doutrina para o manejo das medidas em tela seja a suposta subsidiariedade. Conclui o autor: “Ora, nada há no art. 139, IV, que indique caráter subsidiário.”⁶⁴⁸.

Por fim, convém mencionar dois interessantes argumentos apresentados por Flávio Luiz Yarshell acerca do tema. O primeiro defende que o adimplemento da obrigação mediante coerção é muito mais vantajoso para o “Estado, que não precisa empreender o longo e custoso caminho dos atos de sub-rogação; e para o credor, que do mesmo modo pode obter a satisfação de forma abreviada e menos onerosa”⁶⁴⁹. Ou seja, pelo ponto de vista econômico de custos e de tempo, a coerção aplicada de forma primária seria mais eficiente. O segundo argumento ancora-se na inexistência de um direito do executado de ter contra si, prioritariamente, a aplicação de um meio de expropriação. Nas palavras do autor, “reconhecer que o devedor teria autêntico direito ao processo de execução direta seria dizer que o credor estaria compelido a suportar todos os encargos adicionais que a atuação dos meios executivos (até a expropriação) gera”⁶⁵⁰.

Em síntese, para os autores que afastam a necessidade de utilização precedente dos meios típicos expropriatórios – com arrimo no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 e no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva do credor –, o sistema executivo brasileiro é, por regra, atípico também para as obrigações pecuniárias.

Por outro lado, parte significativa da doutrina⁶⁵¹ já se manifestou pela tese da subsidiariedade. Os argumentos que sustentam esta posição

⁶⁴⁸ ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação os meios executórios “atípicos”. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 130.

⁶⁴⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira*. Florianópolis: Empório Direito, 2018, p. 75.

⁶⁵⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira*, p. 75.

⁶⁵¹ Por todos: BRAGA, Paula Sarno et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 235/236; ARAÚJO, Luciano Vianna. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 270, n. 42, p.123-138, ago. 2017. p. 133; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas

quase sempre se repetem e, sem prejuízo ou menosprezo aos demais, os principais são os seguintes: (a) para as execuções de obrigações de pagar, por expressa previsão legal, o meio executório a ser inicialmente utilizado é o da expropriação; (b) se assim não fosse, o legislador não teria sido tão detalhista ao pormenorizar as formas de expropriação, bem como as formalidades para sua utilização; (c) não pode ser desprezado o fato de o CPC/2015, a exemplo das demais codificações processuais nacionais anteriores, ter erigido o procedimento executivo pecuniário obedecendo à tradição da técnica expropriativa; (d) pelo CPC/2015, não resta claro que a atipicidade de meios executórios pode ser considerada a regra geral para as execuções pecuniárias.

Esses argumentos são reforçados por Leonardo Greco⁶⁵², que analisa a questão sob dois vieses: excepcionalidade e necessidade. Para o referido autor, as medidas devem ter aplicação excepcional, privilegiando-se o uso do meio expropriatório específico e previsto para as obrigações de pagar. Diante da ineficácia do meio previsto para a obtenção do adimplemento da obrigação pecuniária, exsurge a necessidade de deflagrar as medidas coercitivas atípicas. Na conclusão de sua análise, o autor afirma que: “Não se pode falar, portanto, especialmente na execução pecuniária, de modo irrestrito, em atipicidade dos meios executórios, mas em relativa atipicidade subsidiária e excepcional desses meios.”⁶⁵³.

Em resumo, para essa corrente doutrinária, o sistema executivo nacional, quanto às execuções de obrigações pecuniárias, goza de uma atipicidade subsidiária à utilização dos meios típicos expropriatórios.

5.2.2 Tentativa de equacionamento da questão da subsidiariedade das medidas coercitivas atípicas

Mesmo respeitando os abalizados entendimentos doutrinários no sentido de ser desnecessária a subsidiariedade na aplicação das medidas atípicas, parece mais correta a tese da utilização supletiva e residual das referidas medidas nas obrigações de pagar. Corroboram-se, então, todos

executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 265, p. 107-150, 2017. p. 126-127.

⁶⁵² GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 412-414.

⁶⁵³ GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 412.

os posicionamentos esposados por esta corrente doutrinária. A presente seção se dedica a analisar outros argumentos consonantes com esse entendimento.

A problemática, como apontado, circunda a seara da atipicidade dos meios executórios, a vocação exclusivamente expropriatória das execuções pecuniárias e o uso das coerções na execução civil. Esses pontos já foram enfrentados em seções específicas deste estudo, contudo, algumas considerações de reforço são bem oportunas.

Quanto ao sistema misto de tipicidade e de atipicidade dos meios executórios no CPC/1973 reformado e no CPC/2015, para as execuções de obrigações específicas e de pagar, valem as conclusões firmadas nas seções 1.4.6 e 2.1.4.

Não se pode olvidar que o CPC/1939 e o CPC/1973, este na sua redação original, foram influenciados pelos ideais, surgidos no Estado Liberal e disseminados pelo mundo nos séculos seguintes, de segurança jurídica e de preservação da autonomia dos indivíduos. E, para tanto, sobretudo em sede de atividade executiva, a previsibilidade dos meios executórios e seu enlace a um determinado tipo de obrigação eram essenciais. Para cada tipo de obrigação inadimplida, existia um respectivo meio executório previsto: o sistema processual executivo nacional se configurou assim.

As reformas processuais ocorridas no CPC/1973, como analisado, foram paulatinamente alterando essa concepção exclusivamente típica, mas é impossível negar a influência dessa lógica até os dias de hoje. As mencionadas alterações legislativas trouxeram a atipicidade para as obrigações específicas, mas nada dispuseram acerca das obrigações pecuniárias. Nesse contexto, encerrou-se o sistema processual do CPC/1973 com a expropriação sendo técnica quase que exclusiva para as obrigações pecuniárias, à exceção da multa de dez por cento no cumprimento da sentença.

Em que pese a expressa literalidade da redação do artigo 139, inciso IV, no tocante às obrigações pecuniárias, não parece crível entender que o CPC/2015 tenha rompido obliquamente – em todos os sentidos, mas em especial quanto à execução pecuniária – com o sistema anterior. A consequência disso é que, na concepção do atual sistema executivo – justamente pelo não rompimento e pela influência dos sistemas anteriores –, foi mantido o enlace entre as execuções pecuniárias e os meios de expropriação. Aliás, se assim não fosse, talvez o legislador não estivesse tão preocupado em sempre atrelar a execução pecuniária ao meio de expropriação, nas suas formalidades e nos seus meandros.

Para a presente temática, é igualmente importante lembrar a evolução das coerções nos ordenamentos jurídicos. Os meios sub-rogatórios sempre foram valorizados em detrimento dos coercitivos; para as execuções pecuniárias, não se cogitava outro caminho senão o da expropriação.

Como foi analisado na seção 3.1.1, as coerções sequer eram consideradas inclusas no conceito de execução. Os meios coercitivos tiveram de superar o dogma da intangibilidade da vontade humana – enraizado na cultura jurídica pelo *nemo praecise cogi potest ad factum* e positivado nos ordenamentos jurídicos a partir do artigo 1.142 do Código Civil Napoleônico – para serem considerados soluções possíveis para o cumprimento das obrigações específicas, sobretudo as obrigações de fazer infungíveis. E, ainda assim, em um primeiro momento, tinham aplicação subsidiária em relação aos meios sub-rogatórios nas obrigações específicas.⁶⁵⁴

Depreende-se das considerações ora explanadas que para o processo civil brasileiro – influenciado, como foi historicamente, pela regra da tipicidade de meios executórios, bem como pela adstrição exclusiva das execuções pecuniárias à expropriação – é nova a ideia de coagir atipicamente o devedor em obrigações desta natureza. E, indiscutivelmente, além de inédita, também seria estranha ao sistema a possibilidade de coagir atipicamente de forma primária, desprezando o tradicional enlace com os meios expropriatórios nesse tipo de execução.⁶⁵⁵

No afã de harmonizar a vinculação do meio executório típico de expropriação para as execuções pecuniárias com a existência da cláusula

⁶⁵⁴ Enfrentado a questão dos meios coercitivos em obrigações específicas, José Alberto dos Reis afirma que: “É mediante o uso de meios de sub-rogação que geralmente se consegue a eliminação do estado de facto contrário ao direito. Quer dizer, perante a mora do devedor, perante a sua conduta ilícita, o Estado, em vez de procurar submetê-lo pela ameaça das medidas coactivas, passa por cima dele e põe em marcha o mecanismo da sanção executiva, tratando de obter, pelo jogo das medidas de sub-rogação, o benefício que para o credor resultaria do cumprimento da obrigação ou m benefício equivalente.” (*Processo de execução*, p. 31).

⁶⁵⁵ Em sentido semelhante, abalizada doutrina afirma que “se há disciplina específica para a prestação de tutela jurisdicional em cada conjunto de espécies de obrigações, é necessário que se interprete este dispositivo (inciso IV do art. 139) com grande cuidado, sob pena de, se se entender que em todos os tipos de obrigações, inclusive na de pagar quantia em dinheiro, pode o juiz lançar mão de medidas típicas das ações executivas *lato sensu*, ocorrer completa desconfiguração do sistema engendrado pelo próprio legislador para as ações de natureza condenatória” ALVIM, Teresa Arruda et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil* – artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 264.

geral executiva do artigo 139, inciso IV, que permite a utilização de medidas coercitivas atípicas nessas execuções, traz-se a proposta de equacionamento da questão.

De início, é imperioso fixar dois balizadores para a discussão. O primeiro consiste na **necessidade** de utilização dos meios coercitivos, ao invés dos sub-rogatórios, para garantir o cumprimento da obrigação.

A necessidade levantada por Leonardo Greco, anteriormente analisada, para fundamentar a ampliação subsidiária dessas medidas no CPC/2015, não difere daquela defendida por Luiz Guilherme Marinoni. É que este autor entendia ser possível, antes mesmo da vigência do CPC/2015, o uso da multa coercitiva em tutela antecipatória de soma de dinheiro e em tutela ressarcitória na forma específica, com base na necessidade de prestação da tutela jurisdicional efetiva, por meio do emprego da técnica processual mais adequada. No entanto, o referido autor fazia a ressalva de que a utilização da técnica coercitiva deveria ser necessária e “essa necessidade apenas aparecerá quando a execução por expropriação for inadequada para dar efetividade ao direito de crédito”^{656_657}.

Então, para a utilização das medidas coercitivas atípicas, a sua necessidade deve estar evidenciada. Daí exsurge o seguinte questionamento: como é possível aferir, diante de um caso concreto, a necessidade de utilização das medidas atípicas?

A necessidade⁶⁵⁸, ao que parece, desponta a partir do momento que se constata a ineficácia⁶⁵⁹ dos meios executórios previstos de forma

⁶⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 166.

⁶⁵⁷ Como ressalvado anteriormente, Luiz Guilherme Marinoni sempre conferiu, de forma correta, maior ênfase ao uso da técnica processual executiva mais adequada – diante da necessidade de se concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – do que, propriamente, a existência de previsão expressa, ou não, no CPC/1973 de utilização da multa coercitiva nas execuções pecuniárias. Tanto que, mesmo antes da vigência do CPC/2015, entendia que: “multa pode contribuir (como meio coercitivo) para dar efetividade à sentença que impõe o pagamento de soma em dinheiro”, ainda que inexistisse previsão expressa na lei processual para tanto, pois, na omissão do legislador, valeria a interpretação sob a égide constitucional (*Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 166). Pelo que se pode perceber, o mencionado autor, após a vigência do CPC/2015, passou a entender que, não só com base na Constituição, mas também com arrimo na redação do artigo 139, inciso IV, vigora a atipicidade dos meios nas execuções pecuniárias, desde que presentes os requisitos da necessidade e da adequação. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, p. 783.

⁶⁵⁸ Vinícius Lemos da Silva destaca que a utilização das medidas coercitivas atípicas traz uma “possibilidade processual responsável, mediante a delimitação de sua real necessidade, com o convencimento de que outras medidas, anteriores ou conjuntas, não

direta e expressa no CPC/2015 para as execuções pecuniárias, a saber, o meio de expropriação e as coerções típicas.

Essa questão remete ao segundo balizador: a utilização preferencial dos meios executórios especificamente previstos em lei para a obrigação de pagar. Isso, ao fim e ao cabo, trata-se de *estrita legalidade* no tocante ao meio, pois não é possível, sob pena de ferir-se a legalidade e a lógica das cláusulas gerais, abandonar os meios específicos e expressamente previstos para as execuções de obrigações de pagar com o objetivo de se valer da generalidade da previsão contida na dita cláusula geral.

Nesse ponto, convém lembrar⁶⁶⁰ que a multa de dez por cento, o protesto da decisão judicial transitada em julgado e a inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes são meios coercitivos típicos e nomeadamente previstos para as execuções pecuniárias lastreadas em títulos judiciais. Já para as execuções calcadas em títulos extrajudiciais existe somente a previsão expressa da coerção típica pela sobredita negatização do devedor.

Portanto, atualmente, a execução pecuniária em geral dispõe, de forma expressa e atrelada, além do meio típico de sub-rogação por expropriação, dos meios executórios de coerção patrimonial (multa de dez por cento) e de coerção por restrição de direitos de personalidade (protesto da decisão judicial transitada em julgado e inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes).

A seção 2.1.4, ao abordar o atual sistema misto de tipicidade e de atipicidade de meios executórios para as obrigações em geral, apresentou o seguinte critério de harmonização: (a) a regra geral consiste na aplicação do meio executório previsto especificamente⁶⁶¹

são bastante para tanto, concedendo-lhe, a certa feita, um ar de excepcionalidade.” (A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 480).

⁶⁵⁹ Para Hermes Zaneti Junior a questão deve ser analisada sob a ótica da inadequação dos meios executórios: “Com relação ao processo de execução, há necessidade, contudo, de verificação da inadequação da execução por expropriação para que se possa prosseguir nos meios atípicos.” (O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento e a partir do caso concreto. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018).

⁶⁶⁰ Conforme amplamente abordado na seção 4.1 do presente estudo.

⁶⁶¹ Em sentido semelhante, Paulo Eduardo D’Arce Pinheiro afirma que “o reconhecimento dos poderes-deveres atípicos não corresponde a afirmar-se a sua

para um determinado tipo de obrigação e de título executivo, seja ele sub-rogatório ou coercitivo; (b) não havendo meio executório previsto expressamente ou existindo previsão expressa de atipicidade, está autorizada a aplicação direta de medidas atípicas; (c) a ineficácia da aplicação dos meios diretamente previstos, sub-rogatórios ou coercitivos, abre caminho para a utilização das medidas coercitivas atípicas.

Observados os dois balizadores supracitados, passa-se à subsunção deste critério de harmonização apresentado à utilização das medidas coercitivas atípicas nas execuções de obrigações de pagar, dividindo-a pelo tipo de título executivo.

No tocante às execuções pecuniárias dispostas em títulos judiciais, com base na previsão expressa do artigo 523, §1º, inicialmente deverá ser utilizado o meio típico de coerção patrimonial, consubstanciado na multa de dez por cento sobre o valor devido, para que o devedor satisfaça a obrigação após ser devidamente intimado no cumprimento da sentença.

Ainda, no momento da intimação para o pagamento voluntário, deverão ser utilizadas as medidas coercitivas típicas previstas, informando ao devedor que as sanções de restrições de direitos de personalidade consubstanciadas no protesto da decisão judicial transitada em julgado e na inscrição nos cadastros de inadimplentes, na forma dos comandos previsto nos artigos 517 e 782, §5º, respectivamente, poderão ser aplicadas na hipótese de não adimplemento da dívida. Permanecendo o devedor inerte – com base no *caput* artigo 513, que remete à execução por quantia certa dos títulos extrajudiciais prevista nos artigos 824 a 909 –, deve ser utilizado, inicialmente, o meio tipificado de sub-rogação por expropriação em suas diferentes modalidades. Para tanto, mostram-se necessárias tentativas de consecução do ato preparatório da expropriação, a saber, a penhora de bens do devedor.

Se, ainda assim, a obrigação não for satisfeita pelo executado e não sendo possível a penhora de bens suficientes para posterior expropriação, restará autorizada a utilização de meios coercitivos atípicos, com esteio na cláusula geral do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.

Quanto às execuções de obrigação de pagar dispostas em títulos extrajudiciais, o devedor poderá ser coagido tipicamente para o

pagamento no prazo de 3 (três) dias, mediante a ameaça de aplicação da sanção de restrição de direitos de personalidade, consistente na inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes, conforme consigna o artigo 782, §3º. Simultaneamente, com base na previsão expressa do artigo 824, caso não ocorra o pagamento deverá ser utilizado, de início, o meio típico de sub-rogação por expropriação, em suas diferentes modalidades. Para tanto, também se mostram necessárias tentativas de penhora de bens do devedor.

Permanecendo o inadimplemento – mesmo diante da aplicação das mencionadas sanções de restrição de direitos típicas – e não tendo sido possível a penhora sobre bens suficientes do devedor, abre-se caminho para a utilização de meios coercitivos atípicos, com espeque na cláusula geral do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.

Essa forma de aplicação subsidiária das medidas coercitivas atípicas, de um lado, prestigia a *estrita legalidade* e, por conseguinte, a previsibilidade e a segurança jurídicas, pois o executado tem ciência inequívoca de que os meios executórios que lhe serão impostos, em um primeiro momento, são exatamente aqueles que a lei previu para as obrigações pecuniárias, sejam esses meios expropriatórios ou coercitivos.

De outra banda, diante da constatação da ineficácia do meio tipificado, a *necessidade* de utilização de um meio coercitivo atípico é atendida e, por conseguinte, enaltece-se o direito fundamental do credor à tutela executiva efetiva. E tudo isso acontece sem se desprender da segurança jurídica, pois o executado saberá que, cumpridos determinados requisitos e diante das circunstâncias do caso, é possível a utilização supletiva das coerções atípicas.

Importa salientar, ainda, o posicionamento da jurisprudência até o presente momento. A maioria dos julgados exarados pelos tribunais faz menção tímida sobre o assunto da subsidiariedade, alguns sequer o enfrentam e rejeitam a aplicação das medidas coercitivas atípicas com fulcro em outros argumentos. A propósito, merecem destaque cinco decisões que debateram a questão.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão⁶⁶² que manteve a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do devedor e revogou a determinação para apreensão do seu passaporte, talvez apegado ao enunciado da Súmula n. 7, não fez qualquer menção expressa à tentativa de satisfação do crédito por meio das técnicas

⁶⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *RHC n° 97.876 – SP*, relator Min. Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, Decisão unânime. Brasília, DF, j. 05.06.2018.

típicas. Ademais, foi justamente com base no sobredito enunciado que, por meio de decisão monocrática, a Corte Superior negou provimento a agravo interno em recurso especial⁶⁶³ que versava sobre as coerções atípicas.

No acórdão exarado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça⁶⁶⁴, nota-se que existe no inteiro teor do voto uma descrição, detalhada até certo ponto, acerca das tentativas infrutíferas de promover-se a expropriação nos autos de primeiro grau. Contudo, o fundamento para negar o *habeas corpus* e, por conseguinte, manter a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do devedor foi, tão somente, a ausência de violação ao direito de ir e vir.

A Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná – ao negar a aplicação das medidas atípicas em execução pecuniária de honorários advocatícios, que, frise-se, ostentam natureza alimentar – enfrentou o tema, asseverando que “a interpretação que se faz desse dispositivo normativo é que referidas medidas devem ser admitidas somente em caráter excepcional, quando esgotados os meios tradicionais de satisfação do débito”⁶⁶⁵.

A Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu ser “importante ressaltar o caráter subsidiário e excepcional das medidas atípicas, sendo que os mecanismos ordinários para a satisfação do crédito exequendo precisam ser esgotados”⁶⁶⁶. No caso concreto, o pedido de aplicação da medida atípica foi indeferido, pois se constatou nos autos que o executado era credor de obrigação pecuniária em outra ação e o exequente, inerte, não teria pleiteado a penhora no rosto daqueles autos.

Em sentido semelhante, a Décima Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, analisando o tema de forma direta, entendeu que a “subsidiariedade das medidas judiciais atípicas com fundamento no dispositivo legal em comento torna necessário, para sua adoção, exaurimento de todas as medidas típicas

⁶⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *AREsp 1233016 – SP*, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, j. 01/03/2018.

⁶⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *HC 411.519/SP*, rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma. Brasília, DF, j. 21/09/2017, DJe 03/10/2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *RHC 97.876/SP*, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Brasília, DF, j. 05/06/2018, DJe 09/08/2018.

⁶⁶⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça. *AI - 1704519-5 – Cascavel*, rel. José Hipólito Xavier da Silva – Unânime. Curitiba, j. 13.12.2017.

⁶⁶⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 0040491-54.2017.8.19.0000*, relator Des. Edson Vasconcelos. Rio de Janeiro, RJ, j. 10/08/2017, p.5.

orientadas a ver satisfeita a obrigação”⁶⁶⁷. Igualmente, na linha do que ainda será defendido nesta seção do trabalho, entendeu que é ônus probatório do exequente a comprovação da utilização e da ineficácia dos meios expropriatórios típicos, afirmando que “não se desincumbiu a agravante do ônus de comprovar o exaurimento dos meios ordinários para satisfação do crédito executado, não bastando para tanto a indicação de que o feito de origem tramita há anos”⁶⁶⁸.

Por fim, duas questões atinentes à sistematização antes entabulada ainda são dignas de nota. A primeira delas versa sobre a obrigatoriedade da utilização das medidas coercitivas típicas de protesto e de negativação, antes de serem deflagradas as medidas coercitivas atípicas. Pela própria redação dos artigos 517 e 782, §3º, do CPC/2015, percebe-se que, como regra, o uso dessas coações é uma faculdade do credor. Não se está a negar ou subverter isso.

Todavia, na linha do que vem sendo aqui defendido, o caminho da coerção atípica abre-se somente após a ineficácia dos meios típicos e essas medidas coercitivas de restrição de direitos de personalidade são, a exemplo da expropriação, típicas. Então, se o credor deseja valer-se da excepcionalidade das medidas coercitivas atípicas, a utilização anterior das coercitivas típicas torna-se obrigatória.⁶⁶⁹⁻⁶⁷⁰

Não se pode olvidar, é verdade, que na hipótese de o devedor já figurar no rol de inadimplentes dos mencionados cadastros ou já ter protesto de dívidas em seu nome, provavelmente as coerções por restrição dos direitos de personalidade não alcançarão o almejado pagamento. Nesses casos, em especial quando os protestos e as negativações avultam aos montes, a ameaça de piora na situação do devedor, nuclear da atividade coercitiva, dificilmente se implementará.

⁶⁶⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 2019257-84.2017.8.26.0000*, relator Des. Francisco Giaquinto, 13ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, SP, j. 24/03/2017, p. 3.

⁶⁶⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 2019257-84.2017.8.26.0000*, relator Des. Francisco Giaquinto. 13ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, SP, j. 24/03/2017, p. 3.

⁶⁶⁹ No mesmo sentido, quanto à obrigatoriedade do protesto e da inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes para uso das medidas atípicas coercitivas: PEREIRA, Caselli Rafael. *A multa judicial (astreintes) no CPC-2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 131; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 339.

⁶⁷⁰ Por óbvio, caso o devedor não queira valer-se da atipicidade, optando pelo caminho expropriatório típico, essas medidas coercitivas típicas continuam sendo facultativas.

Assim, em situações dessa natureza, devido à relativa presunção de ineficácia da coerção, desde que comprovado pelo credor que o devedor possui outros protestos ou negativas, restará dispensada a exigência em apreço. Porém, nesse caso, trata-se de mera exceção à subsidiariedade das medidas coercitivas atípicas, a ser devidamente evidenciada no caso concreto.

O segundo ponto que merece enfrentamento é de ordem casuística. Para que tenham vez as medidas atípicas, deve ser comprovada nos autos a ineficácia dos meios típicos⁶⁷¹. Quanto aos meios típicos coercitivos de restrição de direitos, não surgirão maiores dúvidas: se mesmo diante da negatificação ou do protesto o devedor não paga, resta comprovada a ineficácia da medida típica.

A constatação da ineficácia do meio típico de sub-rogação por expropriação talvez seja mais difícil. Isso porque a busca de bens penhoráveis para fins de ulterior expropriação é atividade que depende de pesquisa patrimonial do devedor e, na maioria dos casos, o êxito em encontrar tais bens não é imediato.

Podem acontecer várias tentativas de penhora de ativos financeiros do devedor ou de veículos de via terrestre, por meio de sistemas eletrônicos, ou incontáveis buscas por bens em registros públicos, como Ofícios de Registro de Imóveis ou Juntas Comerciais Estaduais, todas não exitosas. Nesses casos, estaria aberta a via das coações atípicas.

O que não se pode precisar, no entanto, são quantas tentativas de penhora seriam necessárias para decretar a ineficácia da técnica expropriatória? Quantas pesquisas inexitosas por bens o credor deve apresentar? Quantas vezes o devedor deve ser intimado para indicar bens a penhora e manter-se inerte? Quantas devem ser as tentativas de bloqueio de bens pelos sistemas eletrônicos disponíveis ao juiz? Não é possível traçar regras rígidas a esse respeito porque, como dito, depende de cada caso.⁶⁷²

⁶⁷¹ Com posicionamento similar: 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 127.

⁶⁷² A questão é de suma importância e, em alguns países, expande-se para o campo das coerções pessoais. Na Holanda, por exemplo, a medida coercitiva de prisão civil do devedor de alimentos, que pode ser considerada mais incisiva das coerções, possui caráter subsidiário, ou seja, somente pode ser utilizada quando as outras medidas coercitivas revelarem-se ineficazes, a depender do convencimento do juiz. ASSINK, Bob et al. Civil arrest as a means of enforcement of civil judgments: dickensian or indispensable? In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (Coord.). *Enforcement and enforceability*. Oxford: Intersentia Antwerp, 2010, p. 299-311. p. 307-308.

A nota marcante reside no comportamento proativo do exequente, no sentido de pesquisar bens do devedor em registros públicos e instar, e não só uma vez, o juízo a realizar pesquisas por meio dos sistemas auxiliares eletrônicos⁶⁷³ postos à disposição do magistrado, a fim de tentar promover a penhora de dinheiro, de veículos ou a obtenção de informações necessárias à constrição de outros bens.

Nesse sentido, a Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, ao negar a aplicação das medidas coercitivas atípicas, proclamou que o fato de as “diligências até então promovidas na busca pela satisfação da dívida executada terem restado infrutíferas não exime a Exequente de esgotar os meios tradicionais na busca de bens penhoráveis antes de postular medidas excepcionais”⁶⁷⁴.

A decisão revela-se acertada, contudo, desperta a indagação quanto à amplitude das pesquisas a serem promovidas pelo exequente. Será que é aceitável, atualmente, o credor limitar-se às possibilidades tradicionais de pesquisa? Seria essa atitude suficiente à declaração de ineficácia da tentativa expropriatória, dando lugar às medidas coercitivas atípicas?

Como mencionado linhas atrás, a questão é casuística. No entanto, atualmente, em razão da alta informatização nas relações comerciais e da exposição de pessoas no mundo virtual, as informações sobre um devedor são bem mais acessíveis que em tempos passados. Diante disso, espera-se do credor diligente, por si mesmo ou por seu patrono, investigação em sites da internet ou nas redes sociais acerca da existência de bens do devedor. O credor zeloso também deve perquirir acerca de eventuais créditos que o executado tenha a receber de forma extrajudicial ou judicial, estes nas ações em que é credor, para as quais basta uma consulta simples nos sites dos Tribunais.

Atualmente, as formas de pagamentos pela aquisição de produção e serviços são, quase sempre, virtuais e, nesses casos, o dinheiro deixa rastros e pode ser alcançado. Cite-se como exemplo uma execução na qual o devedor é um restaurante que se encontra em pleno

⁶⁷³ Sobre a pesquisa patrimonial na execução e o uso dos sistemas eletrônicos: GAIO, Antônio Pereira Gaio Júnior; OLIVEIRA, Thaís Miranda de. Processo civil e os modelos de investigação patrimonial na atividade executiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 119-135, 2016.

⁶⁷⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça. *AI - 1704519-5 - Cascavel*, rel. José Hipólito Xavier da Silva – Unânime, 14ª C.Cível. Curitiba, j. 13.12.2017. No mesmo sentido: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 2141932-83.2016.8.26.0000*, relator Des. Fortes Barbosa, 29ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, SP, j. 01/02/2017, p. 4.

funcionamento diário – com pessoas entrando, consumindo e pagando com cartões de crédito e débito. Ainda que a tentativa de penhora eletrônica de ativos em instituições financeiras tenha sido inexitosa, está claro que o restaurante tem faturamento, o qual é passível de penhora. Para tanto, basta verificar com quais operadoras de cartão de crédito⁶⁷⁵ o estabelecimento trabalha para, então, realizar-se a penhora na forma do artigo 866 do CPC/2015.

Por certo, em alguns casos, o devedor ardiloso promove atos fraudulentos para anuviar a pesquisa do credor e frustrar a execução. No exemplo trazido, o restaurante poderia constituir outra pessoa jurídica, sem modificação aparente aos olhos dos clientes, e passar a operar com outro Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), de modo a receber os seus ativos e mantê-los incólumes às tentativas de penhora. Para mitigar essa manobra do devedor, bastaria o pleito de configuração do grupo econômico entre as duas empresas, de modo que a penhora de faturamento recaia sobre o CNPJ que recebe os pagamentos.

Outras condutas fraudulentas do devedor também podem ser elididas com, por exemplo, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica ou a declaração de fraude à execução ou fraude contra credores.

Enfim, são incontáveis as possibilidades de o devedor fraudar a execução. No entanto, hodiernamente, os mecanismos de descoberta desses estratagemas mostram-se mais numerosos e eficazes que em outros tempos. Assim, o exequente não pode se contentar com as tradicionais formas de pesquisa e constrição de bens, devendo, se possível, valer-se de todos os meios (lícitos) que as tecnologias de informatização possam disponibilizar. Deve-se, a toda evidência, evitar que o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 sirva de “bengala” ao credor inerte.

5.3 QUANTO À NECESSIDADE DE REQUERIMENTO DA PARTE PARA O USO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS

A questão a ser enfrentada reside na possibilidade de o juiz aplicar de ofício as medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias aparelhadas por títulos judiciais ou extrajudiciais. A doutrina ainda não firmou consenso e a corrente que defende a

⁶⁷⁵ Essa possibilidade é muito bem defendida em: BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Recuperação de crédito*, p. 333-334.

desnecessidade de requerimento do exequente calca-se em vários argumentos, dos quais serão analisados os quatro mais relevantes.

O primeiro argumento⁶⁷⁶ afirma que o processo, mesmo precisando de iniciativa da parte para seu início, desenvolve-se por impulso oficial, conforme o *caput* do artigo 2º do CPC/2015. A opção legislativa foi excepcionar esse impulso em casos expressamente previstos em lei, na forma da parte final do *caput* do referido dispositivo. Nesses casos, a “atuação de ofício é substituída pela necessidade de manifestação da parte”⁶⁷⁷ e existem vários exemplos dessa situação no Código, também em sede de medidas executivas.

Nas coerções típicas do protesto ou da negativação ou, ainda, na penhora de ativos financeiros via sistema eletrônico, por exemplo, a lei prevê expressamente a imprescindibilidade de requerimento da parte. Por outro lado, o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, não faz referência alguma acerca da necessidade de pedido do exequente, não cabendo, pois, interpretação mais restritiva.

Um segundo fundamento⁶⁷⁸ invoca os poderes-deveres do juiz. É que, na ausência da mencionada referência, deve-se interpretar a aplicação do dispositivo não como faculdade, mas como poder-dever do juiz de utilizar a medida executiva mais adequada à tutela do direito do credor. E essa atuação oficiosa decorreria do próprio *caput* do artigo⁶⁷⁹ e de sua localização topográfica dentro do rol de poderes-deveres do magistrado no CPC/2015.

⁶⁷⁶ 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 147. Em sentido semelhante, Leonardo Greco afirma que “instaurada a execução, dispõe o juiz do poder de determinar de ofício as medidas executórias mais adequadas” (Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 412).

⁶⁷⁷ 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 147.

⁶⁷⁸ ARAÚJO, Luciano Vianna. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 270, n. 42, p.123-138, ago. 2017. p. 133; ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 450-451.

⁶⁷⁹ FERREIRA, Gabriela Macedo. Poder geral de efetivação: em defesa da constitucionalidade da técnica de execução dos direitos do art. 139, IV, do Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 376-377.

O terceiro ponto levantado por abalizada doutrina⁶⁸⁰ tem como ponto de partida uma forte crítica à necessidade de requerimento expresso da parte para o início do cumprimento da sentença, previsto nos artigos 513, §1º, e 523 do CPC/2015. Desprezando a sua força de comando estatal, o Código não vislumbra na sentença exequenda, segundo Sérgio Cruz Arenhart, “nenhum exercício de efetiva autoridade estatal. Vê ali apenas a concretização de uma obrigação (titularizada pelo autor da demanda) e cujo cumprimento se faz apenas se e quando interessar ao credor”⁶⁸¹.

Ainda que discorde dessa posição, o autor entende que – caso a sentença imponha a utilização do meio de expropriação como método mais adequado à satisfação da obrigação – será necessária a iniciativa do credor, por expressa previsão legal. No entanto, se o juiz entender que para o cumprimento da decisão é necessário o uso de medidas diversas, como as coerções atípicas, então não se aplicam as disposições atinentes à expropriação, mas sim a atipicidade ampla do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, a qual prescindiria de requerimento da parte.

O quarto argumento⁶⁸², para além da necessidade de requerimento, enfrenta a questão da adstrição do provimento executivo ao pedido formulado. Nesse entendimento, o juiz não está adstrito à existência ou ao conteúdo do pedido, podendo impor medida executiva mesmo sem requerimento ou em sentido diverso do que fora pleiteado, tratando-se de mitigação à regra dos artigos 141 e 492 do CPC/2015. Para os autores, se assim não fosse, diante de um pedido descabido ou ineficaz ou até mesmo diante da ausência de pedido, o magistrado nada poderia fazer e, logo, “seria letra morta o poder geral de efetivação”⁶⁸³.

Ousando divergir das abalizadas lições doutrinárias antes analisadas, parece mais correto o entendimento de que há, sim, necessidade de requerimento expresso da parte para aplicação das medidas coercitivas atípicas nas obrigações de pagar.

⁶⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 281, p. 141-167, 2018. p. 150, 161.

⁶⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 281, p. 141-167, 2018. p. 150.

⁶⁸² BRAGA, Paula Sarmo et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 250.

⁶⁸³ BRAGA, Paula Sarmo et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 249.

Agora, passa-se à exposição de sete argumentos que justificam esse posicionamento, os quais podem assim ser sistematizados: (a) o caráter subsidiário da atipicidade nas execuções pecuniárias; (b) a coerção atípica consiste em pedido imediato da execução, sendo passível de cumulação superveniente; (c) na execução não se afasta a regra da adstrição do comando judicial ao pedido da parte; (d) a comparação com a regra da atipicidade primária prevista no artigo 536 do CPC/2015; (e) o cotejo com as coerções típicas previstas para as execuções pecuniárias; (f) a presença do dispositivo em estudo com os demais poderes-deveres (oficiosos) do juiz; (g) a execução injusta e a responsabilização do exequente. Por fim, serão analisados alguns julgados que trataram da matéria.

O primeiro argumento consiste na própria subsidiariedade das medidas executivas atípicas. Como apontado, a aplicação das referidas medidas em execuções de obrigações pecuniárias é subsidiária aos meios expropriatórios e, por isso, terão lugar somente após a demonstração da necessidade de sua utilização, a qual nasce a partir da constatação da ineficácia da técnica tipificada. Está-se diante de norma com aplicabilidade residual e, sobretudo, excepcional.⁶⁸⁴

O afastamento do sistema posto em lei como principal, ou seja, o desvirtuamento dos meios típicos, então, requer argumentos, provas e, por óbvio, requerimento do interessado. Assim, diante de uma execução pecuniária cujos meios tipicamente previstos se mostram insuficientes, espera-se do credor argumentação e comprovação da insuficiência, bem como pedido expresso, devidamente fundamentado, para aplicação das coerções atípicas. O ônus argumentativo, probatório e petitório⁶⁸⁵ – para afastar a regra geral da tipicidade e adentrar a excepcional atipicidade – é do exequente.

A doutrina que já se debruçou sobre o assunto das coerções atípicas nas obrigações pecuniárias, em grande parte, defende

⁶⁸⁴ No mesmo sentido: BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia certa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 225; PITTA, F. P. G. Por uma teoria das medidas executivas atípicas – limites para a concessão. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 690.

⁶⁸⁵ Em sentido semelhante já proclamou Cândido Rangel Dinamarco: “A formulação do pedido, assim delineado, constitui ônus do exequente, caracterizando-se como requisito para que o juiz possa desencadear as medidas integrantes da sanção executiva. Em suma: é preciso deduzir a pretensão, como óbvio requisito para que ela possa vir a ser satisfeita *in executivis*.” (*Execução civil*, p. 338).

fortemente a necessidade de relevante fundamentação na decisão do juiz que as aplica. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça⁶⁸⁶, em julgamento colegiado sobre a matéria, ao conceder o *habeas corpus* para o devedor que teve decretada a apreensão do seu passaporte conferiu grande importância à ausência de fundamentação da decisão.

Realmente, a fundamentação na decisão do juiz que declara a insuficiência dos meios expropriatórios (regra geral) e os afasta para aplicar as medidas atípicas (exceção) deve ser robusta, como será analisado na seção 5.9. Ademais, a fundamentação não é faculdade, mas sim dever processual e constitucional do magistrado e, nas situações em tela, avulta a necessidade de pormenorização do seu convencimento.

Não parece crível, entretanto, esperar do magistrado tal conduta e deixar de exigir do exequente que traga ao processo argumentos e provas sobre a alegada insuficiência da expropriação e, sobretudo, pedido expresso para uso da atipicidade coercitiva. Se o juiz, ao deferir a medida atípica, deve fundamentar a sua decisão, o credor, ao requerê-la, também deve assim proceder.

A segunda justificativa para a impossibilidade de concessão de ofício das medidas em tela guarda forte relação com a primeira. Como lembrado pela doutrina, o princípio da iniciativa é “preservado na execução”⁶⁸⁷ pecuniária, conforme preceituam os artigos 513, §1º, e 798 do CPC/2015. A instauração do procedimento executivo depende de iniciativa da parte, mas não só isso. É que o mencionado artigo 798, em conjunto com o artigo 799, traz várias “incumbências” ao exequente para o ato inicial da execução.

Esses dois artigos – aplicáveis, no que couber, também ao cumprimento da sentença, em razão do disposto no *caput* do artigo 513 – imputam ao exequente o ônus de: (a) instruir documentos aos autos (artigo 798, inciso I) ; (b) indicar informações relevantes sobre o executado e seus bens (artigo 798, inciso II, alíneas “b e “c”); (c) requerer a aplicação do meio executório (artigo 798, inciso II, alínea “a”), a concessão de tutela provisória (artigo 799, inciso VIII) e a intimação de terceiros interessados (artigo 799, incisos I a VIII); (d)

⁶⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 97.876 – SP*, relator Min. Luis Felipe Salomão – Unânime, Quarta Turma. Brasília, DF, j. 05.06.2018. DJe 09/08/2018.

⁶⁸⁷ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. t. 1. p. 930. Em sentido idêntico, afirma J. M. Gonçalves Sampaio: “Entendemos, igualmente, que processo executivo, tal como em processo declarativo, vigora o princípio dispositivo segundo o qual a iniciativa e o impulso processual cabem àquele que se arroga titular do direito [...]” (*A ação executiva e a problemática das execuções injustas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 486).

praticar conduta comissiva para afastar a fraude à execução (artigo 799, inciso IX).

Vê-se que o legislador do Código processual civil em vigor imputou ao credor um comportamento bastante ativo para o ato de instauração da execução. Não basta requerer a execução, deve-se municiar o juízo com documentos, informações e pedidos indispensáveis à tutela executiva.

Desse contexto, o que mais importa é a previsão do artigo 798, inciso II, alínea “a”, do CPC/2015, o qual, salienta-se, por estar inserido nas Disposições Gerais (Capítulo I) do Título II do Livro II da Parte Especial do Código, aplica-se a todas as execuções de títulos extrajudiciais e, novamente, em razão do disposto no *caput* do artigo 513, ao cumprimento da sentença.

A imprecisão técnica na redação da alínea⁶⁸⁸ “a” do inciso II do artigo 798 não pode levar a conclusões errôneas: o exequente deve *pedir* – e não “indicar” – o *meio executório* – e não a “espécie de execução” – que deseja fazer uso, ou seja, deve formular pedido expresso para o manejo de determinado meio executório. A “indicação” da “espécie de execução”, em verdade, trata-se de pedido imediato para a “atuação de determinado meio executório”⁶⁸⁹. Talvez, por si só, esse argumento fosse suficiente para arrematar a questão: se a utilização do meio executivo deve ser pleiteada, então não pode ser concedida de ofício, sem que haja o próprio pedido.

Em se tratando de obrigações pecuniárias de verbas não alimentares – além das coerções típicas –, a opção do exequente cinge-se ao meio de expropriação, que consiste em adjudicação, alienação ou apreciação de frutos, rendimentos e bens. É certo que a opção entre essas modalidades de expropriação, em alguns casos, não poderá ser externada na petição de abertura da execução, porquanto o bem a ser

⁶⁸⁸ “Art. 798. Ao propor a execução, incumbe ao exequente: [...] II - indicar: a) a espécie de execução de sua preferência, quando por mais de um modo puder ser realizada; [...]”

⁶⁸⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução* p. 637. Em sentido semelhante, Rui Pinto assevera que: “O pedido deduzido pelo exequente junto do tribunal (cf. artigo 724º nº 1 al. f) tem por objeto imediato a realização coativa da prestação devida. A realização coativa da prestação consiste na realização de atos materiais de ingerência na esfera patrimonial do devedor, destinados a produzir os mesmos efeitos jurídicos e econômicos que adviriam da realização voluntária da prestação.” (*Ação executiva*. Lisboa: AAFDL Editora, 2018. p. 47). No mesmo sentido, afirma J. M. Gonçalves Sampaio: “Já sabemos que o princípio dispositivo rege o processo declarativo, mas é igualmente válido, embora mais limitadamente, para o processo executivo. Por força dele, é ao titular do direito violado incumbe requerer ao tribunal o meio de tutela jurisdicional adequada à reparação do seu direito; [...]” (*Ação executiva e a problemática das execuções injustas* p. 475).

penhorado pode ainda ser desconhecido pelo credor, contudo – ao tempo certo –, a eleição do meio de expropriação (ex.: adjudicação ou leilão) dependerá de iniciativa do exequente.

Dessa assertiva, extrai-se, de forma clara, que, mesmo sendo a expropriação e a coerção típica as únicas técnicas prioritariamente previstas para essas execuções, é ônus do exequente formular pedido imediato (e determinado) de aplicação da técnica expropriativa, cumulada, ou não, com a coação típica.

Ora, se é ônus do exequente pedir expressamente o meio executório típico, também é seu dever pedir a aplicação subsidiária do meio coercitivo atípico no caso de ineficácia do meio típico anteriormente pleiteado. Não faz sentido exigir do exequente manifestação expressa acerca da aplicação do caminho típico de expropriação ou coerção (regra geral), e deixar de exigir dele a mesma iniciativa em relação ao uso da coerção atípica (excepcionalidade).

Nesse ponto, importa frisar que não se trata de modificação do pedido, pois o requerimento de expropriação persiste, até mesmo porque essa alteração demandaria o atendimento dos requisitos do artigo 324 do CPC/2015. Definitivamente não é isso. Com a coerção atípica, objetiva-se que o executado pague ou indique bens suscetíveis de penhora para o posterior uso exitoso da primária técnica expropriativa.

Portanto, a situação alberga-se na cumulação de pedidos, no caso imediatos, para o manejo de meios executórios. Assim, facultam-se ao exequente duas opções: (a) fazer uso da cumulação originária eventual de ações (no caso, de meios), pleiteando na peça de abertura da execução o emprego das coerções atípicas no caso de insucesso dos meios típicos e, isso, frise-se, talvez seja o mais recomendável; ou (b) observada a insuficiência do meio típico inicialmente pleiteado, promover pedido expresso de cumulação superveniente eventual das coações atípicas.⁶⁹⁰

⁶⁹⁰ É sabido que na cumulação eventual o juiz só aprecia o segundo pedido após a rejeição do primeiro, o que não é bem o caso. Então, valer-se da cumulação eventual na hipótese em apreço significa que o juiz não conseguiu, pelas circunstâncias do caso, obter êxito na satisfação da obrigação pecuniária com o emprego do meio executório típico (pedido imediato) pleiteado pelo autor. Assim, abre-se lugar para a formulação de novo pedido (meio atípico), o qual restará cumulado, de forma superveniente, com o originário. Isso pode ser visto, guardadas as devidas peculiaridades, nas execuções de obrigações específicas: diante da impossibilidade de obtenção da tutela *in natura* da obrigação de fazer fungível, por exemplo, requer-se o pedido imediato de meio de transformação, na forma da conversão em perdas e danos. Esse último caso é exemplificado por J. M. Gonçalves Sampaio como cumulação sucessiva viável no direito português (*A ação executiva e a problemática das execuções injustas*, p. 145).

Ademais, não se pode olvidar que, na forma do artigo 797 do CPC/2015, “realiza-se a execução no interesse do exequente” e, se isso vale para o uso dos meios típicos – demandando pedido expresse para sua utilização –, muito mais terá cabimento para os meios atípicos.⁶⁹¹ Na execução, o órgão judiciário se “atrele ao comando do título e à atuação prática do direito do exequente”⁶⁹². Ao juiz não é permitido inovar⁶⁹³ com relação aos pedidos.

O terceiro fundamento para a ideia que ora se defende repousa sobre a adstrição do juízo ao meio executório requerido. A vedação prevista na parte final do artigo 141⁶⁹⁴ do CPC/2015 aplica-se à execução. Como assevera a doutrina, os limites decorrentes dessa vedação “aplicam-se à pretensão a executar: o título executivo delimita a natureza da prestação, quem responde pela dívida e os limites da responsabilidade”⁶⁹⁵.

A natureza da obrigação em estudo (dinheiro) tem como bem da vida *genus* e isso consiste no seu pedido mediato. Ocorre que o sistema executivo prevê, primariamente, para este tipo de pedido mediato (obrigações pecuniárias) apenas dois tipos de pedidos imediatos, a saber, as coerções típicas (multa, protesto e negativação) e a expropriação. Então, deverá o exequente, inicialmente, formular pedido imediato dentro dessas categoriais e o magistrado está adstrito a ambos os pedidos. A doutrina proclama: “Por óbvio, o juiz encontra-se adstrito à

⁶⁹¹ No mesmo sentido: BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia certa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 225.

⁶⁹² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 626.

⁶⁹³ Para Enrique Vescovi: “Solamente se acepta que el Juez innove en cuanto a los fundamentos de Derecho, en los cuales puede substituir los que las partes invocan (iura novit cum).” (*Derecho procesal civil*. Montevideú: Ediciones Idea, 1974. t. I. p. 71). Tradução livre: “Só se aceita que o Juiz inove sobre os fundamentos de Direito, nos quais pode substituir aqueles que as partes invocam (iura novit cum).”

⁶⁹⁴ Ao comentar o artigo 128 do CPC/1973, equivalente ao artigo 141 do CPC/2015, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda asseverava que: “O pronunciamento do juiz, quer dizer, a resolução, nos autos ou na audiência, na sentença ou no despacho que não seja ordinatório. Portanto, em qualquer ato postulacional. Trata-se do princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte. Quando alguma função lhe cabe de ofício, é o Estado que ‘pede’. Fora daí, o Estado é chamado a que o juiz estatal dê a sentença, isto é, entregue a prestação jurisdicional. O art. 128 refere-se aos atos do juiz que não sejam meramente constitutivos do processo. Mediante a postulação das partes, as alegações (afirmações de umas e outras partes e demais figuras do juízo), provas produzidas, etc., desenvolve-se a atividade do juiz, até que chegue ao momento de proferir a sentença. Quanto aos atos processuais postulacionais, o juiz ‘responde’.” (*Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 46-163), 2. ed., t.II, p. 489-490).

⁶⁹⁵ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, v. 2. t. 1. p. 940.

escolha do meio técnico (art. 798, II, a) que representarão pedido imediato, e, por igual, ao pedido mediato.”⁶⁹⁶.

Se o juiz está adstrito ao pedido imediato, consistente no meio executório pleiteado pelo exequente, a cumulação de novo meio executório (pedido imediato) somente será possível mediante requerimento do próprio solicitante. Não há espaço, nesse campo, para as exceções à adstrição previstas no artigo 141 do CPC/2015.

O quarto argumento favorável à necessidade de pedido da parte é de natureza puramente normativa. Como apontado na seção 2.1.4, no atual sistema processual civil a atipicidade é regra apenas nas execuções de títulos judiciais que contenham obrigações de fazer (artigo 536). Nas demais, a lógica consiste na aplicação do meio coercitivo ou subrogatório previsto especificamente e, portanto, a atipicidade é exceção.

Dessa forma, como a atipicidade é regra nessas obrigações de fazer, permite-se ao juiz a aplicação de ofício de medidas catalogadas, ou não, em lei, porquanto se vale de uma regra geral do sistema.

De outra banda, para o uso da atipicidade em todas as demais possibilidades, por configurar exceção, é imprescindível o requerimento da parte. A análise da literalidade dos dispositivos pertinentes confirma isso. O *caput* do artigo 536 dispõe que o uso de medidas atípicas poderá ocorrer “de ofício ou a requerimento”.

Por outro lado, a mesma previsão não é vista nos artigos 538, 523, 814, 806 e 824, todos do CPC/2015. E a motivação é simples: o uso das coerções atípicas, quando regra, propicia a atuação oficiosa do juízo; ao revés, quando exceção, depende de iniciativa da parte.

Ademais, como relatado na seção 2.1.1, durante o processo legislativo do CPC/2015, a versão da Câmara dos Deputados incluiu na redação original do anteprojeto a expressão “de ofício ou a requerimento da parte”. No retorno ao Senado Federal, a expressão restou excluída da versão definitiva e promulgada.

A supressão foi correta e condizente com o sistema processual. Se a atipicidade é regra apenas nas execuções de obrigações de fazer aparelhadas em títulos judiciais, somente nelas é permitido ao juiz proceder à atuação oficiosa. Justamente por isso, está adequada a previsão do *caput* do artigo 536 do CPC/2015 quanto à desnecessidade de pedido do exequente.

Caso tivesse prevalecido a redação da Câmara dos Deputados, por certo, o sistema executivo entraria em contradição normativa, uma vez que seria possível o magistrado aplicar de ofício – como se fosse a

⁶⁹⁶ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, v. 2, t. 1, p. 932.

regra geral – as coerções atípicas em execuções diversas das de obrigações de fazer calcadas em títulos judiciais.

A quinta justificativa a favor da imprescindibilidade de pedido da parte também é de caráter normativo e, igualmente, formula comparação com as demais coerções, no caso as típicas, previstas para as execuções de obrigações de pagar.

Como analisado em vários fragmentos deste trabalho, é indiscutível que o sistema executivo nacional foi forjado sob forte influência da premissa de que as obrigações pecuniárias executavam-se unicamente pela técnica expropriatória. Também já foi estudado que a mitigação desse dogma, ao menos admitindo coerções típicas, iniciou-se com a introdução da multa coercitiva de dez por cento no cumprimento da sentença, pela Lei n. 11.232/2005, e prosseguiu com a previsão expressa no CPC/2015 do protesto da decisão judicial transitada em julgado e da inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes.

Então, atualmente, o sistema prevê três modalidades de coerções típicas para execuções pecuniárias, uma delas de cunho patrimonial (multa) e as outras duas de restrição de direitos (protesto e negativação). Ocorre que, para a aplicação de qualquer uma delas o legislador previu expressamente a necessidade de iniciativa⁶⁹⁷ da parte, o que se depreende dos artigos 523, *caput*, 517, §1º, e 782, §3º, todos do CPC/2015.

É incorreto, por conseguinte, tratar de forma não isonômica – quanto à possibilidade de atuação oficiosa – as coerções típicas e atípicas nas obrigações de pagar. Logo, se o legislador previu de forma contundente a imprescindibilidade de iniciativa da parte para o juiz fazer uso das coerções típicas, com muito mais razão – até mesmo em função da previsibilidade mínima e da segurança jurídica que devem ser conferidas ao devedor – ela é necessária para o emprego das coações atípicas.⁶⁹⁸

O sexto argumento subjaz à presença do inciso IV do artigo 139 no rol de outros poderes-deveres do juiz. Independentemente dos diversos critérios utilizados pela doutrina para a classificação dos

⁶⁹⁷ Em sentido contrário, entendendo que o juiz poderá determinar de ofício essas coerções típicas para as execuções pecuniárias: MEIRELES, Edilton. *Cooperação judicial e poderes do juiz na execução*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 548.

⁶⁹⁸ No mesmo sentido: BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. *Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia certa*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 225-226.

poderes do juiz, tomando em conta o critério da finalidade, pode-se classificar esses poderes em: “[poder] de direção, de decisão e de execução do juiz”⁶⁹⁹. De certa forma, todos os poderes listados nos incisos do artigo 139 do CPC/2015 enquadram-se em uma dessas três categorias.

A exemplo de outros poderes catalogados no rol do citado artigo 139, a utilização de medidas coercitivas e sub-rogatórias, típicas ou atípicas, para a obtenção da tutela do direito violado ou ameaçado é mais que um poder, figurando como dever do juiz.

Em verdade, os poderes-deveres previstos nesse elenco – a maioria – serão exercidos no processo mesmo diante da ausência de pedido das partes⁷⁰⁰, pois não se imagina que para assegurar a igualdade, velar pela duração razoável do processo ou tentar a autocomposição o magistrado esteja vinculado a requerimento dos litigantes. Esses poderes têm por objetivo a direção formal e material⁷⁰¹ do processo.

Analisando esses poderes do magistrado no processo, excluindo neste momento o inciso IV, vê-se que primam pela: (a) garantia de direitos constitucionais (incisos I, II e VI); (b) boa condução do processo (inciso III); (c) possibilidade de autocomposição (inciso V); (d) ratificação da jurisdição em seu viés de poder (inciso VII); (e) escorreita instrução processual (inciso VIII); (f) primazia do julgamento de mérito (inciso IX); e (g) racionalização do tempo e dos recursos do Judiciário na resolução de demandas repetitivas (inciso X).

Diante disso, pode-se dizer que há um traço comum entre os poderes-deveres antes mencionados: eles não conduzem o processo para algo diferente da normalidade ou não previsto em lei, pelo contrário, levam à consecução de finalidades elencadas no próprio Código e na Constituição Federal. Então, de certo modo, a aplicação dos mencionados poderes-deveres tende a produzir algo que é regra geral, desejado e permitido pelo sistema.

Por outro lado, o mesmo não ocorre no inciso IV, uma vez que a aplicação das medidas coercitivas atípicas esbarra na tipicidade primária

⁶⁹⁹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, v. 2, t. 1, p. 898.

⁷⁰⁰ Ressalve-se o inciso VI, situação que, provavelmente, será antecedida de pedido da parte para dilação de prazos ou modificação dos meios de prova.

⁷⁰¹ Comentando o artigo 125 do CPC/1973, equivalente, em certa medida, ao artigo 139 do CPC/2015, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirmava que: “O art. 125 tem de ser interpretado como se dissesse ‘o juiz dirigirá, formal e materialmente, o processo’. Uma das suas finalidades há de ser a de celeridade dos feitos, sem prejuízo da defesa dos interessados, o respeito do princípio de igual tratamento das partes e a prevenção e repressão a qualquer ato contrário à dignidade da justiça.” (*Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 46-163), 2. ed., t. II, p. 489-490).

prevista, como regra, para as execuções pecuniárias. Como sustentado, a coerção atípica, aqui, é subsidiária.

E não se está a afirmar que coagir para o “cumprimento de ordem judicial” em obrigações de pagar não seja comportamento ambicionado pelo sistema, mas o fato é que – especificamente com relação às mencionadas obrigações pecuniárias – esse mesmo sistema previu um caminho, uma rota pré-fixada, que determina, ao menos em um primeiro momento, a utilização dos meios de expropriação ou de coerção típica.

Prontamente, percebe-se que a aplicação do artigo 139, inciso IV, em obrigações dessa natureza, desvia a execução pecuniária do seu tradicional (e típico) caminho para uma trilha alternativa e supletiva. Em razão disso, pode-se afirmar que se trata da aplicação de algo excepcional e não de uma regra geral do sistema.

Em que pese o inciso IV estar no mesmo catálogo dos outros poderes-deveres do juízo, para fins de oficiosidade não é possível equiparar o poder do juiz de aplicar as coerções atípicas em execuções de pagar com os demais poderes previstos no rol do artigo 139. Naquele caso, o exercício do poder conduz a uma excepcionalidade; nestes, às regras gerais do sistema.

Ora, é crível pensar que o juiz, de ofício, deva (poder-dever) assegurar às partes igualdade de tratamento, pois isso, além de ser direito fundamental, é algo normal ao sistema, é a regra e, assim, exige-se do magistrado esta forma de atuação. Ao revés, não se pode exigir do juiz que, mesmo sem requerimento da parte, promova o desvirtuamento do caminho expropriatório típico previsto pela lei. O poder-dever, nesse caso, está na obrigação do magistrado de deferir o pedido do exequente para uso das coerções atípicas, diante da comprovada ineficácia do meio expropriatório. Ao juiz não é permitido negar a coação (excepcionalidade), estando demonstrada a insuficiência do método expropriatório (regra). É neste ponto que reside o poder-dever.

Desse modo, além de enaltecer o direito fundamental à tutela efetiva do credor, respeita-se a tipicidade primária nas execuções pecuniárias. Afora isso, se a ideia é compreender as medidas sob a ótica da topologia do artigo 139, a interpretação deverá analisar o dispositivo na sua íntegra, além de não se desprender do sistema no qual está inserido.

Da leitura do *caput* do artigo em apreço (139), nota-se que, antes mesmo de listar o que incumbe ao juiz, o legislador deixou claro que a direção do processo ocorrerá “conforme as disposições deste Código”. Ao que consta, o CPC/2015 é claro sobre quais são os meios executórios primariamente cabíveis para as execuções pecuniárias. O Código

também é claro quanto à incumbência do credor em, além de requerer a execução, indicar expressamente os meios típicos que deseja.

Em resumo, constata-se que da simples presença⁷⁰² do inciso IV no mesmo rol que prevê outros poderes oficiosos do juiz, não se pode inferir que seja possível a aplicação de ofício de medidas coercitivas atípicas em execuções de obrigações de pagar.

O sétimo e último argumento aponta para a tormentosa possibilidade da execução injusta. Na forma do artigo 776 do CPC/2015, o exequente deverá ressarcir os danos sofridos pelo executado “quando a sentença, transitada em julgado, declarar inexistência, no todo ou em parte, a obrigação que ensejou a execução”. Regra análoga existe, pelo artigo 520, inciso II, no caso de execução fundada em título provisório.

O atual entendimento doutrinário a respeito ruma no sentido de que essa responsabilização prescinde do elemento subjetivo da culpa, configurando a responsabilidade objetiva do exequente. Trata-se de ônus decorrente da derrota, ou do risco ligado à própria atividade processual.⁷⁰³ Igualmente, posicionamento hodierno entende que entre os danos também se encontram os emergentes e os morais.⁷⁰⁴ Defende-

⁷⁰² No mesmo sentido: BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia certa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 225.

⁷⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 771 ao 796. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 12. p. 64; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. arts. 566 a 747. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. VIII. p. 28; MOURA, Mario Aguiar. *O processo de execução segundo o Código de 1973*, v.1. p. 66. Em sentido diverso, abalizada e tradicional doutrina portuguesa confere importância à existência de má-fé na conduta do exequente: “Em conclusão: somos de parecer que a responsabilidade do exequente por perdas e danos, no caso de execução injusta, põe-se e resolve-se nos mesmos termos em que se põe e resolve a responsabilidade processual na ação declarativa. Quando haja fundamento para entender que o exequente procedeu de má fé, é que o executado poderá exigir indenização de perdas e danos, em conformidade com o disposto nos artigos 465º e seguintes.” REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. v. 1. p. 66. Sobre a questão da responsabilidade no direito português, também vale conferir a explicação de J. M. Gonçalves Sampaio: (*A ação executiva e a problemática das execuções injustas*, p. 485-493).

⁷⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 771 ao 796. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 12. p. 64. Em sentido contrário, analisando julgados da época: MOURA, Mario Aguiar. *O processo de execução segundo o Código de 1973*. v.1, p. 68-69.

se, ainda, o ressarcimento decorrente da contratação de advogado pelo executado.⁷⁰⁵

Além de todos os demais ônus suportados pelo exequente que sucumbe, age de forma indevida ou pratica ato de litigância de má-fé – como, reposição dos fatos ao estado anterior, ressarcimento de despesas processuais, pagamento de honorários de sucumbência ou de multas processuais, indenização por averbação premonitória indevida e outros – também lhe poderá ser imputada a indenização prevista nos artigos 776 e 520, inciso II, do CPC/2015.

Ocorrendo as hipóteses dos artigos retrocitados, pouco importa o meio executório que foi manejado contra o executado, a indenização será devida. Os danos sofridos podem decorrer da simples propositura da execução ou da prática de atos constritivos, expropriatórios ou coercitivos.

Mario Aguiar Mouta, em 1975, já advertia que da execução “decorrem restrições graves contra o devedor, pois, na vida dos negócios, fere sua solvabilidade aos olhos de terceiros. São conhecidas as restrições de crédito que oneram os sujeitos passivos de execução”⁷⁰⁶.

A lição parece moderna, tanto que nos dias atuais – para além de eventual dano patrimonial sofrido em execução injusta – a celeuma circunda a seara das restrições de direitos operadas com as coerções típicas de protesto e de negatização (direitos de personalidade) e atípicas (outros direitos). Sobressai, mais que em outras épocas, a possibilidade de danos extrapatrimoniais ou morais serem experimentados pelos executados, mediante a aplicação das coerções em obrigações pecuniárias.

É claro que o exequente – ainda que confiante no seu direito – não está imune ao infortúnio de propor execução que receba sentença declaratória de inexistência, no todo ou em parte, da obrigação posta no título. Justamente por isso, avulta a responsabilidade deste suposto credor com a propositura da execução, seja definitiva ou provisória, e – em especial – com a formulação do pedido (imediate) de meio executório típico.

Ainda assim, se o exequente propôs a execução, pediu a aplicação de meio executivo contra o executado, mas sucumbiu às hipóteses do

⁷⁰⁵ TARTUCE, Fernanda; SILVA, Silvio Pereira da. Execução indevida e responsabilidade. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Execução civil e temas afins* - do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em Homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 372.

⁷⁰⁶ MOURA, Mario Aguiar. *O processo de execução segundo o Código de 1973*, v.1, p.66.

artigo 520, inciso II, ou 776 do CPC/2015, deverá arcar com a reparação dos danos causados. A hipótese é de responsabilidade objetiva, mas, de toda forma, deverá ser analisada – para fins de fixação do montante de reparação – a extensão dos danos sofridos pelo executado.

Por certo, a simples propositura da execução injusta já tem o potencial de causar danos ao executado. Todavia, também é verdadeiro que a aplicação de determinado meio executório, por corolário, tende a potencializar esses danos.

Nesse enleio, indaga-se: e se mesmo diante da ausência de pedido do exequente o juiz resolve valer-se de coerções atípicas e ordenar a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e a apreensão do passaporte do executado em execução que acaba incidindo nas hipóteses do artigo 520, inciso II, ou 776 do CPC/2015? E no caso de comprovação de que essas medidas geraram um agravamento nos danos sofridos pelo executado, o ônus desse incremento na indenização será do exequente?

Não é palatável imputar a alguém que não pediu uma medida o ônus de reparar os danos dela decorrentes. Até mesmo porque, parte-se da premissa – em razão da necessária subsidiariedade – de que na situação exemplificada o exequente, no pedido inaugural da execução, promoveu requerimento de meio expropriatório e não de meio coercitivo atípico.

Nesse caso, poder-se-ia cogitar a responsabilidade do magistrado, na forma do artigo 143 do CPC/2015; no entanto, a hipótese não se enquadra em dolo ou fraude (inciso I), nem em recusa, omissão ou retardamento de providência sem justo motivo (inciso II).

Ocorrendo a situação em apreço, ao que consta, o executado, literalmente, não terá contra quem exercer sua pretensão executiva de ressarcimento no tocante ao incremento na indenização. Por outro lado, prevalecendo o entendimento da necessidade de requerimento – formulado no início da execução ou no seu curso –, ocorrendo o deferimento pelo órgão judiciário, fica evidente a responsabilização exclusiva do exequente.

Por fim, vale analisar, ainda que brevemente, como a questão tem sido enfrentada pela jurisprudência. Em verdade, de forma geral, os julgados acerca do tema não analisam diretamente a necessidade, ou não, de requerimento do exequente para aplicação das medidas coercitivas atípicas.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando recurso em *habeas corpus*⁷⁰⁷, manteve a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do devedor e revogou a determinação para apreensão do seu passaporte. No caso em tela, houve pedido expresso do exequente para aplicação das medidas coercitivas atípicas. Ainda que o acórdão tenha expressamente consignado a existência desse pedido, não teceu maiores comentários acerca de a possibilidade ser oficiosa ou não.

Em acórdão exarado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça⁷⁰⁸, o qual não conheceu *habeas corpus* e, assim, manteve a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do devedor, verifica-se que – apesar de também não ter sido conferida ênfase a esse fato – igualmente houve pedido expresso do exequente.

A Trigésima Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de agravo de instrumento⁷⁰⁹ – no qual revogou as medidas coercitivas concedidas pelo juízo de primeiro grau –, conferiu certo destaque ao fato de a decisão agravada ter sido concedida de ofício, porquanto consigna a existência desse pedido logo nas primeiras linhas da ementa do acórdão. No entanto, da leitura do inteiro teor da decisão, percebe-se que tal fato não foi considerado para fins do convencimento final dos desembargadores.

5.4 A QUESTÃO DO CONTRADITÓRIO PRÉVIO

O princípio do contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal decorre do princípio central do devido processo legal (artigo 5º, inciso LV) e, finalisticamente, da própria noção de Estado de Direito, guardando forte relação com o princípio da igualdade.⁷¹⁰

A propósito, sob o enfoque da dialética, José Souto Maior Borges, proclama: “Depositária do contraditório, a ciência do processo é

⁷⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 97.876 – SP*, relaotr Min. Luis Felipe Salomão – Unânime Quarta Turma. Brasília, DF, j. 05.06.2018.

⁷⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 411.519/SP*, rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma. Brasília, DF, j. 21/09/2017, DJe 03/10/2017.

⁷⁰⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2238159-38.2016.8.26.0000*, relator (a): Kenarik Boujikian; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado, 3ª Vara Cível, Foro de Fernandópolis, j. 03/04/2017, Registro: 03/04/2017.

⁷¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 220-221.

a via aberta para a dialética jurídica. Que é o processo senão o campo de eleição para uma controvérsia de opiniões?”⁷¹¹.

Em outra vertente, também enaltecendo a importância do princípio em tela, Othmar Jauerling indica que o contraditório consiste no “direito de ser ouvido”. Para o autor, trata-se do “princípio processual mais importante e elemento irrenunciável de todo o ordenamento processual de Estado de Direito, é o direito a ser ouvido – isto é – a ser judicialmente ouvido”⁷¹². Em linha semelhante, Crisanto Mandriolli afirma que as partes são legitimadas “a contradizer, a desenvolver – sempre que o quiserem – as suas contestações: *audietur et altera pars* (vulgarmente: ouça-se também o outro sino)”. Para o autor, “este é o núcleo do princípio, que constitui uma das tônicas do processo (não só de cognição, mas também de execução) [...] e portanto uma das principais diretrizes interpretativas de toda a disciplina processual”⁷¹³. O princípio do contraditório, enfim, “faz do processo não um instrumento de opressão de uma parte sobre a outra e tanto menos do órgão jurisdicional sobre uma ou ambas as partes, mas uma disputa civil na qual cada parte possa expor e fazer valer as próprias razões para vencer”⁷¹⁴.

Um importante fundamento do contraditório é a imparcialidade do juiz, que culmina diretamente na garantia de isonomia entre as partes, como lembra Pedro Miranda de Oliveira. Para o autor, o “juiz, face ao seu dever de imparcialidade, coloca-se entre partes, mas de forma equidistante: quando ouve uma, necessariamente deve ouvir a outra”. Assim, prossegue o autor, “o princípio do contraditório pode ser visto,

⁷¹¹ BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial* (uma visão dialética). São Paulo: Malheiros, 1996. p. 251.

⁷¹² JAUERLING, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução de F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 167.

⁷¹³ No original: “[...] a contraddire, di svolgere – sempre che lo vogliono – le loro contestazioni: audietur et altera pars (vulgarmente: si senta anche l’altra campana); questo è il nucleo del principio, che costituisce uno dei cardini del processo (non solo di cognizione, ma anche di esecuzione) [...] e quindi uno dei principali orientamenti interpretativi dell’intera disciplina processuale.” MANDRIOLLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. Torino: Giappichelli, 1981. p. 105.

⁷¹⁴ No original: “Il postulato, insomma, che fa del processo non uno strumento di sopraffazione dell’una parte sull’altra e tanto meno dell’organo giurisdizionale su di una o entrambe le parti, ma una civile contesa nella quale ciascuna parte possa esporre e far valere le proprie ragioni al battere, così influenzando sull’esito del giudizio, sempre che lo voglia.” MANDRIOLLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. Torino: Giappichelli, 1981. p. 103.

também como a perfeita combinação entre o princípio da ampla defesa e o princípio da igualdade das partes”⁷¹⁵.

A amplitude do princípio, por óbvio, alcança o processo penal, administrativo e civil e, em matéria de execução civil, o contraditório ostenta peculiaridades.

É conhecido o entendimento bastante restritivo que Enrico Tullio Liebman conferia à questão, quando afirmava que “na execução não há mais equilíbrio entre as partes, não há contraditório; uma delas foi condenada e sobre este ponto não pode mais, em regra, haver discussão”⁷¹⁶.

Andrea Proto Pisani, igualmente analisando o princípio em destaque na legislação italiana, afirma que no “processo executivo vige o princípio da demanda (art. 99) e do contraditório (v. art. 485), mas as partes se encontram em uma posição de profunda desigualdade em razão do título executivo”⁷¹⁷.

Em sentido semelhante, tradicional doutrina entendia que na execução existia apenas um contraditório eventual, pois “em razão da natureza do título em que se funda, pode perfeitamente funcionar sem litígio. E se litígio aparece com os embargos, é por iniciativa do executado como autor”⁷¹⁸.

Essa concepção deveras restritiva do contraditório, vale registrar, foi superada⁷¹⁹, até porque entrava em conflito direto com a

⁷¹⁵ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 57.

⁷¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 44. Em outra obra, o autor repete o posicionamento: “Todo o ordenamento da execução, subordinando-a a condição tal, obedeceu à suposição de que assista razão ao credor; perante o órgão da execução as partes não se acham (como no processo de cognição) em posição de igualdade: permitir ao órgão executivo tomar em consideração as razões do devedor significaria aquiescer com irremediável indulgência às suas manobras dilatórias.” LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado* (oposições de mérito no processo de execução). Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 208.

⁷¹⁷ No original: ““[...] anche nel processo executivo vige il principio della domanda (art. 99) e del contraddittorio (v. art. 485), ma le parti si trovano in una posizione di profonda disegualianza, stante il titolo executivo. Il processo inizia su istanza del creditore e, almeno di regola, è dominato anche dall’impulso di parte.” PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994. p. 786.

⁷¹⁸ CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII – arts. 566 a 747, p. 383.

⁷¹⁹ Sobre o assunto, abordando as correntes doutrinárias e formulando críticas à interpretação restritiva do princípio na execução: TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, p. 55-95, 1982. p. 56/57.

Constituição Federal⁷²⁰. Atualmente, na execução civil, tal qual no processo de conhecimento, o contraditório deve formar um diálogo participativo entre as partes, enaltecendo a colaboração dentro da comunidade de trabalho que o processo hodierno abarca. Nessa concepção, “não há mais espaço para que se reconheça apenas a existência de um contraditório mitigado ou atenuado na execução civil”⁷²¹, à qual não escapa a necessidade da participação e do debate entre as partes.

Especificamente quanto ao assunto em estudo, percebe-se que a doutrina é uníssona quanto à necessidade de contraditório para aplicação das medidas coercitivas atípicas na execução pecuniária. Então, a questão a ser investigada nesta seção do capítulo alude ao momento em que o contraditório ocorrerá. A dúvida que persiste é se o contraditório deverá ser prévio à aplicação da sanção vinculada à coerção, ou se poderá ser diferido.

Parcela importante da doutrina⁷²² que se debruçou sobre o tema entende que o contraditório pode ser diferido, ou seja, ocorrer em momento posterior à aplicação da medida coercitiva. Os argumentos, em geral, proclamam que a postergação da manifestação do executado sobre a medida não fere o contraditório e que existiria a possibilidade de o executado frustrar a medida caso tivesse conhecimento prévio. Alguns autores afirmam⁷²³, também, que o contraditório prévio somente seria afastado em casos de extrema urgência.

⁷²⁰ LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Casto. Ampla defesa na execução civil. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Execução civil e temas afins* - do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em Homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 575.

⁷²¹ SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. *Contraditório e execução*: estudo sobre a garantia processual do contraditório no cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 41.

⁷²² BRAGA, Paula Sarmo et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 247/248; SCHMITZ, Leonard; ARANHA, Leonardo. Comentários ao Enunciado 12. In: PEIXOTO, Ravi (Coord.). *Enunciados FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Cíveis* -organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 156-166. p. 158; ZANETI JR., Hermes. O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento e a partir do caso concreto. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 879). No mesmo sentido o Enunciado 12 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis.

⁷²³ MINAMI, M. Y. *Da vedação ao non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Tese (Doutorado) – Salvador: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. p. 228; TALAMINI, Eduardo. Medidas

Entretanto, parece mais correto o entendimento que advoga o contraditório prévio. Objetivando justificar esse posicionamento, colacionam-se cinco argumentos, os quais podem ser assim resumidos: (a) consagração dos objetivos da coerção; (b) valorização do contraditório; (c) cotejo com os demais meios de coerção; (d) comparação com o meio executório de expropriação; (e) possibilidade de apresentação de justa causa para o não cumprimento pelo executado.

Ao final desta seção, também será enfrentado o argumento da possibilidade de o contraditório ser diferido no caso de cumprimento dos requisitos da tutela provisória da urgência e serão analisados alguns julgados pertinentes ao assunto.

A primeira justificativa para o contraditório prévio reside no objetivo da coerção. O desígnio de qualquer meio coercitivo, como realçado, não repousa sobre a aplicação da sanção, mas sim sobre a ameaça de piora da situação do seu destinatário. Seu caráter é acessório.⁷²⁴ Espera-se do executado, diante do prenúncio de agravamento na sua esfera pessoal ou patrimonial, que cumpra a determinação. Mais do que nunca, avulta a natureza de *meio* e não de *fim* de qualquer medida coercitiva: o *fim* almejado é o cumprimento da ordem, o *meio* utilizado é a ameaça de piora.

O objetivo das coações atípicas em execuções pecuniárias consiste em coagir o devedor a pagar ou municiar o juízo com informações indispensáveis à eficácia da expropriação; quer dizer, indicar bens passíveis de penhora⁷²⁵, sob pena de restrição de determinados direitos. Se é assim, não parece crível imputar ao executado a dita restrição de direitos antes de propiciar-lhe⁷²⁶ o cumprimento da ordem, seja pagando, seja indicando bens à penhora.

Pode-se afirmar que o contraditório prévio é da essência da coerção na medida em que se almeja o cumprimento da determinação e não a aplicação da sanção. Até mesmo porque “a simples perspectiva de

coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 775-798. p.787).

⁷²⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Medios compulsivos en derecho privado*, p. 15.

⁷²⁵ ARAÚJO, Luciano Vianna. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 270, n. 42, p.123-138, ago. 2017. p. 136

⁷²⁶ No mesmo sentido: LEMOS, Vinicius Silva. A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos* p. 489-490.

acolhimento, por parte do juiz, de uma medida atípica de coerção [...] já é capaz de influir na vontade do devedor de cumprir a obrigação”⁷²⁷.

Assim, sem a prévia comunicação do executado, a coerção propriamente dita resta comprometida. A ordem natural dos fatores é evidente: primeiro se ameaça e, depois – ante o descumprimento –, aplica-se a sanção⁷²⁸. Por isso, postergar o contraditório para momento posterior à aplicação da sanção, por certo, subverte a lógica e os desígnios das medidas coercitivas.

Nesse ponto, importa salientar uma questão de ordem prática. É que, como consequência da ideia de *coagir para cumprir*, a aplicação da sanção vinculada à coerção, de certo modo, comprova a ineficácia do meio para os fins almejados ou revela que o devedor não tem condições de cumprir a obrigação. A aplicação da sanção, nesses casos, pode ser interpretada como a prova real da ineficácia do meio.

Essa ineficácia do meio pode ser bem observada na coerção pessoal em execução de verbas alimentares, pois o que se deseja é o pagamento e não a prisão; no entanto, diante da inércia do devedor ou da rejeição da sua justificativa de impossibilidade de pagamento, a restrição de liberdade deverá ser aplicada. De todo modo, o desígnio da coerção (pagar) não foi atingido e, portanto, a ocorrência de prisão (aplicação da sanção indicada) comprovou a ineficácia deste meio executório.

A mesma sorte assiste, por exemplo, à coerção patrimonial por multa em ordem judicial que determina uma conduta omissiva em cumprimento da sentença. Suponha-se a hipótese de o obrigado, mesmo diante da ameaça de piora na sua situação patrimonial, manter a conduta repelida. O Estado imporá a multa, contudo, a ordem para a prática de ato omissivo não foi obedecida e, assim, o meio não atingiu o fim almejado.

É bem verdade que, em alguns casos, imposta a sanção sobre o destinatário, seja prisão ou multa, exsurge um efeito psicológico tendente ao cumprimento da obrigação: a não perpetuação da sanção. Aquele que fora anteriormente coagido com prisão para o pagamento de alimentos, após suportar os dissabores da aplicação da medida, no intuito de findá-la, promove o adimplemento. No mesmo sentido, o devedor que fora coagido por multa patrimonial – verificando que o

⁷²⁷ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 337.

⁷²⁸ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Medios compulsivos en derecho privado*, p. 14. No mesmo sentido: SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 394-395.

valor acumulado da multa ganha vulto devido aos vários dias de descumprimento –, para pôr fim a tal evolução, acata a ordem de conduta comissiva. Trata-se de efeito reverso, porém inegavelmente eficaz, da coerção: o cumprimento da determinação pelo devedor ocorre não por sentir-se previamente ameaçado pela sanção imposta, mas sim para lhe pôr termo final depois de já aplicada.

Diante disso, poder-se-ia cogitar a aplicação das coações atípicas em obrigações de pagar sem o contraditório prévio, esperando que o devedor – já devidamente sancionado – cumprisse a obrigação para livrar-se dos efeitos da restrição de direitos operada. A ideia, sob a ótica do credor, pode ser tentadora. Entretanto, o mencionado efeito reverso, que, repita-se, pode sim ser eficaz, não autoriza a subversão da ordem natural das coisas na coerção: primeiro ameaça-se com a piora da situação, possibilitando o cumprimento da ordem; somente após a inércia do devedor, aplica-se a sanção.

Afastar o contraditório prévio é, ao fim e ao cabo, impedir que o executado cumpra a obrigação antes de sofrer a sanção e isso, além de ferir seus direitos, mostra-se contraproducente para a satisfação da obrigação.

O segundo argumento decorre da valorização da garantia constitucional do contraditório. Em verdade, o CPC/2015 previu de forma expressa o contraditório substancial, o dever de informação e a vedação a “decisões-surpresa” no processo civil brasileiro. Os artigos 7º, 9º e 10 do CPC/2015 formam uma espécie de base normativa que regulamenta, na seara infraconstitucional, a garantia constitucional do contraditório.

As coerções – inseridas no âmbito do processo judicial – não escapam como regra à necessidade de contraditório prévio, ainda que, por exemplo, sejam manejadas em tutela provisória⁷²⁹. O mesmo vale para a tutela executiva.

O afastamento do contraditório prévio, possibilitando a aplicação da sanção vinculada na coerção, por certo afronta os mencionados artigos porquanto a decisão do juiz que ordena o pagamento ou a conduta colaborativa para a execução que não se enquadra no rol de exceções do artigo 9º. Portanto, não intimar o devedor antes da

⁷²⁹ Peter Murray explica que algumas técnicas de execução indireta, nos Estados Unidos da América, situam-se na tutela provisória e, para seu emprego, é necessária a intimação prévia do réu, consagrando o devido processo legal. (Provisional measures in U.S. Civil Justice. In: STÜRNER, Rolf; KAWANO, Masanori (Ed.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tübingen: Mohr Siebeck Ed., 2011. p. 229).

imposição da sanção consiste em violação aos artigos em comento⁷³⁰ e, de forma mais abrangente, às garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

Nessa linha, é oportuna a lição de Andrea Proto Pisani, para quem o respeito ao princípio do contraditório impõe que o devedor “seja avisado não só da intenção do credor de iniciar a execução forçada contra ele [...], mas também do início do processo de expropriação em sentido estrito”. Então, toda vez que “o juiz da execução determinar uma medida [...], o devedor deve ser previamente ouvido [...]”⁷³¹. Justamente por isso, como lembrado por Crisanto Mandrioli, o princípio do contraditório não tolera exceções.⁷³²

O terceiro argumento coteja a coerção atípica em estudo com algumas das demais coerções previstas no CPC/2015. Como apontado, da redação do artigo 536, *caput* e parágrafo primeiro, extrai-se que a atipicidade de meios executórios consiste, em regra, nas execuções de obrigações de fazer previstas em títulos judiciais. Objetivando a “efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado equivalente”, o juiz poderá valer-se de quaisquer medidas sub-rogatórias ou coercitivas, ainda que não estejam previstas no rol exemplificativo do parágrafo único.

Então, o magistrado pode determinar tanto a “remoção de pessoas” como o “desfazimento de obras” por terceiros – medidas previstas expressamente no referido catálogo –, ou ordenar diretamente, por exemplo, que o oficial de justiça promova o lacre das portas de uma casa noturna que opera sem as devidas licenças, impedindo-a de funcionar. Ocorre que, nenhuma dessas medidas tem cunho coercitivo, mas sim sub-rogatório; logo, não se exige o contraditório prévio. Aliás, a ausência de contraditório prévio é primordial para o êxito de algumas medidas sub-rogatórias. Em execuções dessa natureza, o juiz também

⁷³⁰ No mesmo sentido: ARAÚJO, Luciano Vianna. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 270, n. 42, p.123-138, ago. 2017. p. 136-137; 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 147-148.

⁷³¹ No original: “Il rispetto del principio del contraddittorio impone che il debitore sia avvisato non solo della intenzione del creditore di iniziare l’esecuzione forzata nei suoi confronti [...], ma anche dell’inizio del processo di espropriazione in senso stretto; ogni qual volta, poi, il giudice dell’esecuzione deve emanare un provvedimento [...] il debitore deve essere previamente sentito [...]” PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994. p. 786.

⁷³² MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. Torino: Giappichelli, 1981. p. 105.

pode valer-se de medidas coercitivas, típicas ou atípicas, para compelir o obrigado a cumprir a ordem judicial. Assim, ao invés de ordenar de forma direta o lacre das portas da casa noturna, poderá coagir o executado a cessar suas atividades, sob pena de multa (coerção patrimonial típica) ou sob pena de ordenar que a companhia elétrica local interrompa o fornecimento de energia elétrica (coerção atípica). Optando pelo viés coercitivo, o magistrado deverá promover o contraditório prévio do executado, possibilitando o acatamento da ordem sem a cominação da pena, que é o desígnio final da coerção.

Medida idêntica também se aplica às demais coações em obrigações específicas, estejam elas calcadas em títulos judiciais ou extrajudiciais. Por isso, pode-se concluir que nas medidas coercitivas, típicas ou atípicas, utilizadas para o cumprimento de obrigações específicas, o contraditório prévio é fundamental, porquanto se oportuniza o cumprimento da determinação judicial na forma específica.

No tocante às coerções típicas previstas para execuções pecuniárias de títulos judiciais, a situação em análise não apresenta maiores problemas. Para o emprego da coerção patrimonial consubstanciada na multa de dez por cento, o devedor, antes da aplicação da multa, será intimado para efetuar o pagamento; logo, o contraditório prévio é respeitado. E, para o manejo do protesto – coerção típica prevista no artigo 517 –, é indispensável que já tenha escoado o prazo de quinze dias sem o pagamento voluntário, o que pressupõe o contraditório prévio.

A coerção típica pela inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes, em uma primeira análise, pode gerar dúvidas quanto à necessidade de contraditório prévio. É que o artigo 782, §3º, do CPC/2015 é silente sobre a questão, limitando-se a exigir requerimento do autor. Nada impediria, assim, o magistrado de determinar a negativação antes de citar o executado, afastando o contraditório prévio. Essa suposta problemática deve ser resolvida à luz das demais coerções típicas em obrigações pecuniárias e da própria lógica das coerções.

A praxe forense mostra que, em geral, na decisão que recebe o cumprimento da sentença e intima o devedor para pagamento voluntário no prazo de quinze dias, o magistrado deixa consignado que o inadimplemento no aludido prazo acarretará a aplicação da multa de dez por cento.

A referida conduta evidencia o contraditório e, portanto – mesmo não sendo exigida de forma expressa nos artigos 513, §2º, e 523, *caput*, do CPC/2015 –, mostra-se correta. Essa conduta, então, também deve

ser adotada para a coerção por inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes. Ainda que o artigo 782, § 2º, nada disponha sobre a necessidade de contraditório prévio para a dita negativação, a lógica da coerção para pagamento não pode ser subvertida. Desse modo, na espécie, é indispensável o contraditório prévio.

Para reafirmar, então, a natureza coercitiva dessas medidas típicas, ainda que na multa e no protesto o contraditório prévio ocorra naturalmente, ou que a lei não o disponha de forma expressa na negativação, é necessário informar o executado que essas sanções podem ser aplicadas. E isso não é despciendo, ao contrário, enaltece a coerção.

Portanto, no cumprimento da sentença, a intimação para pagamento voluntário no prazo de quinze dias deverá informar (coagir) que em caso de ausência de pagamento ocorrerá o acréscimo de dez por cento no valor, bem como – a requerimento ou iniciativa do exequente – poderá ser promovido o protesto ou a inscrição nos cadastros de inadimplentes. Na ocasião da citação do executado na execução por quantia certa, igualmente, o mandado ou ofício deverá conter expressamente a possibilidade de negativação do devedor, desde que haja pedido do exequente.^{733_734}

A exigência de informação ao executado sobre a possibilidade da aplicação das sanções típicas, mesmo que estejam previstas expressamente em lei, exalta a natureza coercitiva das medidas, Trata-se de decorrência natural da essência das coações.

Portanto, se tal exigência é cabível nas coerções típicas, assim também deve ser nas medidas coercitivas atípicas por restrição de direitos em execuções de obrigações pecuniárias.

A quarta justificativa para a necessidade de contraditório prévio também promove uma comparação com outras medidas executivas, porém, agora, de natureza expropriativa. É que a maioria dos atos

⁷³³ Em sentido semelhante, Leonardo Greco afirma que as medidas em apreço “devem ser antecedidas da intimação do executado para, em prazo razoável, cumprir a prestação devida ou indicar os meios sub-rogatórios adequados ao seu cumprimento, com a advertência de que a sua omissão poderá ter como consequência a aplicação de determinada ou determinadas coações indiretas, sobre as quais deve ter, salvo comprovada urgência, concreta possibilidade de se pronunciar (art. 9º), para que lhe seja oferecida a ampla oportunidade de questionar a verificação de todos os pressupostos acima indicados, em igualdade de condições com o adversário”. (Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 415).

⁷³⁴ Essa posição foi defendida nas seções 4.1.2 a 4.1.5.

preparatórios do meio de expropriação e da expropriação em si depende de prévia intimação do executado. É uma forma de prestigiar o contraditório.

Na tocante aos atos preparatórios, no caso de penhora, por exemplo, a citação ou intimação deve consignar, de forma prévia, que o não pagamento acarretará de imediato a penhora de bens do devedor, conforme se depreende dos artigos 829, §1º, e 523, §3º, do CPC/2015. A prática de atos constritivos sem a prévia intimação ou citação do executado é exceção e não regra no atual ordenamento. Aliás, essa lógica remonta às Ordenações, conforme se verifica na lição de José Homem Corrêa Telles: “Alguns julgadores consentem que se penhore o réu, sem ao menos se lhe assignarem 24 horas, para pagar, ou nomear penhores: mas é erro, porque o caso da Ord. L. 4, T. 23 § 3, é exceção e não regra.”⁷³⁵.

Em se tratando de substituição de bem penhorado requerida pelo exequente, na forma do artigo 853, o executado será intimado antes de o juiz decidir. No caso de reforço da penhora pleiteado pelo credor, o magistrado deverá ouvir o executado antes de decidir, como preceitua o artigo 874, inciso II. Portanto, antes de ser promovida a constrição de bens ou alguma modificação nessa constrição, o executado deve ser informado ou intimado para se manifestar.

Não se pode olvidar que a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira ocorrerá, na dicção do *caput* do artigo 854, sem a prévia ciência do executado. Razões óbvias justificam a previsão. Contudo, não se trata propriamente de afastamento do contraditório prévio, porquanto fora o executado advertido da possibilidade genérica de penhora na sua citação no procedimento de execução por quantia certa ou na sua intimação na fase de cumprimento da sentença.

Com relação aos atos expropriatórios propriamente ditos, a lógica não se altera. Antes de ser deferida a adjudicação, o executado será ouvido (artigo 876, §1º), o mesmo sucedendo anteriormente à ocorrência da alienação judicial (artigo 889, inciso I).

Portanto, é possível inferir que na preparação e na subsequente consecução da expropriação o contraditório é sempre prévio, uma vez que o executado é informado (via citação ou intimação) dos respectivos atos antes que eles aconteçam ou que se perfectibilizem.

Então, se essa é a lógica no meio executório que conduz a um abalo patrimonial do devedor (expropriação), não poderá ser diferente

⁷³⁵ TELLES, José Homem Côrrea. *Doutrina das acções*. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. p. 53.

no meio executório que o coage atipicamente a pagar ou colaborar com a execução.

O quinto e interessante argumento é apresentado por Marcelo da Rocha Rosado⁷³⁶. Partindo da ideia de eficácia da medida coercitiva, no sentido de atingir os fins colimados, o autor defende que o contraditório seja prévio, pois – ao ser intimado (coagido) acerca da possível aplicação da restrição de direitos – o executado poderá alegar e comprovar justa causa para o não cumprimento da determinação judicial. Essa justa causa encontraria amparo jurídico na interpretação analógica do artigo 528, §1º, do CPC/2015. Assim, o contraditório prévio exerceria uma espécie de controle antecipado da eficácia da coerção atípica, propiciando, igualmente, uma forma de oposição preventiva⁷³⁷ pelo executado à aplicação da sanção vinculada à coerção.

Ainda, convém enfrentar – em arremate – a possibilidade de contraditório diferido no caso de cumprimento dos requisitos da tutela provisória de urgência, defendido por parcela da doutrina⁷³⁸ como possibilidade viável. É certo que nas hipóteses de tutela de urgência, com arrimo no artigo 300, §2º, do CPC/2015, o magistrado poderá conceder a medida judicial sem a oitiva da parte contrária, a qual terá garantido o seu contraditório para momento posterior a citação. Então, nessas situações, está-se diante de contraditório diferido em razão da urgência da medida.

⁷³⁶ ROSADO, Marcelo da Rocha. A eficiência dos meios executivos na tutela processual das obrigações pecuniárias no Código de Processo Civil de 2015. 2018. 382 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Vitória, 2018. p. 311.

⁷³⁷ Até certo ponto, a ideia pode ser enquadrada na lição de Pasquale Castoro, ao explicar a diferença entre impugnação e oposição na execução: “Il concetto di opposizione al processo esecutivo è per tanto più ampio di quello d’impugnazione in senso técnico [...] perché, ‘mentre l’impugnazione tecnica ha carattere repressivo, in quanto suppone il compimento dell’atto, la opposizione può anche operare in via preventiva’, perché mentre l’impugnazione in senso tecnico ha per oggetto il solo provvedimento del giudice contro il quale si dirige, l’opposizione dirigersi contro qualsiasi titolo esecutivo, tanto giurisdizionale che extragiurisdizionale [...] e persino contro gli atti di parte.” Tradução livre: “O conceito de oposição ao processo executivo é portanto mais amplo que o conceito de impugnação em sentido técnico porque, ‘enquanto a impugnação técnica tem caráter repressivo, porque supõe a realização do ato, a oposição pode também operar em via preventiva’, eis que enquanto a impugnação em sentido técnico tem por objeto o provimento do juiz contra o qual se dirige, a oposição volta-se contra qualquer título executivo, tanto judicial quanto extrajudicial [...] mesmo contra os atos das partes.” (*Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 612).

⁷³⁸ Por todos: 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 147-148.

De fato, é possível ao exequente formular pedido de tutela provisória de urgência na execução, conforme dicção do artigo 799, inciso VII, podendo ser antecipatório ou cautelar, incidental ou antecedente (artigo 294, parágrafo único). Ocorre que, à execução que demonstra a existência dos requisitos previstos no artigo 300 e contém tal pedido, será aplicado o regime da tutela provisória de urgência. E, apesar de sabido que a tutela de urgência também se vale de meios executórios (coercitivos ou sub-rogatórios) para sua efetivação, os institutos são diversos.

Portanto, afirmar que as medidas coercitivas atípicas podem ser aplicadas em execução pecuniária com contraditório diferido, desde que presentes os requisitos da tutela provisória, faz com que a questão saia propriamente do campo da execução e adentre a seara da tutela provisória. E a diferença entre os campos é notória, posto que, naquele, travam-se atos objetivando a entrega do bem da vida, a satisfação final e definitiva; neste, almeja-se antecipar os efeitos da tutela do direito ou assegurar a realização do direito.

Então, se é possível o contraditório diferido mediante o preenchimento dos requisitos aplicáveis à tutela de urgência, isso ocorre em razão do artigo 300, §2º, e não devido à atividade executiva em si. Aplica-se o regime da tutela de urgência. Ainda assim, o confronto dessa ideia com situações práticas, em se tratando de medidas coercitivas atípicas na execução pecuniária, talvez a esvazie.

Na seara da tutela de urgência cautelar (artigo 301) em execução, não é necessário o uso de medidas coercitivas atípicas. É que na asseguarção do direito o Estado age, não coage. O órgão judiciário não coage o devedor para possibilitar o arresto, ele arresta (sub-rogação).

Ademais, as medidas previstas no sobredito artigo 301, tanto as listadas quanto as não contempladas no rol (“qualquer outra medida idônea”), objetivam atingir bens do patrimônio do devedor, a fim de garantir a eficácia da futura execução. Trata-se de “segurança para a execução”⁷³⁹. Ora, na análise em apreço, já se está diante de execução, na qual anteriormente foram tentadas de forma não exitosa penhoras justamente sobre bens do executado.

Talvez não faça muito sentido coagir atipicamente o devedor para indicar bens passíveis de *arresto* (tutela provisória), se é possível coagilo para indicar bens passíveis de *penhora* (tutela executiva). E, existindo bens disponíveis para constrição, eventuais medidas coercitivas atípicas

⁷³⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 488.

objetivarão diretamente a penhora e não o arresto. Nesse ponto, está-se diante de tutela puramente executiva e não provisória.

No campo da tutela antecipada em execução o desfecho é o mesmo. Diferentemente da tutela cautelar, a tutela satisfativa no processo executivo objetiva a antecipação de atos executivos, “quebrando a ordem natural dos atos do procedimento”⁷⁴⁰. Em jaez executivo, as medidas satisfativas podem ser vistas, por exemplo, na coerção pessoal na execução de alimentos provisórios⁷⁴¹, na penhora de ativos financeiros antes da citação⁷⁴², na pré-penhora (artigo 830) e na alienação antecipada (artigo 852).⁷⁴³ Todas objetivam, e não poderia ser diferente, a antecipação da realização de um ato executivo e podem ter o contraditório diferido.

Contudo, nessas medidas satisfativas não ocorrerá propriamente a coerção do devedor para a prática de um ato executivo, pois o órgão judiciário irá proceder à antecipação do ato executivo, independentemente da vontade do executado. Não faz sentido, por exemplo, coagir atipicamente o devedor para possibilitar a alienação antecipada do bem passível de penhora (tutela provisória), se é possível promover diretamente a referida alienação (tutela executiva).

Então, o provimento não se fundará no artigo 139, inciso IV, do CPC – pois não se trata de coerção atípica –, mas sim no artigo 300 e demais artigos do Livro II da Parte Especial do Código, que dispõem especificamente sobre a prática antecipada desses atos.

De todo modo, sabe-se que, de fato, em se tratando de tutela de urgência na execução o contraditório poderá ser diferido. Entretanto, como demonstrado antes, a questão escapa ao universo das coerções atípicas, seja na prática de medidas de cunho cautelar, seja nas de índole satisfativa.

Por fim, convém salientar que a maioria dos julgados que circundam a matéria não faz qualquer menção à necessidade, tampouco à importância do contraditório prévio.

⁷⁴⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 488.

⁷⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 3. p. 338-340.

⁷⁴² QUARTIERI, Rita. Comentário ao artigo 655-A. In: ARMELIN, Donaldo et al. (Org.). *Comentários à execução civil: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo)*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 251.

⁷⁴³ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 490.

Excetua-se dessa regra um interessante julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Paraná⁷⁴⁴ que – ao negar a aplicação das medidas coercitivas – se debruçou sobre a questão do contraditório prévio. No caso em apreço, a Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal paranaense deu ênfase ao fato de que, no deferimento das medidas, “o juiz *a quo* não concedeu vistas à parte agravante antes de deferir parcialmente o pedido da parte agravada”. O acórdão, corretamente, invoca “o princípio do contraditório previsto no Novo Código de Processo Civil (inclusive como Norma Fundamental – Livro I, Título Único, Capítulo I)” para anular a decisão de primeiro grau. O julgado também consigna que a decisão agravada incorreu em desrespeito aos “artigos 9º e 10, do Novo Código de Processo Civil, o qual prevê claramente que o magistrado não deve proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

Em sentido semelhante, a Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁷⁴⁵ manifestou-se de forma contrária à aplicação das medidas sem contraditório prévio. Ao julgar agravo de instrumento em fase de cumprimento de sentença – em que o executado não havia sido intimado antes da determinação do cancelamento do seu passaporte – proclamou que para a aplicação das coerções atípicas com base no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, “necessária se fazia a prévia oitiva do executado, o qual experimentaria os efeitos da referida decisão”.

Outro interessante caso foi julgado pela Vigésima Segunda Turma do Tribunal de Justiça de São Paulo⁷⁴⁶. É que o juízo de primeiro grau determinou de ofício a suspensão do direito de dirigir do representante legal da empresa executada sem o contraditório prévio, o qual sequer figurava como parte no processo. Esse representante interpôs o referido recurso contra tal decisão, que foi cassada pelo respectivo órgão colegiado.

⁷⁴⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 1649506-8*, relator Fernando Ferreira de Moraes, 13ª Câmara Cível. Curitiba, j. 17.05.2017.

⁷⁴⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2039127-81.2018.8.26.0000*. relator (a): José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado, 6ª Vara Cível. Foro de Jundiaí, j. 13/06/2018, Registro 13/06/2018.

⁷⁴⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2013595-42.2017.8.26.0000*, relator (a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado, 3ª Vara Cível, Foro de Fernandópolis, j. 23/02/2017, Registro 07/03/2017.

Da análise da íntegra dos autos de caso julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça⁷⁴⁷, verifica-se que o juízo de primeiro grau determinou a aplicação das medidas sem o contraditório prévio. A Corte Superior, ao julgar o recurso em *habeas corpus* que revogou a determinação para apreensão do passaporte do devedor, faz duas menções expressas à ausência de contraditório: “cumpre ressaltar que, no caso dos autos, não foi observado o contraditório no ponto”; a coerção atípica referente à apreensão do passaporte “poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência”.

Ainda que o ministro relator não tenha destacado de forma expressa, pode-se inferir – até mesmo pela análise dos autos – que a menção ao contraditório alude ao contraditório prévio e não ao diferido.

5.5 A CORRELAÇÃO ENTRE A SANÇÃO VINCULADA À COERÇÃO E A NATUREZA DA OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA

O assunto a ser abordado nesta seção formula interconexões entre a coerção atípica a ser utilizada e a origem da obrigação de pagar inadimplida.

Parcela abalizada da doutrina afasta a necessidade de correlação entre a coerção atípica a ser aplicada e a origem do crédito com os seguintes argumentos: (a) essa correlação criaria “odiosa e inconstitucional distinção de tratamento de exequentes a depender da espécie de título executivo no caso concreto”⁷⁴⁸; (b) em outras coerções presentes na legislação processual, como o caso da coerção pessoal do devedor de alimentos, inexistente relação entre a prisão e a obrigação de pagar⁷⁴⁹; (c) com base no viés de adequação, uma medida somente poderá ser considerada inadequada “se sua utilização não contribuir em nada para a realização do objetivo almejado. Disso resulta que o meio adequado não necessariamente é aquele que guarda uma correlação

⁷⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 97.876 – SP*, relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma – Unânime. Brasília, DF, j. 05.06.2018.

⁷⁴⁸ 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 113.

⁷⁴⁹ 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 113

direta com o objetivo”⁷⁵⁰; (d) o juiz estaria livre para a adoção de quaisquer coações atípicas “pois não se trata do pedido, mas, sim, de medidas destinadas ao cumprimento das ordens judiciais”⁷⁵¹.

Por outro lado, há autores que defendem a necessidade de correlação entre a coerção atípica e a origem da obrigação. Araken de Assis – mesmo sendo contrário à aplicação das medidas em apreço em execuções pecuniárias – afirma que no manejo dos meios executivos em geral deverá, sim, existir uma correlação instrumental entre o meio e o bem pretendido.⁷⁵²

Em sentido semelhante, considerando a aplicação das medidas em situações extremamente excepcionais, Leonardo Greco lembra que “a coação indireta tem de guardar relação de instrumentalidade ou de adequação com a prestação devida, que já foi reconhecido pelo STF nos enunciados números 70, 323 e 547 da sua jurisprudência predominante”⁷⁵³.

Existem outros argumentos, igualmente apresentados por respeitável doutrina, apontando no seguinte sentido: (a) existindo “correlação entre a medida e a dívida é, em tese, legítima a imposição da restrição; do contrário, ao menos em tese, é ilegítima a determinação”⁷⁵⁴; (b) sob o prisma da necessidade, afirma-se “haver uma relação simbiótica entre a medida e o fim a que ela se destina, daí porque se fala em ‘necessária’ para alcançar tal objetivo”⁷⁵⁵; (c) a inter-relação entre medida pleiteada e objeto deve ser aplicada a todas as

⁷⁵⁰ ROSADO, Marcelo da Rocha. A eficiência dos meios executivos na tutela processual das obrigações pecuniárias no Código de Processo Civil de 2015, p. 264. Na mesma linha e sob o enfoque da adequação prescindir de relação entre o meio e o fim da medida: MINAMI, M. Y. *Da vedação ao non factibile: uma introdução as medidas executivas atípicas*, p. 53-55.

⁷⁵¹ ARAÚJO, Luciano Vianna. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 270, n. 42, p.123-138, ago. 2017. p. 135.

⁷⁵² ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação os meios executórios “atípicos”. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 127.

⁷⁵³ GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 409.

⁷⁵⁴ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 342.

⁷⁵⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um cafajeste? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 85.

decisões do processo e não apenas à tutela de mérito, porquanto os provimentos judiciais, incluídos os emanados em execuções, são voltados a solucionar o litígio⁷⁵⁶.

Há, ainda, doutrinadores⁷⁵⁷, que apesar de não afirmarem expressamente a necessidade de correlação, ao exemplificarem as medidas, fazem-no de modo correlacionado.

A posição adotada no trabalho rumo no sentido de que, apesar de desejável, a correlação não é obrigatória para a aplicação das medidas em estudo. Assim, corroboram-se os posicionamentos colacionados nesse sentido e explora-se aquele que parece ser o mais relevante: a não exigência de correlação nas demais coerções previstas na legislação processual.

Ato contínuo, ao final da presente seção, serão analisados julgados que abordam a questão da correlação. Antes, contudo, é oportuno lembrar a lição de Francesco Carnelutti⁷⁵⁸ acerca das medidas jurídicas e suas feições de *restituição* e *pena*. Para o autor, as medidas jurídicas são meios adotados para a imposição dos preceitos. Dividem-se em preventivas e repressivas, e somente estas recebem o nome de *sanções*.

O autor, a propósito, ensina que as *sanções* consistem “na designação das consequências que derivam da observância ou da inobservância do preceito”⁷⁵⁹. Essa consequência, leia-se o mal ameaçado para o descumprimento do preceito, “pode consistir ou não no sacrifício ou lesão do interesse mesmo sacrificado ou subordinado pelo preceito”⁷⁶⁰. No primeiro caso (quando o sacrifício do devedor coincide com o preceito), o destino da coerção com a sanção configuraria *restituição* – com eficácia para satisfazer o titular do preceito protegido; no segundo (quando o sacrifício do devedor não coincide com o preceito), seria *pena* – com eficácia “aflitiva” para o titular do interesse

⁷⁵⁶ PITTA, F. P. G. Por uma teoria das medidas executivas atípicas – limites para a concessão. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 693.

⁷⁵⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. As novas tendências da atuação judicial. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 620-621; VITORELLI, Edilson. Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 826-827.

⁷⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 70-75.

⁷⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 72.

⁷⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 72.

sacrificado. Assim, fica claro que na *pena* inexistente relação entre o preceito que deve ser cumprido e a aplicação do mal ameaçado.

Nesse ponto, Francesco Carnelutti assevera que a medida jurídica coercitiva “encontra-se na metade do caminho entre a restituição e a pena”⁷⁶¹. Assemelha-se com a pena porque o interesse do preceito é distinto daquele cujo sacrifício impõe e com a restituição porque o objetivo não é propriamente castigar, mas sim constranger o destinatário a obedecer ao preceito. E concluiu o raciocínio afirmando que as medidas coercitivas, no entanto, afastam-se da pena quando analisadas sob a ótica da sua função, pois “o mal se inflige não apenas porque se desobedeceu ao mandato, mas, além disso, para que seja obedecido”⁷⁶². Por esse viés, a “medida coercitiva tem finalidade satisfacente e não aflitiva”⁷⁶³.

É importante e digna de nota a lição do ilustre autor, para quem as medidas coercitivas estão em uma espécie de posição intermediária entre restituição (existe correlação entre o sacrifício e o preceito) e pena (não existe correlação entre o mal e o preceito). Ainda que em tais medidas prevaleça a feição de restituição, é inafastável o viés de pena e, neste ponto, encontra guarida a desnecessidade de correlação entre a sanção (restrição de direitos) e o objeto da execução (pecúnia).

Além desse claro ensinamento, é relevante, como já anunciado, realizar a análise comparativa, sob a ótica da necessidade de correlação, das medidas coercitivas atípicas em obrigações de pagar com os demais meios executórios e tipos de obrigações previstos no CPC/2015.

Inicia-se com os meios de sub-rogação. No meio executório de expropriação (pecúnia), qualquer que seja a sua modalidade, atos e medidas executivos guardam estrita relação com o objeto da execução. De uma forma mais direta (ex.: penhora de ativos financeiros para posterior levantamento) ou mais indireta (ex.: penhora de imóvel para posterior alienação e recebimento do seu fruto), todos os atos almejam a obtenção de parcela do patrimônio do devedor e, ao fim e ao cabo – com exceção da faculdade de se adjudicar o bem – de pecúnia.

A mesma sorte assiste ao meio de desapossamento, pois todos os atos são direcionados à apreensão do bem objeto da execução (*corpus*) e ao meio de transformação, porquanto a conversão da obrigação principal (*facere*) em perdas e danos leva à aplicação subsequente da

⁷⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 75.

⁷⁶² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 290.

⁷⁶³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 290.

expropriação. Vê-se, com certa facilidade, que os meios estão umbilicalmente ligados ao bem da vida.

No tocante aos meios de coerção, a lógica é um pouco diversa. Na coerção típica de restrição de direitos em obrigações de pagar consubstanciada no protesto e na inscrição do devedor em órgãos de inadimplentes, em que pese o objetivo da execução ser pecúnia, a sanção vinculada à coação impacta nos direitos de personalidade do executado, no viés da honra objetiva. E apesar dessa sanção levar o executado a enfrentar restrições de crédito – que, notadamente, possui relação com pecúnia –, nada tem que ver com a origem da pecúnia objeto da execução.

Na coerção patrimonial típica, consistente na multa de dez por cento no cumprimento da sentença, a relação parece existente, mas a aparência engana. É que o devedor de pecúnia será coagido ao pagamento do valor da dívida, sob pena de haver incremento daquele percentual sobre o montante original. Ameaça-se o executado com o aumento do valor devido.

Ainda que exista certa pertinência porque o objeto da execução é pecúnia e a sanção imposta também é, a aplicação da multa não guarda relação direta com a origem da pecúnia executada. O simples fato de aumentar o valor da dívida originária em razão da cumulação da multa não conduz à conclusão de que a sanção tem relação direta com o objeto, pois tudo recairá, via expropriação, sobre o patrimônio do devedor.

Com relação à coerção típica pessoal, igualmente, inexistente afinidade entre a privação ao direito de liberdade do executado e a originária obrigação de pagar a verba alimentar. Aliás, até certo ponto, a cominação da pena poderá atrapalhar a consecução do pagamento, pois, no cárcere, são mais improváveis as chances de o devedor reunir a quantia devida.

Quanto às coerções, típicas ou atípicas, disponíveis para execuções de obrigações específicas, a questão pode sofrer variações. Em se tratando de aplicação de coerção patrimonial típica de multa por descumprimento (astreinte) em obrigações de fazer ou de não fazer, por certo, a sanção atrelada à coerção (multa) não guarda nenhuma afinidade⁷⁶⁴ com a conduta comissiva ou omissiva que se almeja. Por

⁷⁶⁴ Trata-se da atual concepção das astreintes no processo civil brasileiro, separando a sanção decorrente de multa, perdas e danos advindos do não cumprimento da obrigação específica. Contudo, não se pode ignorar que na versão francesa originária das astreintes existia forte relação com a consequente conversão em perdas e danos e, assim, naquela época, poder-se-ia cogitar a correlação.

outro lado, no caso de uma coerção atípica, a sanção pode (e não deve) ter identidade com a obrigação específica e, nesse caso, estaria presente a mencionada correlação.

Imagine-se uma mesma execução em que podem ser aplicadas duas coerções distintas. Uma construtora está edificando um prédio em desacordo com a legislação urbanística local. Como a liminar foi indeferida durante a fase cognitiva da ação que almeja a paralisação da construção da edificação, as obras mantiveram-se em andamento. Contudo, sobreveio sentença de procedência do pedido de obrigação de não fazer. Iniciado o cumprimento definitivo da sentença poderá o juiz coagir a empresa a paralisar imediatamente as obras: (a) sob pena de multa diária – típica; ou (b) sob pena de determinar que a companhia elétrica local cesse o fornecimento de energia elétrica para o pátio de obras, sem a qual é impraticável a continuidade da construção – atípica. No primeiro caso, a coerção está desvinculada do objeto da execução, no segundo, possui estrita correlação.

Não se despreza, é claro, que a coerção atípica possa não ter afinidade direta com a obrigação, mas, em geral, essas medidas coercitivas atípicas são propositadamente direcionadas para a obtenção do resultado equivalente (não pecuniário) ao cumprimento específico da determinação. E isso, em verdade, é desejável.

Sob o ponto de vista dos meios executórios, conclui-se, então, que: (a) nos meios sub-rogatórios típicos sempre existirá correlação; (b) nas coerções típicas inexistente essa correlação; (c) nas coerções atípicas a afinidade, apesar de importante, não é obrigatória. Já, pela perspectiva das obrigações de pagar, poderá haver relação, como na expropriação; ou não haver essa relação, como nas coerções típicas.

Portanto, nas coerções, típicas ou atípicas – em execuções pecuniárias ou não –, a correlação não é da essência. Isso, até certo ponto, legitimaria a ideia de desnecessidade de ligação entre as medidas coercitivas atípicas e a origem ou natureza (pecúnia) do objeto da execução.

Por outro lado, nas obrigações de pagar o meio executório primário é a expropriação, o qual guarda forte correlação entre o emprego de medidas executivas (atos expropriatórios) e o fim almejado na execução (pecúnia).

Diante do aparente impasse, a questão deve ser resolvida sob a ótica do desígnio das coerções atípicas nesses tipos de obrigações. O objetivo de tais medidas consiste na satisfação da obrigação após a coação, a qual, como se vê, nem sempre guarda relação com o objeto da execução. Sendo exitosa a coerção, essa satisfação ocorrerá com o

pagamento ou estará encaminhada com a indicação de bens passíveis de expropriação, que sempre será correlata à pecúnia almejada.

Então, por se tratar de coerção, não é obrigatório, apesar de preferencialmente⁷⁶⁵ desejável⁷⁶⁶, que a sanção vinculada possua correlação com a obrigação. E diante dessa coação, caso o devedor não pague, mas indique bens à penhora, terá lugar o meio de expropriação cuja correlação é intrínseca. Em um primeiro momento, o meio executivo (coercitivo) não possui a dita relação, mas, em um segundo, o meio executivo subsequente (sub-rogatório) possui.

Deve-se entender que a coação atípica em obrigações pecuniárias é um meio de obter o pagamento ou de propiciar a expropriação. Na primeira hipótese, ainda que não exista correlação, alcançou-se o fim almejado, o que demonstra duas coisas: que a coerção foi exitosa e que o devedor tinha condições de pagar. Na segunda hipótese, a execução retornará ao típico caminho de expropriação, o qual possui correlação instrumental com a obrigação executada. Dessa forma, acomodam-se as duas variáveis.

A desnecessidade de correlação instrumental, é bom lembrar, não se confunde com a importância do direito material posto em causa. Como assevera José Miguel Garcia Medina, a “maior importância do bem jurídico protegido poderá justificar a maior gravidade da medida executiva empregada”⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ Ainda que tenha indeferido o pedido de aplicação das medidas em tela, acórdão da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo consignou que, “preferencialmente, terão alguma relação com o caso concreto”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 2249977-84.2016.8.26.0000*, relator: Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, SP, j. 02.02.2017.

⁷⁶⁶ Talvez, nesse campo, ganhe fôlego a discussão acerca do impedimento do condômino devedor de taxas condominiais fazer uso de determinadas áreas sociais de lazer do condomínio, uma vez que a recente manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria não tinha como objeto o artigo 139, IV, do CPC/2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n. 1.564.030/MG*, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3º Turma. Brasília, DF, j. 09.08.2016. Nesse sentido, por todos: BERALDO, Leonardo de Faria. As medidas executivas atípicas contra o devedor inadimplente. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. geral); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 188-224.

⁷⁶⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileira*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 300. O autor exemplifica a questão: “Há que se ter em vista, ainda, a relevância jurídica do bem tutelado. Pode estar diante, p. ex., de execução por quantia em dinheiro que, mediatamente, destina-se a custear despesas que o credor tem com saúde e educação, ainda que não se trate de execução de alimentos.”.

Na mesma linha, Geraldo Fonseca de Barros Neto afirma que as medidas devem ser “proporcionais à relevância do direito envolvido: quanto mais relevante a natureza do crédito, mais imperiosa é a atuação jurisdicional, mais necessária é a efetividade, e com isso mais agressivas podem ser as medidas de apoio”⁷⁶⁸.

A nota é pertinente, sobretudo na lógica da proporcionalidade em sentido estrito. Para fins de mensuração da restrição de direitos que será vinculada à coerção, a natureza do crédito exequendo e, eventualmente, o destino comprovado que o exequente promoverá com a satisfação de obrigação pecuniária (ex.: demonstração que o dinheiro servirá para custeio de tratamento de grave problema de saúde) devem ser sopesados.

Por fim, neste ponto do estudo, mostra-se necessária uma breve incursão em alguns julgados que enfrentaram a questão. Em regra, os tribunais⁷⁶⁹ têm entendido que pelo fato de não haver correlação entre a medida pleiteada e a obrigação a ser satisfeita, as coerções atípicas não seriam possíveis.

A Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo⁷⁷⁰ julgou agravo de instrumento contra decisão proferida em fase de cumprimento da sentença, no qual uma distribuidora de combustível pleiteava quantia certa contra um posto de gasolina. Ao final, determinou – com base no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 – que a agravada apresentasse “o LMC - Livro de

⁷⁶⁸ BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia certa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 227.

⁷⁶⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 07095995720178070000*, relator Desembargador Flavio Rostirola. Curitiba, j. 13/09/2017. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 22146357520178260000*, relator Desembargador Jovino de Sylos. São Paulo, SP, j. 19/03/2018. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 10024028773794006*, relatora Desembargadora Shirley Fenzi Bertão. Belo Horizonte, j. 06/12/2017. BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Agravo de Instrumento nº 0710588-63.2017.8.07.0000*, relator Desembargador Gilberto Pereira de Oliveira. Brasília, DF, j. 25/10/2017. BAHIA. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 00090776220168050000*, relator Desembargador José Olegário Monção Caldas. Salvador, j. 19/10/2016. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70074562026*, relator Desembargador Voltaire de Lima Moraes. Porto Alegre, j. 22/02/2018.

⁷⁷⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2105730-10.2016.8.26.0000*, relator (a): Teixeira Leite; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Araraquara - 2ª. Vara Cível. São Paulo, SP, j. 27/07/2016, Registro: 27/07/2016.

Movimentação de Combustível para melhor se apurar seus rendimentos”.

A decisão, que também poderia ter sido fundamentada nos artigos 772, inciso III, ou 773 do CPC/2015, apesar de não promover de forma direta restrição de direitos do devedor, tem o nítido condão de possibilitar o êxito na expropriação e, assim, acaba por enaltecer a correlação existente entre a medida e a coerção.

Por outro lado, na maioria das vezes, a ausência de correlação entre a medida coercitiva requerida e a obrigação pleiteada é fundamento determinante para o indeferimento do pleito. A Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁷⁷¹, ao julgar agravo de instrumento que afastou a aplicação das medidas atípicas, assim consignou: “Bloqueio de passaporte e CNH que se mostra irrazoável – Ausente correlação entre a apreensão do documento e a satisfação do débito.”.

Em sentido semelhante, a Décima Segunda Câmara de Direito Privado do mesmo tribunal asseverou que a utilização de meios coercitivos atípicos é “excepcional e deve se conformar aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, restringindo-se aos casos em que as medidas atípicas tenham algum liame com o objeto da prestação”⁷⁷².

A Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná⁷⁷³, julgando agravo de instrumento, manifestou-se pela não aplicação das coerções atípicas, “já que a medida pretendida, nesse particular (suspensão da CNH), não guarda qualquer relação com o fim almejado, qual seja o pagamento de obrigação consubstanciada em nota promissória”. O entendimento dessa Câmara Cível foi o mesmo quando assim decidiu, em outro recurso: “No caso dos autos, não há elementos que permitam afirmar alguma correlação entre as medidas requeridas e a

⁷⁷¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2251519-06.2017.8.26.0000*, relator (a): J. B. Franco de Godoi; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 38ª Vara Cível. São Paulo, SP, j. 02/08/2018, Registro 02/08/2018.

⁷⁷² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2242760-87.2016.8.26.0000*, relator (a): Castro Figliolia; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 2ª. Vara Cível. São Paulo, SP, j. 13/03/2017, Registro 13/03/2017.

⁷⁷³ PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 1675823-7*, relator (a): Francisco Pinto Rabello Filho; Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível. Curitiba, j. 26/07/2017.

finalidade da execução, de maneira a se concluir pela sua efetividade.”⁷⁷⁴.

Igualmente, a Décima Oitava Câmara de Direito Cível do Tribunal de Justiça paranaense⁷⁷⁵ entendeu que a adoção de medida coercitiva de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação dá-se “apenas em casos extremos e desde que tenha correlação com o crédito”. Para fundamentar o posicionamento, apresentou a seguinte hipótese: “Assim, tal medida restritiva poderia ser aplicada, por exemplo, se fosse o caso de multas de trânsito. Entretanto, no caso em análise, o crédito é oriundo de cobrança de dívida pela via monitória (cheques prescritos)”.

5.6 A CUSTOMIZAÇÃO DA COERÇÃO AO DEVEDOR E A IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DESMOTIVADA

Ao enfrentar a problemática da coerção e da sanção, Francesco Carnelutti explica que a ameaça de piora da situação jurídica do devedor deve ser mais forte do que os efeitos do descumprimento perpetrado. Nessa linha, afirma que “o mal derivante da transgressão do preceito tenha de ser mais grave que o que leve consigo a desobediência”⁷⁷⁶. E conclui asseverando que essa intensidade da ameaça consiste em “uma exigência prática de sua eficácia, mais que um requisito lógico da sanção”⁷⁷⁷. Essa “exigência prática” da eficácia da coerção também pode ser chamada de diretriz de eficácia da coerção.

É sabido que os meios coercitivos tendem “a influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve”⁷⁷⁸ e, mais do que isso, constituem “uma forma de pressão ou cominação sobre a vontade do devedor, intimidando-o e ameaçando-o a realizar a prestação que deve”⁷⁷⁹. Na execução, esses meios têm como “essência intimidar ou constranger o devedor para satisfazer a pretensão constante no título”⁷⁸⁰.

Portanto, percebe-se que as medidas coercitivas têm por escopo induzir o devedor a cumprir a obrigação, impondo-lhe uma pressão

⁷⁷⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça. *AI - 1704519-5 - Cascavel*, rel. José Hipólito Xavier da Silva, 14ª Câmara Cível - Unânime, Curitiba, j. 13.12.2017.

⁷⁷⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 1.686.814-5*, relator (a): Espedito Reis do Amaral; Órgão Julgador: 18ª Câmara Cível. Curitiba, j. 07/02/2018.

⁷⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 73.

⁷⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 1, p. 73.

⁷⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 349.

⁷⁷⁹ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 394.

⁷⁸⁰ GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p.181.

negativa, uma ameaça de cominação de alguma situação jurídica ou fática pior do que aquela em que se encontra, ou pior do que manter-se inerte da determinação judicial. Trata-se de “persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações tão onerosas e inconvenientes que em algum momento seja para ele mais vantajoso cumprir do que permanecer no inadimplimento”⁷⁸¹. Esse mal ameaçado, ou situação jurídica de piora, consiste na sanção vinculada à coerção. Em verdade, o poder de coerção “se exercita através de sanções e restrições à liberdade individual, pessoal e patrimonial”⁷⁸².

Apesar de a sanção dirigir-se contra direitos do executado, a atividade anterior de coação – ao formular pressão psicológica – faz com que ele trabalhe no campo da tomada de decisão, uma escolha, entre duas opções: cumprir a obrigação e afastar a sanção, ou manter-se inadimplente e sofrer os efeitos da sanção.

Nesse enleio, caso o devedor escolha o inadimplimento, deverá ser aplicada a sanção previamente indicada que, nesses casos, consiste em restrição de direitos do executado. Então, pode-se afirmar que a ameaça de piora da situação do devedor, em verdade, repousa sobre a restrição de determinados direitos seus.

Ocorre que, as pessoas em geral ostentam diversas características, cada uma possuindo peculiaridades inerentes as suas esferas pessoal e patrimonial, como não poderia ser diferente. Os seres humanos são distintos no tocante aos seus aspectos psicológicos e desejos/necessidades materiais e essa diversidade é mantida mesmo quando assumem a condição de devedor. Todos os devedores não são iguais, mas, ainda assim, a lei previu a mesma forma de pressioná-los psicologicamente nas coerções típicas.

Nessas coerções típicas, a sanção já está pré-determinada na lei, de modo que, em execuções pecuniárias: na multa de dez por cento, direitos patrimoniais serão atingidos; no protesto e na negativação, os direitos de personalidade, no viés da honra objetiva, sofrerão restrições. Logo, apenas essas duas searas da esfera de direitos do devedor serão atingidas⁷⁸³ com a sanção restritiva e, a depender das peculiaridades do executado, a ameaça pode mostrar-se ineficaz, por diversos motivos.

Tome-se o caso de um devedor insolvente: a multa de dez por cento, certamente, não impactará no seu psiquismo de modo eficaz para

⁷⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4. p. 47.

⁷⁸² GRECO, Leonardo. *O processo de execução*, v. 1, p. 181.

⁷⁸³ Nesse ponto, está sendo considerada a sanção de restrição dos direitos de liberdade do devedor em razão da coerção pessoal em execução de alimentos.

compeli-lo ao pagamento. Por outro lado, o executado que já intenciona encerrar a ação judicial que lhe movem, talvez por ser sabedor de que não tem razão e, por isso, está predisposto a pagar, sentir-se-á pressionado com o fato de a dívida poder aumentar em dez por cento. As chances de êxito (adimplemento da obrigação) com a atividade coercitiva, no último caso, são claramente maiores.

O mesmo raciocínio vale, por exemplo, para um devedor que já possua quase uma dezena de protestos e inscrições nos cadastros de inadimplentes. Um gravame a mais em seu nome, talvez, não seja suficientemente intimidador a ponto de levá-lo a adimplir. Ao revés, o executado que possui o nome limpo e está em vias de obter crédito em instituições financeiras, por óbvio, constatará que o protesto ou a negativação lhe infringirão um mal maior se não pagar a dívida; assim, objetivando afastar a potencial sanção, tende a efetuar o pagamento.

A lógica da previsibilidade quanto à sanção que pode ser aplicada, decorrente da ideia de segurança jurídica, está presente nas coerções típicas, mas, de certo modo, não considera o amplo campo de diversidade existente nas esferas pessoal e patrimonial dos diferentes devedores. E isso faz com que a mesma coerção seja eficaz em algumas situações e em outras não. O motivo dessa disparidade, como apontado, não decorre do meio em si, mas do impacto que a ameaça de sanção causará, ou não, na esfera do devedor.

Nas coerções atípicas esse problema pode ser afastado. É que, justamente por ser atípica, inexistente prévia disposição acerca de quais direitos do devedor serão objetos da restrição. Nesse ponto, abre-se campo para o magistrado – obedecendo a determinados limites – ser criativo e determinar que a sanção recaia sobre direitos do devedor que realmente que lhe são caros, aspectos com os quais ele se importe⁷⁸⁴. Até mesmo porque, vale registrar, o objetivo de constranger, compelir e pressionar para o adimplemento⁷⁸⁵ somente será atingido se o devedor,

⁷⁸⁴ Em sentido semelhante, Marcos Youji Minami formula exemplo: “Se sabe-se que determinado devedor viaja constantemente ao exterior a turismo, restringir essas viagens como forma de pressão psicológica para que ele realize um pagamento devido seria uma possibilidade, mesmo que, a princípio, não exista relação entre não viajar e realizar um pagamento.” (*Da vedação ao non factibile: uma introdução as medidas executivas atípicas*, p. 57).

⁷⁸⁵ Em sentido semelhante: “Desse modo, não se pode deferir medidas atípicas variadas sem a noção de qual será o impacto no executado, sem ter a noção, tampouco expectativa de que haja a indução ou a coerção que faça com que este cumpra a responsabilidade patrimonial.” LEMOS, Vinicius Silva. A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/2015. In:

efetivamente, perceber uma flagrante desvantagem em manter-se inadimplente.

Essa personalização da coerção tem substrato na *adequação* da medida, uma vez que, caso a sanção determinada na coerção opere a restrição de direitos do devedor que lhe sejam irrelevantes, esta não será eficaz e, então, mostrar-se-á *inadequada* para os fins colimados. A medida que não acerta os direitos do devedor será ineficaz.

Por certo, a subsunção dessa ideia a alguns casos concretos já enfrentados pelos tribunais pátrios poderá facilitar a compreensão. O devedor que tem Carteira Nacional da Habilitação, mas não dirige regularmente – porque não possui automóvel ou porque utiliza habitualmente outras formas de deslocamento terrestre que não implicam a condução, por ele, de um veículo (ex.: taxi, uber, ônibus, metrô ou caminhada) –, certamente não se sentirá compelido a pagar com a ameaça da cassação de sua licença para dirigir.

Do mesmo modo, o executado que tem fobia de viajar de avião e que, por isso, desenvolveu o costume de viajar a lazer somente pelo território nacional dirigindo o seu carro, será compelido a pagar pela ameaça de cassação da CNH. O mesmo não se pode inferir diante da ameaça de apreensão do seu passaporte.

Igualmente, o devedor que, por estar protestado ou negativado, perdeu seu direito de crédito em instituições financeiras não se sentirá intimidado com a ameaça de cancelamento de seus cartões de crédito, pois – devido aos gravames em seu nome – provavelmente já não os possui.

A nota comum em todos esses exemplos é que a possibilidade de aplicação daquela determinada sanção ao devedor, de fato, não o ameaça. O executado não se sente intimidado por sofrer restrições em questões que não considera importantes. E isso comprova a necessidade de customização da coerção, de modo que seja *adequada* para atingir os objetivos perpetrados na execução. Ou seja, no processo de escolha ou tomada de decisão entre cumprir a determinação ou manter-se inerte, devem ser ponderadas pelo devedor as perdas que lhe serão imputadas e isso só ocorrerá se a restrição de direitos recair sobre algo que lhe pareça, de fato, uma perda. A questão não é simples, mas pode ser analisada, ainda que brevemente, sob a ótica da economia comportamental.

Sob a perspectiva ideal, balizada pela abordagem neoclássica⁷⁸⁶ da economia e pelo modelo da escolha racional, essa escolha seria realizada com base na premissa de que as pessoas buscam maximizar seus ganhos e minimizar seus custos. Ou seja, eventuais aspectos subjetivos, cognitivos e limitativos inerentes à escolha humana não encontram lugar na aplicação do modelo da escolha racional.

A racionalidade, sob o enfoque do modelo da escolha racional, deve ser compreendida como a correspondência ótima entre os fins e os meios⁷⁸⁷. Constantemente, portanto, as pessoas agiriam de acordo com aquilo que maximizaria a utilidade de suas escolhas⁷⁸⁸, o que tornaria possível o estabelecimento de uma linha de conduta previsível para todos os seres humanos dentro de determinado cenário.⁷⁸⁹

Essa forma de abordagem permite, por conseguinte, a generalização do comportamento humano, pois todos os indivíduos seriam detentores de todas as informações necessárias à realização da melhor escolha possível. Basicamente, as pessoas realizariam uma análise de custo-benefício sobre as alternativas propostas.

⁷⁸⁶ Salienta-se que o desenvolvimento da teoria neoclássica da economia ocorreu no final do século XIX e início do século XX, especialmente entre os anos 1870 e 1930. Eleutério Fernando da Silva Prado relata que a abordagem neoclássica em sentido amplo “[...] nasceu em diversos países, sob culturas econômicas algo diferentes, quase ao mesmo tempo – ou seja, na década de 1870. Entre os pioneiros acham-se Hermann Heirich Gossen, na Alemanha; Carl Menger, na Áustria; Léon Walras, na Suíça; Stanley Jevons e Alfred Marshall, na Inglaterra. Todos esses autores centraram sua análise num indivíduo genérico isento de relações sociais, que busca atender ao seu próprio interesse, e que se orienta invariavelmente por suas preferências subjetivas”. (A ortodoxia neoclássica. *Estudos Avançados* 15 (41), 2001, p. 11. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/viewFile/9776/11348>>. Acesso em: 4 fev. 2018). Convém salientar, ainda, que para Richard D. Wolff e Stephen A. Resnick: “The originality of neoclassical theory lies in its notion that innate human nature determines economic outcomes. According to this notion, human beings naturally possess the inherent rational and productive abilities to produce the maximum wealth possible in a society. What they need and have historically sought is a kind of optimal social organization — a set of particular social institutions — that will free and enable this inner human essence to realize its potential, namely the greatest possible well-being of the greatest number. Neoclassical economic theory defines each individual’s well-being in terms of his or her consumption of goods and services: maximum consumption equals maximum well-being.” (*Contending economic theories: neoclassical, keynesian, and marxian*. London: MIT Press, 2012, p. 52).

⁷⁸⁷ TSEBELIS, George. *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. São Paulo: Ed. USP, 1998, p. 33.

⁷⁸⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. IX.

⁷⁸⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

Em vista do modelo da escolha racional, portanto, o executado tomaria a decisão de realizar o pagamento a partir do momento em que verificasse que os custos relativos a esta conduta seriam menores do que os prejuízos sofridos em razão da manutenção do inadimplemento. Ou seja, o executado faria uma análise de custo-benefício entre as opções existentes, isto é, realizar o pagamento da dívida, indicar bens a penhora ou manter-se inadimplente.

Deixando de lado a teoria do modelo da escolha racional, existem aspectos da cognição humana que limitam esse agir puramente calculista do indivíduo. Por exemplo, Amos Tversky e Daniel Kahneman, precursores da chamada *Prospect Theory*⁷⁹⁰, constataram que a tomada de decisão depende do enquadramento (*framing*) da escolha a ser realizada e, ainda, da forma como cada possibilidade é avaliada.

As pessoas, por conseguinte, não fariam apenas uma análise de custo-benefício ao tomarem suas decisões. Além de estarem à mercê de diversos aspectos cognitivos, como os vieses e as heurísticas⁷⁹¹, segundo

⁷⁹⁰ A *prospect theory* compreende duas fases no processo de tomada de escolha: enquadramento ou edição e avaliação (*framing and valuation*). Na primeira etapa, “o tomador de decisão constrói uma representação dos atos, contingências e os resultados relevantes para a decisão”, buscando analisar preliminarmente as perspectivas oferecidas, organizar e reformular as opções para a fase subsequente. Na segunda fase, “as perspectivas editadas são avaliadas e a perspectiva de maior valor é escolhida”. COLIN, Camerer. Individual decision making. In: KAGEL, John H.; ROTH, Alvim E (Ed.). *The handbook of experimental economics*, p. 587-616. New Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 624-625; TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk and Uncertainty*, n. 5, 1992, p. 297-323. Disponível em: <http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2780/tversky_kahneman_advances.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018, p. 299, tradução livre. No texto original: “In the framing phase, the decision maker constructs a representation of the acts, contingencies, and outcomes that are relevant to the decision”. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, mar. 1979, p. 263-291. Disponível em: <<https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-64a0-5b1c-0000-00003b7ec704/10.05-kahneman-tversky-79.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2018, p. 274. No texto original: “the edited prospects are evaluated and the prospect of highest value is chosen”.

⁷⁹¹ Sobre o conceito de heurísticas e vieses cognitivos, Eyal Peer e Eyal Gamliel assentam que “Heuristics are cognitive shortcuts, or rules of thumb, by which people generate judgments and make decisions without having to consider all the relevant information, relying instead on a limited set of cues that aid their decisions making.” (Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, v. 49, issue 2, p. 114-118. Disponível em: <<http://aja.nesc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018, p. 114). Em uma análise evolucionária do termo heurística, apontam Christoph Engel e Gerd Gigerenzer que: “The term *heuristic* is of Greek origin and means ‘serving to find out or discover’. In the title of his Nobel-Prize-winning paper of 1905, Einstein

a *Prospect Theory*, os humanos seriam “guiados pelo impacto emocional imediato de ganhos e perdas, não por perspectivas de longo prazo de riqueza e utilidade global”⁷⁹². Os indivíduos, dizem os autores, tendem a ser avessos à perda, pois, “quando diretamente comparadas ou ponderadas em relação umas às outras, as perdas assomam como maiores do que os ganhos”⁷⁹³.

Daí exsurge, a necessidade de customizar o meio coercitivo à esfera de vida e às peculiaridades do devedor, a fim de que a medida aplicada seja vista pelo executado como passível de lhe causar uma *perda*, a qual deve ser percebida como menos benéfica do que a escolha de permanecer inadimplente.

Aliás, analogicamente, essa customização já é realizada quando o órgão judiciário fixa o valor da astreinte em obrigações específicas. É levada em conta, por exemplo, a capacidade econômica do destinatário da coerção, a fim de verificar se o valor daquela multa periódica realmente será capaz de compeli-lo a cumprir a determinação judicial.

De toda forma, apesar de a personalização ser importante para o atingimento do desígnio das coerções, é difícil a tarefa de promover esta espécie de customização⁷⁹⁴ da coerção, a qual visa moldar a sanção às

used the term *heuristic* to indicate an idea that he considered incomplete, due to the limits of his knowledge, but useful. For the Stanford mathematician Polya (1954), heuristic thinking was as indispensable as analytical thinking for problems that cannot be solved by the calculus or probability theory – for instance, how to find a mathematical proof. The advent of computer programming gave heuristics a new prominence. It became clear that most problems of importance are computationally intractable; that is, we do not know the optimal (best) solution, nor do we know a method for how to find it. The Gestalt psychology of the first half of the twentieth century used the term *heuristic* in the original Greek meaning to describe exploratory behavior, such as looking around and searching for information. Herbert A. Simon and Allen Newell conceptualized and partly formalized this approach in terms of search heuristics that find a reasonable solution in a huge search space, such as in chess. Heuristics were introduced in chess and artificial intelligence to make computers as smart as humans. In the analysis of experimental games, a simple heuristic called *Tit-for-Tat* won two computer tournaments against sophisticated competitors (Axelrod 1984). In the 1970s, however, the term *heuristic* became negatively tainted in other fields. Heuristics were introduced to explain why humans are not smart, and the term *heuristic and biases* came into use (Tversky and Kahneman 1974). Economists and lawyers were first exposed to the later, rather than to the heuristics of artificial intelligence or of the adaptive decision maker (Payne et al. 1993).” (*Heuristics and the law*. Cambridge: The MIT Press, 2006, p. 2).

⁷⁹² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 357.

⁷⁹³ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 351.

⁷⁹⁴ Ideia semelhante é trazida por Hermes Zaneti Júnior como premissa a ser adotada pelo processo civil: “A recodificação do processo civil inclui a premissa de que o processo hoje deixa de ser pensado como *ready-to-wear* ou *one size fits all* para o *made-to-*

peculiaridades do devedor. Essa dificuldade reside basicamente em dois pontos. O primeiro, e já conhecido, consiste nos limites do magistrado na aplicação da coerção, porquanto deve ser respeitado o núcleo essencial de direitos fundamentais do executado. Assim, por mais criativo que o juiz seja em coagir o devedor, ele não poderá ferir determinadas garantias previstas na Constituição Federal.

A busca de adequação da medida coercitiva, é claro, não poderá extrapolar certos limites. Nesse sentido, se o executado alega e comprova que faz uso profissional⁷⁹⁵ de sua CNH (ex.: motorista de taxi ou uber), utiliza o carro para realizar constante tratamento de saúde⁷⁹⁶, ou, ainda, realiza viagens internacionais a trabalho, usando o seu passaporte, o uso das medidas – por mais que, de fato, sejam eficazes para coagir o devedor – ultrapassa o limite da razoabilidade e, portanto, deve ser afastada. Frise-se a importância, nesses casos, do ônus da prova, que recai sobre o devedor.

Apesar disso, em recente julgado, a Décima Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁷⁹⁷ manteve decisão de primeiro grau que determinou a suspensão da CNH do devedor, mesmo existindo nos autos comprovação de que o “executado sofre de lesão severa e crônica do nervo ciático à esquerda. A perna e o pé esquerdos seriam afetados por esse problema”. O fundamento do acórdão foi no sentido de que, mesmo havendo comprovação desse diagnóstico, o executado não comprovou que dirige ou que o uso do veículo auxilia na sua locomoção. Interessante salientar que esse caso

measure, mas também para as demandas de massa – exigentes de soluções padronizadas, mas bem pensadas, no estilo *prêt-à-porter*, mas inspiradas nos ideais da *haute-couture*, como já ocorre nas grandes cadeias comerciais que se inspiram nas soluções de alta-costura para melhor atender ao cliente do dia a dia. Dai falar-se em *design* de litígio.” (Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 824 ao 925, p. 102).

⁷⁹⁵ Existem casos em que o executado logrou êxito em comprovar que exerce atividade de motorista profissional e, também com base nisso, a medida de suspensão da CNH não foi concedida: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2238159-38.2016.8.26.0000*, Relator (a): Kenarik Boujikian; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Fernandópolis - 3ª Vara Cível. São Paulo, SP, j. 03/04/2017; r. 03/04/2017.

⁷⁹⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 4015122-49.2017.8.24.0000*, de Xaxim, rel. Des. Luiz Felipe Schuch, Câmara Especial Regional de Chapecó, Florianópolis, j. 04-12-2017.

⁷⁹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2116063-84.2017.8.26.0000*, relator (a): Melo Colombi; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Bernardes - Vara Única, j. 01/08/2017, r. 01/08/2017

ascendeu à Corte Superior⁷⁹⁸, por meio de *habeas corpus*, o qual não foi conhecido e, assim, manteve-se a suspensão da habilitação do executado.

O segundo ponto consubstancia-se no fato de que o magistrado, em regra, não tem ciência – e também não possui obrigação de tê-la – das peculiaridades do executado quanto a seu patrimônio, gostos, hábitos e tudo mais que lhe é caro ou importante. O órgão judiciário, assim, não tem condições de antever quais são os direitos do devedor que, se ameaçados de restrição, o levarão ao adimplemento da obrigação.

A consequência natural é que o ônus de ter esse conhecimento recaia sobre o credor, o que atenua o problema, mas não o resolve. O exequente até pode pesquisar, de todas as formas possíveis, sobretudo em redes sociais, quais são as características da pessoa do devedor, a fim de municiar o juízo com informações úteis para a customização da coerção. No entanto, essa tarefa também não será simples. É que o executado recalcitrante, muitas vezes habituado a ser devedor, talvez já tenha desenvolvido artimanhas e estratégias que dificultem essa operação. Quanto menor for o nível de exposição da vida do devedor, menores serão as chances de o credor obter alguma informação relevante.

Ainda assim, o que não pode acontecer, na prática, é o uso generalizado de presunções. Diante da ausência de informações mais concretas, o requerente presume que a ameaça de cassação da CNH, de apreensão do passaporte ou ainda de cancelamento dos cartões de crédito causará, de fato, um efeito psicológico tal no devedor que ele tenderá a pagar ou a indicar bens passíveis de penhora e, então, formula esse requerimento na execução. O magistrado, diante do mencionado pleito, ainda que desprovido de qualquer indício de que a coerção surtirá efeitos, também assim presume e defere a medida.

Parte-se de um senso comum de que todas as pessoas se sentiriam ameaçadas com tais sanções. Ou, talvez, exequente e juiz, ao assim presumirem, projetem no executado os seus próprios temores. Deixa-se de avaliar, assim, a eficácia prática da coerção. Aliás, esse foi um dos fundamentos determinantes para a Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitar a aplicação das medidas, asseverando que “as medidas pretendidas são desprovidas de efeito

⁷⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 411.519/SP*, rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma. Brasília, DF, j. 21/09/2017, DJe 03/10/2017.

prático. Vale dizer, eventual adoção não implicaria na certeza de que daria efetividade à satisfação do crédito⁷⁹⁹.

O uso dessas presunções não demonstra a *adequação* da medida. O órgão judiciário, deparando-se com tal pleito desmotivado, deve intimar o exequente para expor as razões pelas quais entende que a medida pleiteada terá o condão de realmente pressionar o devedor. Assim como é ônus do credor requerer a aplicação da coerção atípica, também é sua incumbência demonstrar ao juízo que a coerção requerida possui, *in concreto* e não *in abstracto*, condições de efetivamente compelir o devedor a pagar ou a indicar meios para a expropriação.

Por isso, na medida do possível, o exequente deverá trazer provas, indícios ou indicativos⁸⁰⁰ de que a seara de direitos do executado que sofrerá restrição, por meio da coação, de fato lhe é cara ou importante. Nesse sentido, correta foi a decisão da Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo⁸⁰¹.

Não se nega que essa tarefa é tormentosa e, em alguns casos, impraticável. E a celeuma agrava-se porque, quanto a essa diretriz, a inversão do ônus da prova, na forma do artigo 373, §2º, do CPC/2015, encontrará obstáculos. É que não se imagina que o devedor comparecerá aos autos para informar ao juízo quais direitos seus que o conduzirão,

⁷⁹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2242553-88.2016.8.26.0000*, relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 39ª Vara Cível. São Paulo, SP, j. 22/02/2017, r. 15/03/2017. No mesmo sentido, a Décima Segunda Câmara de Direito Privado do referido Tribunal entendeu que as medidas devem se mostrar “úteis e com efetivo potencial de atingir ao fim pretendido” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2242760-87.2016.8.26.0000*; Relator (a): Castro Figliolia; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 2ª. Vara Cível, j. 13/03/2017, r. 13/03/2017.

⁸⁰⁰ Assim entendeu a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Na hipótese, inexistente qualquer indicativo de que a apreensão de documentos ou o cancelamento de cartões de créditos contribuirão para o êxito do processo executivo.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70072211451*, relatora Des. Cláudia Maria Hardt, 16ª Câmara Cível. Porto Alegre, DJ 23-3-2017.

⁸⁰¹ Extrai-se do inteiro teor do acórdão: “Aliás, é intuitivo concluir que a apreensão de passaporte e CNH só seria eficaz para constranger o devedor a pagar o débito se tais documentos forem realmente relevantes no seu cotidiano. À mingua de provas ou indícios que confirmem a alegação de que o devedor mantém conta bancária em paraíso fiscal no exterior para evitar constrição judicial, de que realiza viagens internacionais, ou mesmo de que possui veículo automotor que, se existisse, poderia ser objeto de penhora, não é possível antever qualquer utilidade nas medidas em questão.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2226408-54.2016.8.26.0000*, relator (a): Gomes Varjão; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 42ª Vara Cível. São Paulo, SP, j. 06/02/2017, r. 06/02/2017.

caso ameaçados de restrição, ao adimplemento da obrigação ou à indicação de bens à penhora.

Todavia, é dever do exequente tentar. Para tanto, relatos escritos ou fotográficos do devedor publicados em redes sociais ou disponíveis na internet são válidos e servem como indícios. Na ausência disso, o credor deve permanecer a diligenciar e, se necessário for, pleitear o auxílio do juízo nessa busca. Assim, poderão ser solicitadas, pelo órgão jurisdicional, informações, por exemplo, à Polícia Federal acerca de quantas vezes o devedor viajou ao exterior fazendo uso do passaporte nos últimos anos; ao Departamento de Trânsito Estadual e Federal para verificar se o devedor, ainda que não possua veículos registrados em seu nome, recebeu multas recentemente; aos bancos para verificar se, mesmo não tendo logrado êxito na penhora de ativos, o devedor ainda faz uso de cartões de crédito. Tudo isso com arrimo nos artigos 772, inciso II, e 783 do CPC/2015.

Somente com a análise do resultado dessas diligências, sejam elas promovidas diretamente pelo credor ou pleiteadas por ele ao juízo, é que será possível verificar a pertinência da coerção e a sua customização ao executado, de modo a realmente torná-la *adequada*. Do contrário, além de potencialmente *inadequada*, a medida acabará por gerar o uso do aparato judiciário à toa, bem como restringirá direitos do devedor despropositadamente.

Não se pode conceber que o órgão judiciário promova uma sequência de coerções, acompanhadas das respectivas sanções, para tentar “adivinhar” – em uma espécie de jogo de tentativa e erro – qual a restrição de direitos que efetivamente compelirá o executado ao adimplemento da obrigação. Isso é contraproducente para a própria execução, desvirtua a função executiva da jurisdição, tende a ser desproporcional ao executado⁸⁰² e ainda confere natureza punitiva às medidas.⁸⁰³

⁸⁰² Em sentido semelhante Rafael de Oliveira Lima afirma que: “Além disso, lançar mão das medidas atípicas como as mencionadas acima (apreensão de passaporte, suspensão do direito de dirigir, etc.) necessita de que se constate que tais medidas de algum modo podem de fato contribuir para a obtenção da tutela pretendida de forma efetiva, tempestiva e adequada, sob pena de se submeter, sem qualquer utilidade, o executado a situação que fira o princípio da menor onerosidade possível (previsto no art. 805).” (A atipicidade dos meios executivos no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 261–282, jul./dez. 2016. e-ISSN: 2525-9814. p. 276).

⁸⁰³ No mesmo sentido: 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 121.

É claro que a eficácia da coerção somente será constatada *a posteriori* na ameaça ou na própria aplicação da sanção, contudo, o controle de sua *adequação*⁸⁰⁴ para os fins almejados – decorrente da tentativa de customização ora proposta – deverá ocorrer em momento precedente. E isso não significa dizer que após a utilização de uma medida coercitiva atípica ela não possa ser substituída por outra; pelo contrário, a coerção necessariamente é transitória e deixará de existir por dois motivos⁸⁰⁵: (a) pela sua eficácia, devido ao pagamento ou indicação de bens suficientes à penhora pelo devedor; (b) pela sua ineficácia, em razão da inércia do devedor após certo tempo de aplicação da sanção. Na primeira hipótese, ocorrerá a reconsideração da decisão que determinou a coerção e, após a oitiva do exequente, a execução poderá ser extinta pelo pagamento ou avançará para a fase de expropriação (no caso de indicação de bens passíveis de penhora). Na segunda, diante da comprovada ineficácia da medida – que poderá ser constatada pela manutenção da inércia do devedor, após determinado lapso temporal de aplicação da sanção. –, o magistrado revogará a decisão, intimando o exequente para, se for o caso, requerer a aplicação de outra medida coercitiva, desde que, novamente, municie o juízo com informações e indícios necessários a uma nova customização da coerção.

Em conclusão, pode-se afirmar que a origem do crédito (dinheiro) objeto da execução não precisa guardar correlação com o meio coercitivo – como analisado na seção anterior. O que deve ser correlata à sanção existente na coerção é a seara de direitos do executado com os quais ele efetivamente se importe, para que se sinta compelido com a ameaça de piora da sua situação e, por conseguinte, pague ou possibilite a expropriação. Desse modo, a medida mostra-se *adequada* e tende a ser eficaz.

⁸⁰⁴ Em sentido semelhante, mas valorizando a *necessidade* da medida: “Já a análise da necessidade reside em uma limitação à atividade judicial e funciona como uma espécie de controle da adequação, de modo que a medida a ser utilizada respeite a menor onerosidade (art. 805 do NCPC), ou seja, deve-se impor o menor sacrifício ao devedor.” ABREU, V. C. G.; CARREIRA, G. S. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. In. DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 251.

⁸⁰⁵ No mesmo sentido, contudo, entendendo que poderá ocorrer de ofício: “xiv) é possível a alteração da medida executiva que se mostrou ineficaz ou que já não é mais necessária, a requerimento da parte ou de ofício”. BRAGA, Paula Sarmo et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 253.

É certo que as medidas coercitivas que foram majoritariamente enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência consistem na suspensão da CNH, na apreensão de passaporte e no cancelamento dos cartões de créditos do devedor, como constatado em dezenas de julgados analisados na elaboração deste estudo. Mas, como o campo de aplicação das referidas medidas é bastante amplo, desde que respeitados os limites ora enfrentados, por certo surgirão novas coerções atípicas – sobretudo em decorrência da criatividade dos advogados.

Nesse contexto, a ideia aqui defendida terá maior assento. Tome-se como exemplo um devedor que faz uso, bastante ativo, para exclusivo lazer, de postagens de fotos, informações e opiniões pessoais nas redes sociais. Esse fato denota o quanto lhe é caro e importante ter acesso a essas mídias. Diante de um caso concreto que cumpra os requisitos ora analisados, nada impede de o juiz – como meio coercitivo apto a pressionar esse devedor – coagi-lo ao pagamento ou ao fornecimento de informações sobre seus bens, sob pena de determinar que as empresas controladoras dessas plataformas sociais cancelem suas respectivas contas, até o cumprimento da determinação. Talvez essa medida possa ser mais efetiva do que a apreensão do passaporte, quando, por exemplo, não existem indícios de que esse devedor realiza habituais viagens ao exterior. Ademais, ainda nesse exemplo, pode-se acrescentar o fato de que o débito cobrado em tal execução advenha de reparação por danos morais de exequente que foi difamado pelo executado, justamente em postagens em redes sociais. A esse contexto, alia-se, também – apesar de não ser obrigatório, como visto –, a correlação da medida com a origem do débito.

Por fim, é necessário abordar ainda a questão da cumulação de medidas atípicas, o que, em verdade, trata-se de cumulação de sanções em diferentes direitos do devedor. Como dito, em regra, a suspensão da CNH, a apreensão de passaporte e o cancelamento dos cartões de créditos do devedor são medidas determinadas em conjunto e de forma cumulada.

Para alguns autores, a cumulação é possível, desde que seja promovida uma espécie de escalonamento entre as medidas. Assim, o órgão judiciário poderia determinar a suspensão da CNH do executado e, no “caso de ineficácia da medida, após um mês do início de sua aplicação já determinar que também seu passaporte será retido, e que se passado mais um mês sem o cumprimento da decisão, seus cartões de

crédito serão suspensos, e assim por diante”⁸⁰⁶ No entanto, a depender das circunstâncias do caso, restaria dispensado o escalonamento para fins de atingimento da eficácia da execução.

Há autores, porém, que afirmam que essa cumulação de sanções fere o princípio da proporcionalidade⁸⁰⁷ e que, portanto, deveria ser evitada⁸⁰⁸.

A solução parece estar na percepção do alcance dos fins da coerção, que decorre da sua antecedente customização. Ainda que seja interessante o proposto escalonamento – existindo nos autos ao menos indícios de que duas ou três sanções de restrição de direitos sejam capazes de realmente pressionar o executado –, nada impede que ocorra essa cumulação.

Nesse ponto, o vetor dominante consiste na eficácia da medida para o desígnio de pressionar o executado⁸⁰⁹, e isso pode acontecer em caráter singular (uma só sanção) ou em conjunto (duas ou mais sanções).

5.7 A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS ACERCA DA OCULTAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS NA ESFERA PATRIMONIAL DO DEVEDOR

Cotejando a ideia de execução impossível nas execuções em forma específica com a execução de pecúnia, Enrico Tullio Liebman afirma que esta última “não encontra os obstáculos que podem tornar impossível o emprego dos outros meios executivos: ela é sempre possível”⁸¹⁰. Contudo, prossegue o autor ressaltando que as execuções

⁸⁰⁶ 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 144.

⁸⁰⁷ RODOVALHO, Thiago O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência da concretização do NCPC, art. 139, inc. IV (atipicidade dos meios executivos). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p.729.

⁸⁰⁸ ROQUE, Andre Vasconcelos. Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV, do CPC2015? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 741-742.

⁸⁰⁹ Em sentido semelhante já entendeu o Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 830.417/RS*, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Brasília, DF, j. 14/09/2010.

⁸¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 38.

pecuniárias também encontram limites, “que são traçados pela consistência econômica do patrimônio do devedor”⁸¹¹.

Então, enquanto existirem bens penhoráveis na esfera patrimonial do executado, a execução por quantia certa é possível. Assim, a existência desses bens passa a ser um fator de eficácia da execução por expropriação.

A doutrina, em sua maioria, comunga do mesmo entendimento no tocante à imprescindibilidade de indícios de que o devedor possui liquidez ou patrimônio para ensejar a aplicação da coerção atípica.

Na interpretação de Daniel Amorim Assumpção Neves, caso o órgão judiciário “se convença de que o devedor não paga porque não tem como pagar, em razão de ausência de patrimônio que possa ser utilizado em tal pagamento, a medida executiva coercitiva não deve ser aplicada”⁸¹², porquanto, desse modo, configuraria uma sanção civil. O autor entende que “a existência no processo de indícios de que o cumprimento da obrigação é possível, sendo a inadimplência uma opção consciente e programada do executado”⁸¹³, consiste em um dos requisitos para a aplicação das coerções atípicas em execuções pecuniárias.

Para Leonardo Greco, existe uma “impossibilidade material ou jurídica que impede o emprego de coações indiretas, se o devedor não tem bens que possam responder pela dívida”⁸¹⁴. Por outro lado, segundo o autor “se existem indícios de ocultação de bens, em que temporariamente tais coações podem ser impostas, na expectativa de que induzam o devedor a revelar a sua existência e localização”⁸¹⁵ as medidas coercitivas atípicas são possíveis. Afirma-se, ainda, com apoio em outras doutrinas, que as medidas coercitivas somente são cabíveis

⁸¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 38.

⁸¹² 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 123.

⁸¹³ 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 130.

⁸¹⁴ GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. geral); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Orgs.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 414.

⁸¹⁵ GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. geral); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 414.

“quando o inadimplemento é voluntário e inescusável”⁸¹⁶, ou seja, quando “o executado pode pagar, mas se recusa abusivamente a fazê-lo”⁸¹⁷. Também se consigna que a aplicação dessas medidas deve ser precedida da “existência de indícios de ocultação ou blindagem patrimonial”⁸¹⁸.

Diante dessas e de outras manifestações acerca do tema, nota-se que a questão se resume a dois pontos: (a) a pretensa possibilidade de o devedor poder adimplir porquanto possua bens ou liquidez; (b) o comportamento desse devedor na execução e fora dela.

A propósito, sobre esses dois pontos apresentados, algumas considerações devem ser traçadas.

A execução por expropriação, como é sabido, possui verdadeiros gargalos que obstaculizam a satisfação do crédito, os quais estão ligados, sim, a questões processuais, mas jamais se desprenderam de questões sociais e culturais dos jurisdicionados. Estes problemas podem ser resumidos em três pontos: (i) a (in)existência de bens do devedor; (ii) a (não) localização de tais bens⁸¹⁹; e (iii) a (dificuldade para) conversão em dinheiro de eventuais bens penhorados. A questão a ser enfrentada, de certa forma, perpassa esses três problemas.

Como afirmado no curso deste trabalho, o objetivo da coerção atípica nas obrigações pecuniárias é compelir o devedor a pagar ou a indicar bens passíveis de exitosa expropriação. Aliás, pode-se dizer que o uso das medidas coercitivas para evitar a ocultação de bens, ao que consta, não era repellido por Francesco Carnelutti⁸²⁰.

⁸¹⁶ BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia certa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 226.

⁸¹⁷ BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 285.

⁸¹⁸ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 339.

⁸¹⁹ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*, p. 15-16.

⁸²⁰ Ao falar sobre a ostentabilidade do patrimônio do devedor, em tom crítico quanto à possibilidade de ocultação em alienação simulada de seus bens, o autor assevera, também em crítica, que: “Pelo contrário, não está adotado por nossa lei o remédio, contra o perigo da ocultação, consistente em impor ao devedor a obrigação (acionada com medidas coercitivas) do chamado juramento de manifestação, dirigido para obter do devedor um testemunho jurado relativo à composição do patrimônio, obrigando assim, através das sanções do juramento, a colocar a descoberto bens.” CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2000. v. 2. p. 714.

Portanto, a eficácia dessas medidas pressupõe que o devedor tenha liquidez para pagar ou bens penhoráveis para indicar, leia-se, dinheiro ou patrimônio expropriável. De nada adianta compelir o devedor, sob pena de aplicação de uma sanção restritiva de direitos, se ele não possui dinheiro para adimplir ou bens para serem expropriados.

Na seara da execução por expropriação, essa insolvência do devedor revela os “limites naturais e políticos”⁸²¹ da atividade executiva, configurando verdadeira “execução infrutífera”⁸²². Melhor sorte não assiste às medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias. É que o que se espera do devedor envolve o atingimento do seu patrimônio, seja de forma espontânea, ainda que pós-coação, via pagamento; seja de maneira forçada, pela expropriação. Inexistindo dinheiro ou bens, será impossível o pagamento ou a expropriação e, assim, a coerção será ineficaz e, logo, inadequada.

Assim sendo, diante da real inexistência de dinheiro ou bens para penhora na esfera patrimonial do devedor, as coerções atípicas não se mostram adequadas, cabendo a essa execução a suspensão, na forma do artigo 921, inciso III, do CPC/2015, ou, diante da insolvência, deverá “declarar-se judicialmente essa situação, submetendo-o à execução concursal (falência ou insolvência civil) e extinguindo-se a execução individual”⁸²³.

Nessas situações, evidenciam-se as mazelas econômicas, sociais e, talvez, culturais, do jurisdicionado brasileiro. O indivíduo realmente possui dívidas em porção maior do que seu patrimônio^{824,825} – sem que

⁸²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 4. 2.ed., p.55.

⁸²² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 38.

⁸²³ TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos* p. 503.

⁸²⁴ Antônio Carlos da Costa e Silva denomina de insolvabilidade real essa situação, em contraposição com a insolvabilidade presumida (decorrente de casos previstos em lei): “A insolvabilidade real é aquela que é denunciada pelo desequilíbrio reinante entre as colunas do ativo e do passivo do devedor. Isto é, ele deve mais do que pode pagar.” (*Tratado do processo de execução: das diversas espécies de execução. dos embargos do devedor*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977. v. 3 t. 2. p. 481).

⁸²⁵ É necessário diferenciar o devedor realmente insolvente daquele que promove atos ardis para frustrar a execução. A simples inexistência de bens não pode ser interpretada, necessariamente, como ocultação. Pode-se, de fato, estar-se diante de pura e simples insolvência. Nessa Linha, a Vigésima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que “in casu, exauridos todos os meios de tentativa de localização de bens do devedor, a fim de satisfazer a execução, inclusive, mediante os sistemas Renajud, Bacenjud, JUCESP, Cartórios de Registros de Imóveis, Receita Federal, etc., não restou

tenha promovido qualquer manobra ou trapaça para com os credores – pois, foi “ao desastre patrimonial em razão das involuntárias circunstâncias da vida”⁸²⁶. Para tanto, inexistem técnicas processuais executivas aptas à satisfação do credor. As execuções se arrastam por anos e, por conseguinte, o “aparato judiciário carrega o fardo dos endividados”⁸²⁷.

O campo de aplicação das medidas é outro: a execução simuladamente infrutífera. Nessas execuções, o devedor possui patrimônio, contudo, vale-se de artimanhas, estratégias e operações fraudulentas para escondê-lo, fazendo o órgão judiciário e o exequente crerem em sua alegada insolvência.⁸²⁸

Acerca da aplicação das medidas previstas no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, corretamente, asseverou que se destinam “àquele que possui condições de adimplir a dívida, porém, utiliza-se de subterfúgios para blindar o seu patrimônio e, assim, inviabilizar o pagamento de suas dívidas”⁸²⁹.

Para além da simples “recalcitrância ou falta de cooperação”⁸³⁰ – porque se mantém inerte diante de reiteradas intimações para indicação de bens passíveis de penhora – esse executado pratica atos intencionais, omissivos ou comissivos, com o intuito deliberado de frustrar a execução, conferindo-lhe ares simulados de que restou infrutífera. Trata-se de inadimplência voluntária e injustificada.⁸³¹

evidenciado que o executado, de forma maliciosa, tenta ocultar bens para frustrar a execução, mas, apenas, que nenhum bem possui em seu nome e que possa satisfazer o crédito da agravante”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2239521-75.2016.8.26.0000*, relator (a): Bonilha Filho; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 3ª. Vara Cível, j. 02/02/2017; r. 03/02/2017.

⁸²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 2.ed., v. 4, p.58.

⁸²⁷ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p. 15.

⁸²⁸ No mesmo sentido: MINAMI, M. Y. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*, p. 115.

⁸²⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 0041306-35.2017.8.16.000*, relator Lauro Laertes de Oliveira, 16^º Câmara Cível. Curitiba, j. 14/03/2018.

⁸³⁰ ROSADO, Marcelo da Rocha. A eficiência dos meios executivos na tutela processual das obrigações pecuniárias no Código de Processo Civil de 2015, p. 248.

⁸³¹ Sobre o assunto, já se manifestou a Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná: “A inadimplência voluntária do devedor que, com inúmeros artifícios ilícitos no intuito claro de furtar-se à aplicação da lei frustra a expectativa legítima do credor em ver cumprida a prestação por aquele assumida, é certamente um dos maiores problemas do sistema obrigacional do mundo moderno, cabendo ao Poder Judiciário – porta última dos angustiados que anseiam por justiça – adotar as providências cabíveis para solução da questão que lhe for submetida, desde que, por óbvio, em respeito às

Nesse ponto, vale frisar que não se desconsidera a aplicação das sanções processuais previstas para esse tipo de comportamento do executado porque, como apontado, a aplicação das medidas coercitivas em apreço também é subsidiária/concomitante à imposição daquelas penalidades processuais. Igualmente, é importante rememorar a proteção ao patrimônio impenhorável do devedor, pois as medidas em apreço não têm o condão de compeli-lo a renunciar a essa sua garantia.

Também é certo que a legislação processual dispõe de técnicas específicas para amparar o credor diante desse comportamento do devedor. Então, havendo indícios de fraude, caberá a declaração de ineficácia de ato omissivo ou comisso praticado em fraude à execução, ou existindo corresponsabilidade de terceiros relacionados ao executado poderá ocorrer a configuração de grupo econômico ou a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Existem casos, contudo, que escapam a essas técnicas, por exemplo, quando o executado planeja propositadamente a insolvência simulada (aquilo que alguns chamam de blindagem patrimonial), transferindo os seus bens a terceiros – pessoas físicas ou jurídicas, de forma mais ou menos sofisticada – antes da citação ou da realização de qualquer gravame. Em verdade, o patrimônio ainda é seu, tanto que faz uso pessoal (ex.: carro transferido para um familiar, mas que fica na constante posse do devedor) ou até mesmo comercial, com a obtenção de frutos (ex.: imóvel transferido para uma empresa, que o aluga e repassa, informalmente, o valor do aluguel ao executado).

Há situações, também, que o executado oculta o patrimônio, sobretudo quando se trata de bens não passíveis de registro em órgãos públicos de consulta ou, ainda que exista registro, seja improvável a pesquisa e a localização pelo credor (ex.: devedor possui imóvel rural em estado distante daquele que atualmente vive e onde tramita a execução). O mesmo pode acontecer com dinheiro em espécie, que poderá não estar depositado em instituições financeiras, escapando das tentativas de penhora eletrônica.⁸³²

regras legais e constitucionais insculpidas na Constituição da República. É que, no caso, a frustração do direito do credor com a blindagem patrimonial do devedor voluntário causa um efeito cascata de sensação de impunidade, de descrédito nas instituições públicas, aumentando a sua ocorrência e a insatisfação daquele que se vê ‘de mãos atadas’. PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 0041463-42.2016.8.16.0000*, relator Des. Themis de Almeida Furquim Cortes, 14ª Câmara Cível. Curitiba, j. 22/02/2017.

⁸³² Luiz Henrique Volpe de Camargo sintetiza bem as duas possibilidades: “O devedor que ostentar em redes sociais ou por outro meio padrão de vida incompatível com o estado de inadimplência preenche o requisito do indício de ocultação de bens. O devedor

A problemática não é recente. A lição clássica de Almeida de Oliveira denota que na época das Ordenações já foi possível a prisão de devedor que ocultasse bens: “O executado que esconder seus (Reg. artigo 525º) bens para não serem penhorados ou deixar de possuí-los por dolo, será preso até que entregue os bens ou o seu equivalente, ou até um anno, se antes não entregar.”⁸³³. Em linha semelhante, José Homem Corrêa Telles lembra que a prisão também era cabível para o “devedor que maliciosamente oculta os bens para fraudar a execução”⁸³⁴.

Justificando essa prisão, Francisco de Paula Baptista afirmava que a execução recai sobre o patrimônio e “não sobre a pessoa do condenado; e, se por ventura algumas vezes ahi se emprega a detenção pessoal, é como precaução para garantir a acção da justiça contra a má fé ou contra negligencia e temeridade culposas”⁸³⁵.

Segundo Francesco Carnelutti, a questão consiste na “ostentabilidade do patrimônio do devedor”⁸³⁶, pois não é suficiente que o executado possua patrimônio, este deve ser “ostensível, no sentido de que não se oculte a existência ou pertinência de bens”⁸³⁷. Arremata o autor afirmando que a “ostensibilidade do patrimônio pode correr perigo, por duas causas: a ocultação e a alienação simulada”⁸³⁸.

Em recente ensaio sobre o tema no sistema italiano, Elisabetta Silvestri afirma que – a despeito de a Comissão Europeia ter apontado que, para uma execução efetiva, a transparência sobre o patrimônio do devedor é fundamental para o bom funcionamento do aparelho executório – ainda não há nenhuma regra geral forçando o devedor a revelar seus bens e ativos para penhora. Na avaliação da autora, o procedimento relativo à execução na Itália é extremamente

que, por exemplo, residir em imóvel de luxo registrado em nome de terceiros ou trafegar em automóveis igualmente registrados em nome de terceiros, sem pagar suas dívidas, por sua vez, apresenta indícios de blindagem patrimonial.” (O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 339).

⁸³³ OLIVEIRA, A. de Almeida. *A lei das execuções*. Lisboa: A.M. Teixeira, 1915. p. 115.

⁸³⁴ TELLES, José Homem Corrêa. *Doutrina das acções*. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. p. 195.

⁸³⁵ BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermaneutica para o uso das faculdades de direito do Brazil*. 7. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1910. p. 54

⁸³⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 2, p. 713.

⁸³⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 2, p. 713.

⁸³⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, v. 2, p. 713.

regulamentado e custoso, o que resulta em um sistema pouco eficiente.⁸³⁹

Para Masanori Kanano, como a execução civil consiste em instrumento que se realiza coativamente com base no poder e na autoridade estatal surge uma espécie de "contra-poder" que pode ser observado no fato de que devedores, geralmente, tentam escapar da execução civil.⁸⁴⁰

De todo modo, a questão da ocultação de patrimônio também deve ser enfrentada sob a ótica do comportamento desse tipo de executado, que Cândido Rangel Dinamarco chama de "caloteiro chicanista"⁸⁴¹ ou "executado cafajeste"⁸⁴², como sugere Marcelo Abelha Rodrigues. Essas situações podem caracterizar um comportamento contumaz⁸⁴³ do devedor.

Rogério Lauria Tucci⁸⁴⁴, lecionando sobre o assunto, explica que o sistema processual civil brasileiro adotou, quanto à contumácia, a teoria da inatividade, segundo a qual o que interessa é o não comparecimento do réu para a prática do ato, sofrendo as respectivas consequências processuais pela omissão.

Marcelo da Rocha Rosado⁸⁴⁵, em dissertação sobre o assunto, corretamente adverte que em sede de execução essa lógica é insuficiente porque a omissão do executado constitui empecilho para o fluxo procedimental até a expropriação. Por isso, o comportamento contumaz, em jaez executivo, deve ser considerado ato ilícito, com a consequente

⁸³⁹ SILVESTRI, Elizabetta. The devil is in the details: remarks on Italian enforcement procedures. In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (Coord.). *Enforcement and enforceability*. Oxford: Intersentia Antwerp, 2010, p. 207-215. p. 207, 211 e 214.

⁸⁴⁰ KAWANO, Masanori. Civil enforcement as a fundamental of effective justice - Introductory remarks on comparative study of civil enforcement. In: STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. (Coord.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*, p. 5.

⁸⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 2. ed. v. 4, p. 58.

⁸⁴² RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um cafajeste? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. geral); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Orgs.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 79-80.

⁸⁴³ Acerca da contumácia, explica Rogério Lauria Tucci que o "significado etimológico da palavra continua o mesmo: a contumácia é tida como extrema obstinação, teimosia, pertinácia, perseverança proposital etc.; e diz-se que é contumaz o orgulhoso, insolente, insultante, rebelde, afincado ao seu parecer etc." (*Da contumácia no processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1964. p. 115).

⁸⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Da contumácia no processo civil brasileiro*, p. 114.

⁸⁴⁵ ROSADO, Marcelo da Rocha. A eficiência dos meios executivos na tutela processual das obrigações pecuniárias no Código de Processo Civil de 2015, p. 306.

aplicação das sanções processuais pertinentes, bem como facultado o uso de coerções contra o devedor, a fim de propiciar a expropriação.

É senso comum que alguns devedores agem de forma contumaz. No entanto, diante de um caso concreto não é dado ao magistrado, com base nesse senso comum, presumir que o executado em questão promoveu tais manobras. Do simples fato do devedor não apresentar solvência no processo – ainda que isso comprove a primitiva insuficiência do meio expropriatório – não se pode inferir que tenha realizado essas estratégias.

Portanto, para a aplicação das medidas em estudo, faz-se necessário que estejam presentes nos autos provas ou indícios de que se trata de um devedor simuladamente insolvente. E o ônus dessa prova recai sobre o exequente⁸⁴⁶⁻⁸⁴⁷, em especial, por dois motivos.

O primeiro motivo, quase que de ordem prática, mostra que essa distribuição do ônus da prova é residual. Não se espera que o órgão judiciário, de ofício, tome a iniciativa de tentar demonstrar que o padrão de vida do executado não condiz com a situação de insolvência presente nos autos. Nada impede, contudo, que – devidamente instado pelo exequente – o magistrado possa requerer a terceiros informações acerca do devedor, na forma do artigo 772, inciso III, do CPC/2015. Também não é crível imputar ao devedor a incumbência de provar que vive uma vida condizente com a sua insolvência. Aliás, é pouco provável esperar – nessa conjuntura – qualquer cooperação de parte do executado. O ônus, então, recai naturalmente sobre o credor.

O segundo motivo decorre do interesse do credor em tornar possível o manejo da coerção atípica. Como afirmado antes, o uso das medidas em tela é excepcional e tem lugar apenas diante da ineficácia das tentativas de penhora e de expropriação. Nessas execuções, a realidade dos autos mostra que o devedor não possui liquidez ou bens suficientes para saldar a dívida pois se os tivesse a execução já se teria encerrado, seja pelo pagamento, seja pela expropriação de bens.

⁸⁴⁶ No mesmo sentido: ABREU, V. C. G.; CARREIRA, G. S. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 251.

⁸⁴⁷ Vale lembrar a lição de Almeida de Oliveira acerca do ônus da prova quanto à ocultação de bens que gerava a prisão do devedor: “Para a prova de factos relativos á (R. art. 13º) ocultação dolosa de bens, a fim de não serem penhorados, dará o exequente justificação perante o juiz da execução com citação, do executado.” (*A lei das execuções* p. 115).

Diante desse cenário, cabe ao exequente esclarecer e comprovar que a realidade retratada pelo executado é simulada. De certo modo, ruma-se contra a “verdade dos autos” e, então, a demonstração de situação diversa – ou seja, que o que consta nos autos não corresponde à “verdade do mundo real”⁸⁴⁸ – caberá ao interessado, no caso, repita-se, o exequente. Por isso, assim como é ônus do credor o requerimento expresso e a demonstração de que a coerção pleiteada tem o condão, *in concreto*, de efetivamente compelir o devedor, também é sua incumbência demonstrar, ainda que por meio de indícios, que esse devedor possui dinheiro ou patrimônio ocultado e que a sua condição de insolvência nos autos é simulada.

Não se nega que a tarefa de demonstrar, mesmo com meros indícios, a insolvência simulada é um tanto espinhosa, sobretudo diante da constatação de que alguns devedores estão habituados com essas artimanhas para frustrar execuções, denotando quase que uma espécie de “devedor profissional”⁸⁴⁹. Em outras palavras, trata-se daquele devedor que criou uma forma harmônica de convívio entre as várias execuções que suporta e o seu paradoxal alto padrão de vida. Esse tipo de executado – justamente por estar acostumado a assim proceder – talvez já tenha desenvolvido eficientes técnicas para despistar o faro do exequente e, por isso, não deixa rastros.

Ainda assim, todos os meios lícitos de pesquisas e de investigações extrajudiciais estão à disposição do credor, bem como a utilização de requerimentos na própria execução para o juízo determinar que terceiros prestem informações sobre o devedor. A criatividade, a licitude e o respeito a determinadas garantias constitucionais do devedor são os limites do credor nessa empreitada.

⁸⁴⁸ Nesse sentido: “No entanto, em que pese a ausência de bens em nome do executado, os elementos indiciários constantes dos autos indicam que o padrão de vida e negócios realizados pelo devedor se contrapõem a uma possível situação de penúria financeira, já que: a uma, realiza operações comerciais com genética zebuína, objetivando o desenvolvimento do melhoramento genético pecuário (no caso, inclusive, a cobrança é decorrente de uma dessas operações); e a duas, o endereço indicado nos autos pelo devedor à época do primeiro acordo é de edifício de alto padrão na capital baiana (em consulta à rede mundial de computadores observa-se a venda de imóveis por cifras milionárias). PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n° 0041463-42.2016.8.16.0000*, Relator Des. Themis de Almeida Furquim Cortes, 14ª Câmara Cível. Curitiba, j. 22/02/2017.

⁸⁴⁹ A expressão foi utilizada em: PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n° 0041463-42.2016.8.16.0000*, Relator Des. Themis de Almeida Furquim Cortes, 14ª Câmara Cível. Curitiba, j. 22/02/2017.

Por outro lado, nesse ponto, alguns devedores acabam facilitando o trabalho do exequente. É que, diante da blindagem promovida ou do sucesso momentâneo na ocultação de bens, o devedor – sentindo-se confiante na eficácia dessas artimanhas – passa a viver normalmente e descuida-se, exteriorizando um padrão de vida não compatível com a simulada insolvência existente no processo. E se não bastasse exteriorizar, por vezes, potencializa essa exteriorização. Trata-se daquela pessoa que alguns autores alcunharam de “devedor ostentação”⁸⁵⁰.

Nesses casos, por certo, o vigor da tarefa do credor será atenuado pelo comportamento do próprio devedor. Isso porque, hodiernamente, é comum que o “devedor ostentação” tenha fotos e informações disponibilizadas na internet – publicadas por ele mesmo, em suas redes sociais e profissionais –, contendo comportamentos, hobbies e bens que, em tese, são incompatíveis com a situação de insolvência retratada nos autos da execução. Assim, serão suficientes essas informações ou fotos⁸⁵¹ para demonstrar os indícios de liquidez ou de existência de bens penhoráveis ocultados pelo devedor e, por conseguinte, a simulação da insolvência na execução. Ou seja, nas palavras de Flávio Luiz Yarshell, trata-se de “aparência de titularidade de patrimônio”, a qual pode ser mais facilmente constatada “em tempos de auto exposição em redes sociais”⁸⁵².

Independentemente de a tarefa ser mais trabalhosa no caso de “devedor profissional”, ou menos no caso de “devedor ostentação”, é do exequente o ônus de municiar o órgão judiciário com provas ou indícios de que a ausência de patrimônio constatada nos autos é simulada. A

⁸⁵⁰ RODOVALHO, Thiago O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência da concretização do NCPC, art. 139, inc. IV (atipicidade dos meios executivos). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 723; ABREU, V. C. G.; CARREIRA, G. S. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios*, p. 251.

⁸⁵¹ Por todos, aceitando essas fotos e informações como indícios: PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento n. 0010050-40.2018.8.16.0000*, relator Desembargador Domingos José Perfetto, Nona Câmara Cível. Curitiba, j. 21.03.2018.

⁸⁵² YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira*. Florianópolis: Empório Direito, 2018, p. 78-79.

carência dessas provas ou indícios é, por si só, motivo de indeferimento⁸⁵³ das medidas de coerção atípicas.

Não se pode olvidar que em muitas situações poderá ser difícil para o exequente trazer aos autos provas ou indícios de que o executado está ocultando bens. Assim sendo, mediante requerimento do credor, no qual demonstra a “impossibilidade ou excessiva dificuldade no encargo”, na forma do artigo 373, §2º, do CPC/2015, o juiz poderá inverter o ônus da prova⁸⁵⁴. Desse modo, caberá ao executado demonstrar que realmente não tem condições de pagar a dívida nem possui bens passíveis de expropriação.

Diante do exposto nesta seção e na anterior, é possível destacar alguns pontos comuns entre as duas diretrizes analisadas, a saber, a necessidade de customização da coerção ao devedor e a existência de provas ou indícios de liquidez ou patrimônio. Pode-se, ademais, concluir que ambas as diretrizes: (a) são atividades que antecedem a medida coercitiva; (b) dependem de subsídios fáticos que devem ser trazidos ao processo, seja por provas ou por indícios; (c) o ônus da comprovação depende do exequente.

Da mesma forma, é possível inferir a imprescindibilidade da concomitância dessas diretrizes, sob pena de ineficácia da medida coercitiva.⁸⁵⁵ Exemplifica-se. Caso a coerção tenha sido customizada corretamente ao devedor, de modo a fazê-lo, realmente, sentir-se compelido a pagar, mas na execução inexistam indícios de que a

⁸⁵³ “Ausência de provas ou indícios de dilapidação/ocultação de patrimônio ou de situação econômica incompatível. Decisão reformada. Recurso provido.” PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento no 1.689.264-7*, rel. Des. Fernando Ferreira de Moraes, 13ª Câmara Cível. Curitiba, DJe 20-10-2017; “Inexistência de evidência de ocultamento de patrimônio do devedor. Decisão mantida sob fundamentação diversa. Recurso conhecido e não provido.” PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento no 1.670.409-7*, rel. Des. Athos Pereira Jorge Junior, 13ª Câmara Cível. Curitiba, DJe 27-7-2017.

⁸⁵⁴ No mesmo sentido: 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 149.

⁸⁵⁵ Sobre a necessidade de verificar a situação potencialmente solvente do devedor e, até certo ponto, corroborando a ideia aqui defendida – de ser imprescindível conjugar essa questão com a tentativa de customização da coerção –, Marcelo da Rocha Rosado afirma que: “Seria necessário, para legitimar a aplicação de tais medidas, apresentar elementos que demonstrassem que o executado fez viagens internacionais no período de tramitação da execução, ou que há indícios de que o executado faz uso de veículo como se fosse seu dono e escamoteia sua propriedade sobre o bem, ou mesmo que o executado faz uso de cartões de crédito e mantém um padrão de vida incompatível com sua postura de negativa de adimplemento da dívida.” (*A eficiência dos meios executivos na tutela processual das obrigações pecuniárias no Código de Processo Civil de 2015*, p. 338).

insolvência é simulada, são vultosas as chances de ineficácia da medida, pois, provavelmente, o devedor não possui liquidez para pagar nem bens penhoráveis para indicar.

De outra banda, caso existam na execução indícios ou provas de que o executado está ocultando bens penhoráveis, mas a coerção tenha sido realizada de forma incorreta, não sendo capaz de efetivamente pressioná-lo a adimplir a dívida, também é significativa a possibilidade de a medida coercitiva não ser exitosa.

5.8 A NECESSIDADE DE COGNIÇÃO PRÉVIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO EM RELAÇÃO A DETERMINADAS MATÉRIAS

Assunto pouco explorado entre os autores que já escreveram sobre o tema das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias consiste no nível de cognição que deverá ser promovido no processo de execução, a fim de possibilitar a via excepcional das medidas coercitivas atípicas.

Na função executiva da jurisdição, explica Crisanto Mandriolli, “não se atua no mundo cognitivo, mas, pelo menos tendencialmente, naquele material; não se trata de julgar, mas de executar (entendida, esta expressão, em um sentido muito amplo)”. Conclui o autor, afirmando que “por isso o órgão cuja atividade ganha especial relevo não é o juiz, mas o assim denominado órgão executivo, ou seja – sempre tendencialmente – o *“ufficiale giudiziario”*”⁸⁵⁶.

Ainda assim, é inegável que exista carga de cognição na execução e, por isso, vale a opinião de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda de que “quanto à execução forçada, completou-se, nos nossos dias, a evolução que se iniciara no direito romano; de modo que há cognição na execução”⁸⁵⁷.

Contudo, para Italo Andolina⁸⁵⁸, a cognição na execução exhibe um importante conflito entre os interesses do exequente e do executado.

⁸⁵⁶ No original: “Per conseguire questa particolare funzione, non si opera nel mondo del conoscere, ma, almeno tendenzialmente, in quello materiale; non si tratta di giudicare, ma di eseguire (intesa, questa espressione, in senso molto ampio) e perciò l’organo la cui attività viene in particolare rilievo, non è il giudice, ma il cosiddetto organo esecutivo, ossia – sempre tendenzialmente – l’ufficiale giudiziario.” MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. Torino: Giappichelli, 1981. p. 24.

⁸⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 46-163), 2. Ed., t. II, p. 496).

⁸⁵⁸ ANDOLINA, Italo. “Cognición” y “ejecución forzada” en el sistema de la tutela jurisdiccional. Lima: Librería Comunitas, 2008. p. 42-45.

Na execução, o exequente deseja modificar a realidade fática, com a entrega do bem da vida o mais rapidamente possível. O executado, por sua vez, pretende a conservação da situação concreta preexistente, mantendo o bem da vida na sua esfera de direitos e, por isso, pretende o maior nível de cognição possível, o que, invariavelmente, aumenta o tempo do processo. Percebe-se, então, que no tocante à cognição na execução, dois vetores opostos entram em colisão, um do executado e outro do exequente, sobretudo, pelo ponto de vista da celeridade ou da morosidade da execução.

Especificamente quanto à cognição nas coações com base no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, para José Miguel Garcia Medina⁸⁵⁹, a intensidade na aplicação das medidas atípicas decorrerá da análise, no caso concreto, de dois fatores: importância do bem jurídico tutelado e qualidade da cognição judicial realizada. Quanto ao segundo fator, o autor explica que, para o manejo dessas medidas, deverá ter ocorrido a cognição completa, exauriente e definitiva da existência do direito do exequente.

Assim sendo, quanto à necessidade de prévia cognição, na lição do citado autor, a aplicação das medidas em apreço somente seria possível em três situações: (a) execução de sentença transitada em julgado; (b) execução de título extrajudicial com embargos do executado já rejeitados; (c) execução de título extrajudicial com embargos do executado recebidos sem efeito suspensivo e que, “além disso, reconheça a decisão judicial a diminuta probabilidade de seu acolhimento”.

Em linha similar, Leandro Castanheira Leão⁸⁶⁰ destaca que as medidas em estudo somente teriam lugar “na hipótese de sentença definitiva e sem impugnação recebida no efeito suspensivo ou execução fundada em título executivo extrajudicial cujos embargos não tenham sido recebidos no efeito suspensivo”. Prossegue o autor afirmando que essa ideia atende ao “princípio do menor sacrifício do executado, e a razoabilidade, já que não seria de bom tom gerar pressões coercitivas ao executado que ainda possui, mesmo que baixa, possibilidade de ver alterada sua situação processual”.

⁸⁵⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 297-300.

⁸⁶⁰ LEÃO, Leandro Castanheira. *Atipicidade nas execuções de pagar quantia: perspectivas diante do art. 139, IV, do CPC*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, 2017. p. 64.

Marcelo da Rocha Rosado⁸⁶¹, ao refutar a ideia de necessidade de cognição, declara que: (a) o grau de estabilidade do título executivo não influi na intensidade da medida executiva; (b) a premissa de condicionar atipicidade à cognição na execução é contraditória com a ideia de dotar o módulo executivo de meios atípicos em razão da importância do bem jurídico tutelado; (c) não é possível, para fins de aplicação das medidas coercitivas, estabelecer tratamento diferenciado entre as execuções com defesa já julgada e aquelas com defesa pendente de julgamento.

Em sentido semelhante, Marcos Yiouji Minami⁸⁶² rejeita a proposição de José Miguel Garcia Medina, argumentando que: (a) as medidas atípicas seriam lícitas mesmo sem a certeza do direito do exequente; (b) o próprio CPC/2015, no artigo 297, autoriza o uso de medidas atípicas em tutela provisória; (c) eventuais prejuízos sofridos pelo executado serão resolvidos pela responsabilização civil do exequente; (d) o título executivo extrajudicial, em tese, ostenta a mesma força executiva do judicial.

Antes de adentrar a tentativa de equacionamento da questão, é oportuno lembrar a correta distinção promovida por Heitor Vitor Mendonça Sica⁸⁶³, segundo a qual, na execução existem situações que ensejam a instauração de módulo cognitivo exauriente ou de módulo de cognição sumária. O primeiro situa-se exclusivamente na liquidação da sentença. Para os demais casos, há o módulo de cognição sumária, em que o magistrado – diante do pedido executivo do exequente – exerce esse tipo de cognição liberando a eficácia executiva e invertendo o contraditório para o executado, que, então, deverá apresentar matérias de defesa de modo a provocar a instauração de cognição exauriente.

O autor exemplifica o módulo de cognição sumária na apresentação do demonstrativo atualizado de débito apensado à petição de requerimento no cumprimento da sentença. Nessa situação, o juiz promoverá cognição sumária sobre os cálculos indicados pelo exequente e, caso entenda que aparentam ser excessivos, poderá determinar o envio dos autos para conferência na contadoria judicial. Por outro lado, se a conclusão dessa cognição sumária indicar a pertinência dos valores, o magistrado determinará a citação ou intimação do executado. Assim,

⁸⁶¹ ROSADO, Marcelo da Rocha. A eficiência dos meios executivos na tutela processual das obrigações pecuniárias no Código de Processo Civil de 2015, p. 283-284.

⁸⁶² MINAMI, M. Y. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*, p. 213.

⁸⁶³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 189-192.

inverte-se o contraditório, cabendo ao executado demonstrar eventual excesso na execução.

A solução para a celeuma antes apresentada, então, parece não estar na instrumentalidade do julgamento ou atribuição de efeito suspensivo à reação do executado, mas sim no nível de cognição que será proferido pelo juízo em quatro situações: (a) no controle de admissibilidade da execução; (b) diante do conteúdo da defesa apresentada pelo executado; (c) diante do requerimento de aplicação das coerções atípicas formulado pelo exequente; (d) diante da manifestação do executado após ter-lhe sido dado direito ao contraditório prévio à coerção. Enfrenta-se cada uma delas.

O controle de admissibilidade da execução figura como o primeiro filtro de cognição do juízo em qualquer pleito executivo. Desse modo, ao menos em tese, afasta-se a possibilidade de o executado sofrer atos executivos, por exemplo, em uma execução aparelhada com o título extrajudicial, previsto no artigo 784, inciso III, do CPC/2015, desprovido da assinatura do devedor e de duas testemunhas. Por outro lado, preenchendo os requisitos de admissibilidade, o magistrado recebe a execução, determina a citação ou intimação do executado e “libera eficácia executiva”⁸⁶⁴.

Pode-se afirmar, nessa linha, que o controle de admissibilidade da execução pecuniária – na primeira vez que o magistrado se depara com o pedido executivo do exequente –, previsto nos artigos 523, 801 e 827 do CPC/2015, consiste em decisão de cognição sumária inicial do juízo na execução. Apesar de a legislação processual não deixar claro, trata-se de nítida decisão interlocutória.

Para Marcelo Lima Guerra⁸⁶⁵, a dita decisão deverá verificar: (a) se existe título executivo acostado ao pedido; (b) se o título se enquadra em um dos respectivos róis legais (judiciais e extrajudiciais); (c) se no título é possível identificar credor, devedor e conteúdo da obrigação; (d) se a obrigação está sujeita a termo, condição ou contraprestação, bem como se existe comprovação da sua ocorrência; (e) se estão presentes os pressupostos processuais da execução, sobretudo a coerência lógica entre o pedido executivo e o direito representado no título.

Entre outras, uma das consequências de o magistrado promover um correto juízo de admissibilidade da execução é evitar que o executado sofra atos executivos sub-rogatórios ou coercitivos em uma

⁸⁶⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*, p. 196.

⁸⁶⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 146-147.

execução que não reúna condições mínimas de prosperar⁸⁶⁶. Portanto, pode-se inferir que para o manejo excepcional das coerções atípicas nas execuções pecuniárias é imprescindível a correta análise de admissibilidade da execução.

A segunda situação a ser enfrentada alude à análise das matérias de defesa apresentadas pelo executado na impugnação ao cumprimento da sentença ou nos embargos à execução e, ainda, na eventual concessão de efeito suspensivo a essas modalidades de reação.

De início, urge afastar a discussão acerca do recebimento da defesa do executado, com ou sem efeito suspensivo. É que a concessão desse efeito, com espeque nos artigos 919, §1º, e 525, §6º, do CPC/2015, depende de prévia garantia do juízo com bens do devedor suficientes ao valor da execução. Então, se existem bens do devedor caucionados, depositados ou penhorados na execução, ainda resta aberta a via de expropriação e, portanto, pela regra da subsidiariedade, não tem vez a aplicação das medidas coercitivas atípicas.

No tocante às matérias de defesa aventadas, a questão parece ser mais complexa. A doutrina⁸⁶⁷, em geral, classifica a defesa do executado, via embargos, em oposição de mérito e em oposição de forma, distinguindo pela matéria arguida e pelos efeitos que tendem a provocar na relação processual executiva – ainda que a legislação processual não adote explicitamente essa distinção.

De certa forma, a sobredita classificação aplica-se à problemática da prévia cognição das matérias de defesa e, assim sendo, para o manejo das medidas atípicas é imprescindível a análise anterior das matérias que envolvam os pressupostos da relação executiva e do mérito do direito do exequente. Não é crível, por exemplo, imaginar que o juiz possa deferir

⁸⁶⁶ Acerca da abrangência da decisão do juiz ao receber a petição inaugural da execução, Mário Aguiar Moura assevera que: “É razoável exigir-se que o juiz, ao aprestar-se a despachar a peça inaugural, tenha preocupação de verificar a regularidade formal do petitório, ligada aos pressupostos processuais, bem como ainda que perfunctoriamente, a ocorrência das condições da ação, as quais, no âmbito do processo de execução são de fácil exame.” (*Embargos do devedor*. 4. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1985. p. 68).

⁸⁶⁷ Por todos: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 179-180; MOURA, Mário Aguiar. *Embargos do devedor*, p. 27; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*, 3. ed., v. 2, p. 165. Em sentido diverso, Araken de Assis adota como critério para distinguir os tipos de embargos do devedor a extensão e limites da cognição do juízo diante da matéria de defesa e, assim, classifica em embargos de cognição sumária e embargos de cognição plenária. (*Manual da execução*, p. 1546-1549).

tais medidas existindo alegação de ilegitimidade do executado ou de que houve pagamento posteriormente ao início da execução.

Então, caso os embargos à execução tragam em seu bojo matérias de defesa atinentes aos pressupostos da relação jurídico-processual executiva ou quanto ao seu mérito, o juízo deverá promover cognição da pertinência de tais matérias, antes de deferir o uso de medidas atípicas. Nessa categoria, enquadram-se as alegações de inexecuibilidade do título ou de inexigibilidade da obrigação (inciso I do artigo 917 do CPC/2015), a cumulação indevida de execuções (segunda parte do inciso III), a incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução (inciso VI) e a parcialidade do juízo (§7º).

Quanto à disposição do inciso VI do artigo 917, que permite a alegação de qualquer matéria passível de ser levantada em processo de conhecimento, tem-se que, nas defesas processuais dilatórias (ex.: conexão) não há necessidade de prévia análise do juízo; por outro lado, nas defesas processuais peremptórias, que possuem o condão de fulminar a pretensão executiva (ex.: coisa julgada), é imprescindível a prévia análise do magistrado. Outras defesas processuais que não possuam o desígnio de afetar diretamente o direito do exequente, como a impugnação ao valor da causa ou a concessão da gratuidade da justiça, prescindem de cognição antecedente.

Nas defesas de mérito diretas (ex.: inexigibilidade da obrigação) ou indiretas (ex.: pagamento), pelo fato de versarem sobre o objeto da execução, há necessidade de prévia cognição do magistrado.

A alegação de excesso de execução, prevista na primeira parte do inciso III do artigo 917, fará com que a execução, no tocante ao seu *quantum* – na forma do §3º do sobredito artigo – comporte parte controversa e parte incontroversa; nesta, tem lugar as coações atípicas, independentemente de prévia análise; naquela, adentra-se a regra geral de necessidade de cognição prévia do juízo.

A mesma sorte acode a impugnação ao cumprimento da sentença, a qual, inclusive, possui nítido perfil mais restritivo quanto à amplitude das matérias de defesa. Nesse sentido, as alegações de falta ou nulidade da citação no processo de conhecimento que correu à revelia do executado (inciso I do artigo 525 do CPC/2015), de ilegitimidade (inciso II), de inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação (inciso III), de cumulação indevida de execuções (segunda parte do inciso IV), de fato modificativo ou extintivo da obrigação após a sentença (inciso VII) deverão receber cognição do juiz antes de ser possível a via da atipicidade executiva por coerção.

As alegações de incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução (inciso VI) e de parcialidade do juízo (§2º), por não terem a pretensão de formular o direito do exequente prescindem de análise cognitiva prévia do órgão judiciário.

No tocante à alegação de excesso de execução, valem as mesmas considerações anteriormente tecidas para os embargos à execução.

O que se pode extrair de comum entre a cognição do juízo nos embargos à execução e a impugnação ao cumprimento da sentença é que – relativamente às matérias que envolvem os pressupostos da relação processual ou o mérito do direito envolvido na execução – mostra-se indispensável o prévio julgamento de primeiro grau da defesa, antes do manejo das coerções atípicas. Até mesmo porque, como lembra Salvatore Satta, “a oposição aos atos executivos tem como objetivo não a injustiça da execução, mas que a execução seja corretamente realizada”⁸⁶⁸.

A terceira situação a ser analisada sobre a cognição prévia trata do momento em que o juiz se depara com o pedido do exequente para a aplicação das coerções atípicas. Como estudado ao longo do presente trabalho, o manejo dessas coerções depende: (a) de requerimento do exequente; (b) da demonstração da ineficácia do meio de expropriação (subsidiariedade); (c) da existência de indícios de que a coerção proposta é capaz de pressionar o devedor; (d) da existência de indícios de que o executado possui patrimônio.

Assim sendo, diante de requerimento do exequente para o uso de medidas coercitivas atípicas, o juízo promoverá cognição sumária acerca do preenchimento dos quesitos colacionados linhas atrás, analisando as particularidades do caso. Se o magistrado entender que estão presentes tais requisitos, deferirá então a medida coercitiva, invertendo o contraditório, de forma prévia, e abrindo oportunidade para o executado cumprir a ordem ou “requerer o exercício de cognição exauriente a respeito”⁸⁶⁹.

Por fim, a quarta situação acerca da cognição prévia repousa no momento em que o magistrado analisará eventual resposta que o executado tenha apresentado, após ter sido coagido atipicamente de restrição de direitos. É que nessa resposta, como apontado, o executado poderá alegar e comprovar justa causa para o não cumprimento da

⁸⁶⁸ No original: “[...] l’opposizione agli atti esecutivi mira ad affermare non l’ingiustizia dell’esecuzione, ma che l’esecuzione si sia giustamente realizzata.” SATTÀ, Salvatore. *L’esecuzione forzata*. Torino: Unione Tipografica, 1952. p. 213.

⁸⁶⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*, p. 220.

determinação judicial.⁸⁷⁰ Afora isso, o executado também poderá alegar e comprovar ao juízo da execução que a restrição de direitos vinculada à coerção acarretar-lhe-á prejuízos desproporcionais.

A alegação e a demonstração dessas situações levará o juízo a exercer cognição exauriente quanto às matérias alegadas, desde que o executado as tenha comprovado minimamente, abrindo-se prazo para manifestação do exequente.

Pelo exposto, conclui-se que a cognição do juiz na execução, para que possam ser utilizadas as medidas coercitivas atípicas, divide-se em quatro oportunidades. Inegavelmente, as mais complexas e importantes consistem na apreciação prévia de determinadas matérias de defesa, que podem ser levantadas pelo executado na impugnação ao cumprimento da sentença ou embargos à execução, e na eventual resposta que o executado tenha apresentado após ter sido coagido.

5.9 QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE JULGA O PEDIDO DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS

O dever de motivação das decisões judiciais, como lembra Sergio Nojiri, é regra obrigatória desde as Ordenações Filipinas, nas quais, para o caso de descumprimento do preceito, previa-se a aplicação de multa de vinte cruzados para o magistrado.⁸⁷¹

O Código de Processo Civil de 1939 predizia, no parágrafo único do artigo 118, que o juiz indicará na sentença os fatos e as circunstâncias que motivaram o seu convencimento. No artigo 280, inciso II⁸⁷², o mesmo Código consignava que a sentença deverá ser clara e precisa, contendo os fundamentos de fato e de direito. Ao comentar esse dispositivo legal, Pedro Batista Martins afirmava que esse “dever não se funda apenas em princípios de natureza política, senão também em imperativos de ordem lógica”. Na interpretação do autor, as partes que resolverem recorrer de decisão não fundamentada terão de “lutar com

⁸⁷⁰ ROSADO, Marcelo da Rocha. A eficiência dos meios executivos na tutela processual das obrigações pecuniárias no Código de Processo Civil de 2015, p. 311.

⁸⁷¹ NOJIRI, Sergio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 26.

⁸⁷² Ao comentar o dispositivo, Jorge Americano asseverava que: “A motivação, portanto, é a parte verdadeiramente decisória da sentença, e dela deriva a conclusão que condena ou absolve, como consequência necessária do silogismo construído na motivação.” (*Comentários do Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. v. 1. p. 433).

dificuldades sérias se não puderem examinar as razões em que se funda a decisão recorrida”⁸⁷³.

O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, trazia a fundamentação com requisito da sentença, na forma do artigo 458, inciso II, além das previsões dos artigos 131 e 165. Acerca da fundamentação jurídica na sentença no CPC/1973, o entendimento de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda apontava no sentido de ser “indispensável que ponha claro o que pertence às partes e o que constitui convicção do juiz. O estilo deve ser simples e incisivo, de modo que as proposições sejam suscetíveis de fácil apreensão e de serem apreciadas por seu valor de verdade”. E arrematava: “Sentença não fundamentada é nula.”⁸⁷⁴.

A Constituição Federal de 1988 elevou a necessidade de fundamentação das decisões judiciais ao *status* de garantia fundamental das partes, ao prescrever o artigo 93, inciso IX⁸⁷⁵, ainda que a questão já estivesse há tempos prevista na norma infraconstitucional.

O legislador processual de 2015 – talvez tentando sepultar a praxe forense de utilização de decisões-modelo, bem como a jurisprudência dominante, no sentido de que o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos postos pelas partes – prescreveu, no rol do §1º do artigo 489 do CPC/2015, uma série de condutas do magistrado, no ato de tentar demonstrar o seu convencimento, que não serão consideradas fundamentação da decisão. O artigo 11, da mesma forma, ratifica a previsão constitucional. Afora a existência desse rol de contraexemplos do artigo 489, a sistemática do CPC/2015, quanto à necessidade de fundamentação das decisões, lembra Georges Abboud, “não inovou absolutamente nada”⁸⁷⁶.

A fundamentação figura como requisito formal de validade das decisões judiciais e consubstancia-se em condição para o exercício de uma correta prestação jurisdicional.⁸⁷⁷

⁸⁷³ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Arts. 216 a 297. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. III. p. 277.

⁸⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo V (arts. 444-475). Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 88.

⁸⁷⁵ NOJIRI, Sergio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*, p. 28.

⁸⁷⁶ ABOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Risco de ponderação à brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, p. 109-138, 2017. p. 112.

⁸⁷⁷ Para Nelson Nery Junior, a motivação das decisões deve ser analisada sob vários aspectos, “que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao Estado de direito e às garantias constitucionais estampadas na CF 5.º, trazendo conseqüentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da

Como apontado, a motivação das decisões judiciais é o seu pressuposto de validade. Na visão de Pedro Miranda de Oliveira, para ser considerada corretamente fundamentada uma decisão deve evidenciar um “raciocínio lógico, direto, explicativo e convincente da postura adotada”. A decisão fundamentada afasta “dois pecados que se possam atribuir ao juiz: o arbítrio e a imparcialidade”⁸⁷⁸.

De acordo com Humberto Ávila, fundamentar uma decisão é essencial para que as partes possam compreender quais fatos foram considerados ou preteridos, quais os argumentos preponderaram e, sobretudo, qual o motivo de a controvérsia ter sido decidida pelo magistrado em determinado sentido. Justamente por isso, é indispensável que o órgão judiciário promova o enfrentamento de todas as teses jurídicas veiculadas pelas partes, no exercício de um contraditório pleno.⁸⁷⁹

Por outro lado, como lembra Ovídio Araújo Baptista da Silva⁸⁸⁰, não basta que o magistrado indique livremente qual foi o caminho adotado; é necessário apresentar a justificação acerca da lisura da compreensão da norma que fora adotada e, também, da imperfeição das demais compreensões possíveis, para aquele caso concreto.

Nesse ponto, insta trazer à baila a correta advertência promovida por Leonard Ziesemer Schmitz⁸⁸¹. Em tom crítico, o autor afirma que na praxe brasileira é comum a ideia de o juiz primeiro decidir e depois

mesma decisão passando pelo princípio constitucional da independência jurídica do magistrado, que pode decidir de acordo com sua livre convicção, desde que motive razões de seu convencimento (princípio do livre convencimento motivado)” (*Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 300-301).

⁸⁷⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 62.

⁸⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 156.

⁸⁸⁰ Afirma o autor: “Supõe o sistema que aos magistrados baste fundamentar o julgado, dizendo que assim o fazem por haver incidido tal ou qual norma legal. Sabendo, porém, que a norma comporta duas ou mais compreensões; sabendo igualmente que o sentido originário do texto – se é que, em algum momento ele existiu – pode transforma-se com o tempo, a conclusão será de que, quando o juiz disser que julga de tal ou qual modo porque esse é o sentido da norma aplicável, ele ainda não forneceu nenhum fundamento válido da sentença. Escolhendo ‘livremente’ o sentido que lhe pareceu adequado, sem justificá-lo, o julgador não teria ido além do raciocínio formulado por alguém proibido de explicar os fundamentos da decisão.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, v. 2, n. 10, p. 5-29, jan. 2006. p. 15.

⁸⁸¹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 220-223.

buscar fundamentos que confirmam a sua decisão em certo sentido jurídico. O autor sustenta não ser possível qualquer abordagem do discurso científico que entenda como cindível os contextos da descoberta (decidir) e da fundamentação (justificar).

Em uma visão mais ampla, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais advém da noção de segurança jurídica e de coerência jurídica do ordenamento, até mesmo porque a “interpretação desprovida de critérios rigorosos é um convite à insegurança jurídica”⁸⁸².

A importância dessa segurança avulta quando se está diante da interpretação de cláusulas gerais, como é o caso da temática explorada no presente trabalho.

Bem a propósito, segundo Humberto Ávila, quanto maior “é a abstração e a generalidade das normas, mais fácil é a sua compreensão, porém menos previsível é o seu conteúdo, pela falta de elementos concretos relativamente ao que é permitido, proibido ou obrigatório”⁸⁸³.

Corretamente, advertem Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, que: “Quando o juiz emprega conceitos juridicamente indeterminados e cláusulas gerais para normatizar o caso concreto, a fundamentação da sentença deve precisar o sentido das expressões vagas utilizadas pelo legislador.”⁸⁸⁴.

Ao tratar da coerção prevista no artigo 614-*bis* do Código de Processo Civil italiano, Clarice Delle Done afirma que a decisão que concede ou nega a medida deve estar motivada na existência dos pressupostos negativos ou na ausência (mesmo que de apenas um) dos pressupostos positivos, de modo que o sucumbente possa verificar a conformidade mediante a impugnação da decisão⁸⁸⁵.

Em ensaio específico sobre a aplicação das medidas coercitivas atípicas, Leonardo Greco enaltece a necessidade de motivação da decisão que concede as coerções atípicas para evitar “que o poder discricionário na sua aplicação e na escolha dos meios se transforme em arbitrariedade”. Segundo o autor, a fundamentação não pode “limitar-se ao exame dos aspectos jurídicos da questão, mas [...] avaliar o seu

⁸⁸² DUQUE, Marcelo Schenk. Configuração de direitos fundamentais e segurança jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 98, v. 887, p. 9-35, set. 2009. p. 26.

⁸⁸³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 60.

⁸⁸⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral Do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1. p. 146.

⁸⁸⁵ DONNE, Clarice Delle. L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice de processo amministrativo. In: CAPONI, Bruno (Org.). *L'esecuzione processuale indiretta*. Milano: Ipsoa, 2011. p. 123-161. p. 133.

impacto econômico e social, assim como todo o substrato ético e democrático que deve inspirar o próprio processo judicial”⁸⁸⁶.

Para Hermes Zaneti Júnior, é necessário “adequar à aplicação de medidas executivas atípicas a uma teoria da decisão judicial”, de modo que os órgãos judiciários exerçam o ônus argumentativo da adequação dessas medidas ao caso concreto, “explicitando as razões de decidir e as premissas da decisão, não só quanto ao seu desenvolvimento, mas também quanto à escolha das próprias premissas [...], com observância da estabilidade, coerência e integridade [...]”⁸⁸⁷. Conclui o autor que somente dessa forma será possível garantir o desejado controle intersubjetivo interno e externo da decisão que defere tais medidas.

Na lição de Daniel Amorim Assumpção Neves, especificamente quanto às medidas coercitivas atípicas, a fundamentação da decisão deve ser “completa e exauriente”, cabendo ao magistrado “revelar porque entende que as medidas são adequadas e suficientes, atendendo no caso concreto os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”. Adverte que a atipicidade dos meios executivos “sempre exigiu uma fundamentação diferenciada por parte dos juízes, sendo nesse sentido a doutrina, ainda na vigência do CPC/1973 ao tratar da aplicação do art. 461, §5º, do diploma processual revogado”⁸⁸⁸.

Em sentido semelhante, Paula Sarno Braga, Leonardo Carneiro da Cunha, Fredie Didier Junior e Rafael Alexandria de Oliveira ⁸⁸⁹ destacam que o papel da fundamentação avulta diante do exercício, pelo julgador, do poder geral de efetivação previsto no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015. Segundo esses autores, é pela “análise da fundamentação que se poderá controlar a sua escolha por esta ou aquela medida executiva atípica”. Inferem, então, que a motivação deverá expor de forma racional os argumentos acerca da escolha do meio executivo,

⁸⁸⁶ GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 417.

⁸⁸⁷ ZANETI JR., Hermes. O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento e a partir do caso concreto. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 884.

⁸⁸⁸ 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 150.

⁸⁸⁹ BRAGA, Paula Sarno et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 247.

demonstrando que “a sua opção atende aos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.

É oportuno registrar que os autores que se debruçaram sobre o tema, além dos aqui citados, enaltecem a necessidade de fundamentação substancial. Paulo Eduardo D’Arce Pinheiro⁸⁹⁰, no entanto, vai além, quando colaciona exemplos e demonstra como deverá ocorrer o raciocínio de fundamentação da decisão nos ilustrados casos concretos.

Todos os argumentos levantados pela doutrina aqui exposta são corretos e, de certa modo, complementares. Na tentativa de equacionar a questão propõe-se, de forma geral, que a motivação da decisão que defere ou indefere o pleito de aplicação das coerções atípicas contenha, primordialmente, fundamentação acerca dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Sobre o postulado da proporcionalidade, deve-se: verificar a *adequação* da medida para o atingimento do fim colimado; enfrentar e argumentar a *necessidade* de adoção de determinada medida coercitiva, em prevalência sobre as demais (nesse ponto já se consagra o princípio da menor onerosidade da execução); atentar para a *proporcionalidade em sentido estrito*, procurando sopesar vantagens e desvantagens com a aplicação do meio. É importante frisar que é nessas três máximas parciais do postulado da proporcionalidade que o princípio da eficiência encontra abrigo.

Com base no postulado da razoabilidade, é importante discorrer sobre a equidade, a congruência e a equivalência na aplicação da medida coercitiva e, com espeque na proibição do excesso, demonstrar que a eficácia do direito fundamental eventualmente atingido se mantém, porquanto a restrição não se mostra excessiva.

Para essa tarefa, entre outras questões a serem analisadas, o magistrado poderá valer-se de investigação – de natureza mais objetiva e, como não poderia ser diferente, casuística – acerca da presença de algumas das diretrizes levantadas neste capítulo, a saber, (a) requerimento da parte; (b) esgotamento das tentativas de penhora e expropriação (subsidiariedade); (c) análise prévia das matérias de defesa do executado que envolvam a relação processual executiva (questões de ordem peremptória) ou o mérito da execução.

⁸⁹⁰ PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. Poderes executórios atípicos no projeto do Código de Processo Civil. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Execução civil e temas afins* - do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em Homenagem ao professor Araken de Assis, p. 818-821.

Da mesma forma, deverão ser enfrentadas e pormenorizadas as chances de eficácia das medidas coercitivas, (a) quando presentes indícios de que o devedor possui dinheiro ou bens aptos a satisfazer a obrigação ou possibilitar a expropriação; (b) se sentirá efetivamente pressionado e compelido com a coerção praticada (customização da coerção).

Por fim, é pertinente destacar que a maioria dos julgados sobre o tema das medidas atípicas nas execuções pecuniárias adverte sobre a necessidade de fundamentação dessas decisões. Percebe-se que o entendimento dos tribunais, regra geral, aponta para a obrigatoriedade de fundamentação substancial da decisão acerca das medidas atípicas em obrigações de pagar.

Nesse sentido, destaca-se a decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática.⁸⁹¹ Igualmente, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina se baseou na referida decisão do STJ para deferir parcialmente liminar em sede de *habeas corpus* e determinar o cancelamento da suspensão do passaporte de devedor de alimentos, autorizando, em contrapartida, a emissão de novo passaporte.⁸⁹²

⁸⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n° 2018/0104023-6*, relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, j. 05/06/2018.

⁸⁹² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 4014442-30.2018.8.24.0000*, relator Desembargador Newton Trisotto, Florianópolis, j. 17/07/2018.

6 PROPOSTA PARA A APLICAÇÃO ADEQUADA DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS

A investigação realizada nos capítulos antecedentes foi necessária para, entre outras finalidades, o presente trabalho estar apto a tentar propor algo novo. A premissa estabelecida com o estudo promovido nos quatro primeiros capítulos indica ser possível, em tese, o uso das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias. Ato contínuo, o quinto capítulo tratou de analisar as principais diretrizes levantadas pela doutrina e pela jurisprudência para a hipótese em estudo.

Nesse sentido, o objetivo deste capítulo consiste em formular uma proposta para aplicação adequada dos meios executórios coercitivos atípicos nas execuções de obrigação de pagar, a partir do caso concreto, levando em conta os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso, bem como analisando as diretrizes levantadas no quinto capítulo.

O marco teórico para a formulação desta proposta, no tocante à teoria dos direitos fundamentais, consiste na teoria desenvolvida por Robert Alexy⁸⁹³ sobre o assunto, a qual foi muito bem abordada no Brasil em obras doutrinárias de Humberto Bergmann Ávila⁸⁹⁴. Justamente por isso, a lógica subjacente à proposta a ser formulada parte do caso em concreto, invariavelmente, levando em consideração as peculiaridades e as vicissitudes fáticas e jurídicas da questão posta em juízo.

Contudo, a simples referência de que a aplicação das medidas em apreço depende dessas circunstâncias *in concreto* pode gerar alguma inquietação científica. Nesse sentido, em recente e específico ensaio sobre o tema ora investigado, Flávio Luiz Yarshell questiona quais seriam os limites para a aplicação das medidas atípicas nas execuções pecuniárias. Indaga o autor se as providências que têm sido aplicadas por alguns magistrados (ex.: suspensão da CNH, apreensão de passaporte e bloqueio de cartões de crédito) seriam razoáveis e proporcionais. E prossegue respondendo: “Uma resposta – desde logo insatisfatória por ser evasiva – poderia ser a de que seria preciso

⁸⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁸⁹⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015; ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, 1999.

considerar as peculiaridades de cada caso concreto”⁸⁹⁵. No entanto, ato contínuo, o autor formula crítica afirmando que “essa resposta seria perigosa porque abriria espaço para decisões arbitrárias, que devem ser evitadas a todo custo”.

Assiste razão ao autor e, assim, dois vetores parecem entrar em colisão. Se, por um lado, é inegável que qualquer proposta de aplicação para as medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias deva partir do caso concreto, até mesmo em consonância com o marco teórico aqui adotado; por outro, parece claro que a ausência de qualquer tipo de balizador ou parâmetro mínimo para a atividade do órgão judiciário pode abrir campo para arbitrariedades.

Como forma de harmonizar esse potencial problema, a proposta ora formulada – sem desprezar que qualquer análise deve ser feita a partir do caso concreto –, em um primeiro momento, tenta demonstrar como os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso podem ser analisados concretamente. Em um segundo momento, com a proposta, almeja-se indicar parâmetros mínimos⁸⁹⁶ que podem ser adotados pelo magistrado para, diante do caso concreto, valer-se, ou não, das medidas em apreço.

Esses parâmetros mínimos enaltecem a segurança jurídica nos vieses da cognoscibilidade, da estabilidade e da calculabilidade e, sobre esse ponto, o marco teórico utilizado será a teoria da segurança jurídica de Humberto Bergmann Ávila⁸⁹⁷.

A proposição de parâmetros mínimos para a interpretação e a aplicação de normas ganha relevo quando se está diante de uma cláusula geral, como é o caso do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015. Nessa linha, afirma Judith Martins Costa que “cabe à doutrina, mais que tudo, fixar critérios que possibilitem a concreção num quadro de

⁸⁹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015*: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira. p. 78.

⁸⁹⁶ Flávio Luiz Yarshell entende que essa fixação de parâmetros é tarefa da doutrina: “Então, parece que a missão mais relevante da doutrina está em determinar parâmetros objetivos que legitimem a adoção deste ou daquele mecanismo de coerção.” (Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015*: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, p. 78).

⁸⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*.

inteligibilidade e controle intersubjetivos relevantíssimos, especialmente quando se trata de aplicar cláusulas gerais”⁸⁹⁸.

A proposta para a aplicação adequada das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias, então, parte do ponto de vista do magistrado diante e a partir do caso concreto que lhe é posto. A atividade do julgador consistirá em enfrentar as circunstâncias da questão *in concreto* pelos prismas dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso e em perquirir acerca da presença de parâmetros mínimos que legitimem, ou refutem, eventual deferimento das medidas em tela.

A tentativa de contribuição acadêmica do presente trabalho, assim, consiste em propor uma orientação ou um norte para que o órgão judiciário – diante de uma execução pecuniária em que se cogita a aplicação das medidas coercitivas atípicas – possa interpretar por concreção e aplicar, adequadamente, o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, com base nos postulados já mencionados e nos aludidos parâmetros mínimos.

Para tanto, a primeira seção deste capítulo analisará a aplicação de medidas coercivas atípicas em execuções pecuniárias pelo ótica dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso, com base na teoria de Robert Alexy e na doutrina de Humberto Bergmann Ávila, como mencionado linhas atrás.

A segunda seção deste capítulo analisará a importância da fixação de parâmetros mínimos para a interpretação das normas jurídicas como forma de consagração da segurança jurídica nos vieses de cognoscibilidade, estabilidade e calculabilidade. Igualmente, será investigado o método de concreção para a aplicação das cláusulas gerais.

A terceira seção promoverá uma sumária exposição da opinião de alguns autores acerca dos requisitos ou parâmetros que devem estar presentes para o deferimento das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias. Apesar de o posicionamento da maioria desses autores ter sido objeto de análise no capítulo cinco, neste ponto do trabalho o foco consiste em analisar os critérios estabelecidos pelos autores, individualmente. Ou seja, objetiva a apresentação das diretrizes que esses autores entendem ser indispensáveis para a aplicação das medidas em apreço.

⁸⁹⁸ COSTA, Judith Martins. Prefácio a Maria Cláudia Mércio Capachuz. Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. In: _____. (Org.). *Modelos de direito privado*, p. 44.

A quarta seção deste capítulo analisará as diretrizes estudadas no capítulo cinco do trabalho, de modo a se verificar quais delas constituem parâmetros mínimos para a interpretação do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 em execuções pecuniárias. Não obstante, esta seção tentará ainda equiparar algumas das diretrizes a requisitos de validade e fatores de eficácia para a aplicação das medidas coercitivas atípicas em apreço.

Vale rememorar que o recorte do presente trabalho repousa sobre a aplicação das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias e, por conseguinte, a proposta de aplicação que será entabulada nas próximas seções levará em conta, tão somente, o manejo das coerções atípicas em execuções, aparelhadas por títulos judiciais ou extrajudiciais, de obrigações de pagar.

Ainda que, de certa forma, a proposta possa ser aplicada para além dessa hipótese, não será considerada a sobredita aplicação em algumas situações, a saber, nas execuções de obrigações específicas, nas execuções de prestações alimentares, na tutela provisória, na execução das decisões estruturantes ou no processo penal.

6.1 A OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO PARA A CORRETA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS EM EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS

A presente seção objetiva analisar a necessidade de observância dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso para a aplicação de medidas coercivas atípicas em execuções pecuniárias pela ótica do magistrado, diante do caso concreto. Levando em conta como referencial de base a teoria dos direitos fundamentais exposta por Robert Alexy, a investigação será promovida sempre considerando o manejo das medidas a partir do caso concreto posto em juízo.

6.1.1 Considerações iniciais

Apesar da força terminológica contida na palavra princípio⁸⁹⁹, é crucial compreender que os ditames relativos à proporcionalidade

⁸⁹⁹ No sentido próprio do termo, *princípios* “significam as *normas elementares* ou *os requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa. [...] Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em

ensejam a aplicação de um postulado normativo aplicativo, terminologia cunhada por Humberto Bergmann Ávila. Conquanto o termo mais difundido e utilizado pelos tribunais pátrios⁹⁰⁰ seja princípio da proporcionalidade, sob a concepção engendrada por Robert Alexy, essa designação não é imune a críticas.

Em um primeiro momento, embora não seja o objetivo do presente trabalho aprofundar-se na temática relativa à distinção entre princípios e regras, algumas considerações são necessárias à esmerada utilização das máximas preconizadas pelo postulado da proporcionalidade. Ambos reunidos ao gênero normas⁹⁰¹, as regras expressam exigências ou determinações “no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”⁹⁰² e são aplicadas por meio da técnica de subsunção⁹⁰³; já os princípios consubstanciam-se em mandados de otimização, ou seja, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁹⁰⁴. Aquelas são sempre satisfeitas, ou não, via subsunção, enquanto estes não contêm um mandamento definitivo, apenas expressam deveres *prima facie*, cuja aplicação definitiva advém do

perfeitos *axiomas*. *Princípios jurídicos*, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito. [...] Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos Direitos”. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 639.

⁹⁰⁰ Exemplos recentes e genéricos da denominação da regra da proporcionalidade como princípio podem ser visualizados nos seguintes julgados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 895868 Agr-ED-ED*, relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma. Brasília, DF, j. 29/06/2018, Processo eletrônico: DJe-153 Divulg. 31-07-2018, Puplic. 01-08-2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1261054/SP*, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma. Brasília, DF, j. 02/08/2018, DJe 09/08/2018.

⁹⁰¹ Explicita Robert Alexy que a reunião das regras e dos princípios sob o conceito de norma encontra razão de ser “porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 87).

⁹⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed., p. 91.

⁹⁰³ Sob o ponto de vista ideal, conforme salienta Karl Larenz, a subsunção é “um procedimento isento de valoração. Nestes termos, aquele que aplica a lei ficará liberto do incômodo da ponderação valorativa, o que torna a aplicação do Direito segura”. (*Metodologia da Ciência do Direito* p. 309).

⁹⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed., p. 90.

sopesamento entre princípios colidentes, mediante o estabelecimento de uma relação de prevalência.⁹⁰⁵

Embora não seja de extrema profundidade a distinção realizada linhas atrás, é o que basta para a análise a ser concretizada neste trabalho. Com base na classificação de Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade não pode ser entendida ou denominada de princípio, “já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto”⁹⁰⁶.

A praxe jurídica brasileira, em verdade, encampou e passou a reproduzir a denominação da máxima da proporcionalidade como princípio com vistas a conferir “a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade”⁹⁰⁷. No entanto, admitindo que, “com frequência”, a máxima da proporcionalidade é denominada de princípio da proporcionalidade, Robert Alexy⁹⁰⁸ enfatiza que não se trata de um princípio no sentido por ele empregado na Teoria dos Direitos Fundamentais. É que as máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, as quais serão logo esclarecidas com a devida profundidade, “não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não”⁹⁰⁹. Daí porque a denominação da máxima da proporcionalidade como princípio é, algumas vezes, contestada.

⁹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed., p. 104.

⁹⁰⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, 1999. p. 169.

⁹⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, 2002. p. 26.

⁹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed., p. 117, nota de rodapé n. 84. Nessa passagem, o referido autor classifica as máximas parciais da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, como regras, pois deve-se indagar se elas foram satisfeitas ou não “e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade”. Por isso, Virgílio Afonso da Silva adota a expressão *regra da proporcionalidade* (O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, 2002. p. 23-50). Todavia, Humberto Bergmann Ávila é pontual ao dizer que a máxima da proporcionalidade também não é uma regra jurídica, pois “o dever de proporcionalidade não estabelece tal ou qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. É por intermédio das condições que ele estabelece que da interpretação de outras normas envolvidas será estabelecido o que é devido, permitido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico” (A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, 1999. p. 170).

⁹⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* 2. ed., p. 117, nota de rodapé n. 84.

Sem pretender uniformizar ou modificar a terminologia empregada pelos tribunais pátrios e por grande parte da doutrina, objetiva-se apenas evidenciar que a denominação da proporcionalidade como princípio não encontra guarida na acepção desenvolvida por Robert Alexy.

A máxima da proporcionalidade, conforme explicitado por Humberto Bergmann Ávila, deve ser entendida como um postulado normativo aplicativo. Traduz-se, portanto, em uma “condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados”⁹¹⁰.

No presente trabalho, em vista das breves diferenciações acima consignadas, dar-se-á preferência à terminologia “postulado da proporcionalidade”, sem negar a força semântica que exsurge da usual – mas questionável – expressão princípio da proporcionalidade.

O postulado da proporcionalidade, ressalte-se, é aplicado em situações nas quais é possível identificar uma “relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação, [...] o da necessidade, [...] e o da proporcionalidade em sentido estrito”⁹¹¹. É que a proporcionalidade possui estreita relação com a natureza dos princípios⁹¹², na medida em que estes se consubstanciam em mandamentos de otimização. Assim, em caso de restrição dessas normas, diante de uma colisão, essa limitação deve fomentar o resultado ótimo – o que se dá justamente pela aplicação das aludidas máximas parciais.

Considerando-se que “o exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*”⁹¹³, é possível – e até mesmo devido, tendo em vista a necessidade de fundamentação das decisões judiciais – que o órgão julgador faça uso das máximas parciais relativas ao postulado ora analisado para proceder à escolha da medida executiva em determinado caso.

⁹¹⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, 1999. p. 170.

⁹¹¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 205.

⁹¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* 2. ed., p. 117.

⁹¹³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 206.

Vista a questão de forma geral, é imprescindível conceituar as máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito no contexto da aplicação das medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias.

6.1.2 O postulado da proporcionalidade pela máxima parcial de adequação

Como mencionado, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Nesse contexto, a máxima parcial da adequação, que decorre da “natureza dos princípios como mandados de otimização em face das possibilidades *fáticas*”⁹¹⁴, exige o manejo de um meio eficiente à consecução do fim almejado⁹¹⁵.

Para que seja possível constatar a relação existente entre o meio e o fim e chegar à conclusão de que aquele é eficaz para a obtenção deste, “é preciso analisar as espécies de relação existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover”.

Segundo Humberto Bergmann Ávila, essa análise pode ser realizada sob três aspectos: quantitativo, qualitativo e probabilístico. Sob a perspectiva quantitativa, deve-se examinar se “um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim almejado que outro meio”. A esfera qualitativa analisa se “um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio”. Já, em termos probabilísticos, deve-se ponderar se “um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio”⁹¹⁶.

Essa verificação deve ser realizada no plano fático e empírico, de modo que é prescindível uma relação imediata ou direta entre o meio a ser adotado e o fim a ser atingido. Em verdade, é necessário que se “verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de examinar se o meio é apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir o fim pretendido”⁹¹⁷.

⁹¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed., p. 118.

⁹¹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 208.

⁹¹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 209.

⁹¹⁷ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 11-54. p. 40.

De todo modo, com base nos aspectos qualitativos, quantitativos e probabilísticos da máxima parcial da adequação, o órgão julgador deve eleger um meio que tenda a obter “minimamente o fim, mesmo que esse não seja o mais intenso, o melhor e o mais seguro”^{918,919}. Nesse ponto, o foco da análise da proporcionalidade repousa sobre o credor.

Em razão disso, já é possível afastar, conforme tratado na seção 5.5, a imprescindibilidade de correlação instrumental entre a medida coercitiva adotada e a natureza da obrigação pecuniária que é perseguida com esse meio. A medida mais adequada não é a correlata com a obrigação perseguida, mas sim aquela que tem mais chances de obter o resultado esperado.

Essa correlação – no sentido de ser obrigatória – escapa à máxima parcial de adequação, pois o meio mais adequado para o atingimento do fim perquirido não necessariamente guardará relação com a natureza da obrigação. A relação entre meio e fim não significa correlacionar o meio a ser utilizado e a origem da obrigação de pagar, exige-se, ao revés, afinidade entre o meio e a possibilidade de êxito na aplicação da medida.

Diante de um caso concreto em que, por exemplo, requer-se a aplicação de medida atípica para a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, esta sanção não possui relação direta e óbvia com o adimplemento da obrigação de pagar. A aplicação da sanção de suspensão da CNH – ainda que a origem do crédito executado não guarde nenhuma relação com o direito de dirigir do executado – poderá ser considerada adequada a partir do momento em que se verifica, no plano fático e no caso concreto, que ela seria capaz de causar no devedor pressão psicológica suficiente à realização do pagamento da dívida. E, justamente nesse ponto avulta, como apontado na seção 5.6, a necessidade de aplicação de uma medida coercitiva atípica que seja

⁹¹⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 209.

⁹¹⁹ Salienta Humberto Ávila que nem sempre é possível ou plausível saber qual meio adequado é o mais intenso, melhor e mais seguro para a consecução do fim almejado. É que, segundo o autor, “isso depende de informações e de circunstâncias muitas vezes não disponíveis para a Administração”. Além disso, discorrendo sobre a Administração, seria necessário um mínimo de liberdade, que é inerente à separação dos Poderes. Por fim, “a própria exigência de racionalidade na interpretação e aplicação das normas impõe que se analisem todas as circunstâncias do caso concreto. A imediata exclusão de um meio que não é o *mais intenso*, o *melhor* e o *mais seguro* para atingir o fim impede a consideração a outros argumentos que não devem, por isso, ser analisados no exame da adequação, mas no exame de proporcionalidade em sentido estrito” (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 209- 210).

customizada ou personalizada à esfera pessoal e patrimonial do devedor, de modo a obter-se o fim desejado.

A ideia de eficiência não consiste propriamente na aplicação da sanção vinculada à coerção, mas sim na convicção de que a ameaça de restrição de direitos seja capaz de pressionar o executado suficientemente para a satisfação da obrigação ou indicação de bens passíveis de penhora. Assim sendo, essa customização ou personalização da coerção configura parâmetro que, casuisticamente, pode ser observado pelo magistrado na ocasião da análise da máxima parcial da adequação.

A questão da necessidade de contraditório prévio, enfrentada na seção 5.4, também pode ser analisada sob a ótica da máxima parcial da adequação. Vale lembrar que somente o contraditório prévio consegue possibilitar a eficácia do meio coercitivo, uma vez que o objetivo da coerção não é a aplicação da sanção, mas sim a esperança de que o devedor – diante da ameaça de piora – pague o débito ou municie o juízo com informações indispensáveis à eficácia da expropriação.

Então, entende-se não ser correto imputar ao executado sanção relativa à restrição de direitos antes de propiciar-lhe o cumprimento da ordem, seja pagando ou indicando bens à penhora. Somente dessa forma a medida gozará de alguma eficácia. Não se ignora o fato de que o fim almejado pode ser atingido após a aplicação da sanção, como, por exemplo, no caso em que o executado paga a dívida após sofrer a restrição de direitos.

Contudo, como explanado antes, é intrínseco à natureza da coerção que a ordem seja cumprida antes da aplicação da sanção e não em momento posterior. Nessa linha, a observância do contraditório prévio consubstancia-se em parâmetro que pode ser examinado pelo magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, ao analisar a máxima parcial da adequação.

Em vista de como deve ser entendida a relação de adequação, três dimensões dessa máxima parcial merecem ser destacadas: abstração e concretude; generalidade e particularidade, antecedência e posteridade.⁹²⁰

Sob a primeira perspectiva (abstração), o meio será adequado se a sua adoção gerar, possivelmente, o atingimento do fim, não importando se este foi, de fato, concretizado. De outra banda, a vertente da

⁹²⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 209.

concretude exige que o fim seja efetivamente realizado, no caso concreto, para que o meio seja considerado adequado.

A dimensão da generalidade implica reconhecer que a medida será adequada quando o fim perseguido for realizado na maioria dos casos em que foi aplicada. Ainda que em alguns casos o meio não se tenha revelado eficaz à realização do fim perquirido, apenas por isso essa medida não será considerada inadequada. Em relação à particularidade, o meio adotado deve ser capaz de promover o fim quando individualmente considerado, porquanto a medida somente será considerada adequada se em “todos os casos individuais demonstrarem a realização do fim”⁹²¹.

No que se refere à esfera da antecedência, a análise da adequabilidade da medida – isto é, se ela será ou não capaz de atingir o fim esperado – é realizada ao tempo de sua adoção, a partir das informações obtidas até aquele momento. Caso, supervenientemente, essa avaliação revelar-se equivocada diante da análise de informações adicionais, o meio adotado não deixará de ser válido. Pela dimensão da posteridade, como a própria nomenclatura sugere, caso a medida mostre-se equivocada, posteriormente e em razão de novas informações, deverá ocorrer a sua revogação e a escolha de outra medida.⁹²²

A partir da análise dessas dimensões, embora não seja possível entoar uma resposta categórica sobre o que significa adotar uma medida adequada, Humberto Bergmann Ávila⁹²³ afirma que, nas situações em que o poder público está atuando em diversos casos, genericamente considerados, a medida será adequada quando *in abstracto* e geralmente servir de instrumento para a consecução do fim almejado. Em contrapartida, nas hipóteses individualmente consideradas, o meio será considerado adequado quando promover o fim *in concreto*.

Em ambos os casos, sob a perspectiva do momento da avaliação, essa análise deverá ser feita no ato de escolha da medida e não em ocasião posterior, considerando-se, ainda, as circunstâncias e as informações pré-existentes no processo. É que “o exame da

⁹²¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 211.

⁹²² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 211.

⁹²³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 211.

proporcionalidade exige do aplicador uma análise em que preponderam juízos do tipo probabilístico e indutivo”⁹²⁴.

O estudo dessas lições de Robert Alexy e, em especial, de Humberto Bergmann Ávila, à luz do tema posto em discussão, permite inferir algumas conclusões.

A primeira inferência alude ao fato de que, em sede executiva, o meio será considerado adequado quando promover, nos planos fático, concreto e individual, a consecução do fim perquirido. E, na perspectiva da aplicação das medidas coercitivas atípicas, significa dizer que, após devidamente coagido de restrição em algum direito, o executado tenderá a pagar o valor devido ou indicar bens passíveis de penhora para posterior expropriação.

A segunda conclusão consiste no cuidado de se considerar as informações obtidas até o momento da escolha da medida, quando, então, avulta a importância de o exequente trazer aos autos informações sobre a pessoa do devedor e sobre eventuais indícios de ocultação do seu patrimônio.

Assim sendo, para que a medida coercitiva tenha condições de ser eficaz, é imprescindível que o exequente traga aos autos provas ou indícios de que a coerção pleiteada realmente tem condições de fazer o executado sentir-se ameaçado com a restrição em uma seara de direitos que lhe é cara. Igualmente, mostra-se crucial a existência de provas ou indícios de que se trate de executado que optou de forma voluntária e inescusável por frustrar a execução, apesar de ser solvente. Portanto, a verificação desses indícios ou provas poderá ser considerada pelo magistrado, casuisticamente, na ocasião da análise da máxima parcial da adequação.

De todo modo, eventual ineficácia da coerção não ceifará a adequabilidade dessa medida. Nesse caso – como apontado –, deverá o órgão judiciário optar por outro meio, desde que ainda presentes os requisitos.

Uma terceira conclusão pode ser obtida da premissa de que a análise da adequação da medida foge à abstratividade da correspondência direta entre o meio e o fim e repousa no plano da realidade fática, no qual não é necessária uma correlação imediata.

Uma vez mais, então, enaltece-se o que foi mencionado nas seções 5.5 e 5.6: o objeto de preocupação do órgão judiciário, sob a ótica da máxima parcial de adequação, não deve ser a correlação

⁹²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 212.

instrumental entre o meio adotado e a origem da obrigação pecuniária do executado, mas sim a relação existente entre a sanção, que poderá ser aplicada na coerção e a efetiva pressão psicológica que essa sanção poderá causar sobre o devedor.

Tome-se como exemplo um caso concreto em que o devedor, apesar de ter licença para dirigir, não possui automóvel e não tem o hábito de guiar veículos de outras pessoas, pois prefere deslocar-se caminhando ou por meios de transporte coletivos. Este exemplo mostra que é pouco provável que tal devedor, de fato, sintasse compelido a adimplir a dívida em razão de uma coerção para suspensão da sua CNH.

Por outro lado, imagine-se a hipótese de esse mesmo executado habitualmente realizar, para exclusivo lazer, postagens de fotografias, informações e opiniões nas redes sociais. Esse comportamento traduz o quanto lhe é importante poder acessar essas mídias. Por certo, a coerção que possua como sanção uma determinação para que as empresas controladoras dessas plataformas sociais cancelem ou suspendam as contas do executado até o cumprimento da determinação tenderá a ser mais eficaz e, portanto, adequada.

Não são todas as pessoas, abstratamente consideradas, que se sentem ameaçadas com a restrição ao direito de dirigir, de viajar ao exterior ou de usar cartões de crédito. No entanto, a adequação da aludida medida poderá ser verificada à luz do caso concreto, a partir da análise de informações trazidas pelo exequente e daquelas averiguadas pelo próprio órgão judiciário. Ou seja, é possível antever, por meio da realização de um juízo de probabilidade, e não de certeza, o possível grau de eficácia da medida adotada.

6.1.3 O postulado da proporcionalidade pela máxima parcial de necessidade

A análise do postulado da proporcionalidade não se esgota na verificação da adequação do meio escolhido, é preciso, ainda, averiguar se a medida adotada é necessária. O foco, nesse ponto, está no devedor.

Sob o enfoque da máxima parcial da necessidade, impõe-se “uma avaliação dos próprios meios, na perspectiva dos prejuízos eventualmente resultante deles”⁹²⁵. A partir do momento em que se compreende que se está trabalhando com restrição de direitos fundamentais, a utilização de um meio para a promoção de um fim

⁹²⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 92.

específico encontra limite no exato momento em que esta finalidade é atingida.

Assim, se existir mais de um meio adequado e faticamente possível, deve-se optar por aquele que ensejará menos prejuízos ou consequências negativas aos direitos fundamentais em processo de ponderação. Em outros termos, se um meio possível e adequado à consecução de um fim, no plano fático, revelar-se mais prejudicial que outra medida tão viável e adequada quanto, aquele deve ser preterido.

Aliás, a máxima parcial ora analisada, também tem amparo no artigo 805 do CPC/2015, que assim prevê: “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Este dispositivo, vale lembrar, já possuía correspondentes no CPC/1939 e no CPC/1973.

Comentando o dispositivo equivalente no CPC/1939, o artigo 903, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirmava que nessa disposição continham duas regras, uma *para a execução* e outra *sobre execução*. O autor asseverou, quanto à primeira, que a norma protegeria o executado no tocante à forma como deveria ser interpretada, por exemplo, a regra de um contrato para a execução; quanto à segunda regra, a norma protegeria o executado na forma de interpretar as leis sobre execução⁹²⁶.

O mesmo autor, em outra oportunidade, comentando o dispositivo equivalente no CPC/1973, o artigo 620, assentou que a busca pelo modo menos gravoso para o devedor não constitui arbítrio do juiz, mas sim um dever. E este dever decorre da história, ou seja, ao longo do tempo, abrandaram-se “as sanções contra os devedores, como a da prisão, a do corte das mãos e a do esquitejamento”⁹²⁷.

Ao comentar o artigo 805 do CPC/2015, Araken de Assis afirma que o princípio da economia na execução, inferido do citado artigo, tem como base “(a) a dignidade da pessoa humana, freando a atuação dos meios executórios; (b) caráter patrimonial da execução. Quer dizer, a execução há de realizar o direito do exequente de forma justa e equilibrada”⁹²⁸.

Na seara dos meios executórios atípicos em obrigações pecuniárias, a questão ganha relevo e pode encontrar percalços.

⁹²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XIII: arts. 882-991. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 157-158.

⁹²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo X: arts. 612-735. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 40-43.

⁹²⁸ ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 797 ao 823, p.123-124.

É que o sistema processual previu, prioritariamente, os caminhos típicos de expropriação e de coerção pelo protesto, pela inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes e pela multa de dez por cento, no caso de títulos judiciais. Então, *a priori*, as consequências e os prejuízos com o manejo dos meios típicos já foram previstos expressamente em lei. Com base nessa análise, pode-se dizer que a máxima parcial da necessidade, em um primeiro momento (aplicação das medidas típicas), não encontra maiores dificuldades de concretização, uma vez que o meio que terá o condão de acarretar o menor prejuízo – em razão da calculabilidade e da previsibilidade – será, certamente, aquele que já possui a sanção prevista em lei. Assim, a consequência do meio será a retirada voluntária (por pagamento) ou forçada (por expropriação) de bens da esfera do executado, desígnio final de todas as execuções pecuniárias; ou a sanção sobre os direitos de personalidade do devedor, no viés da honra objetiva, por meio do protesto e da negativação.

Por outro lado, diante da ineficácia na utilização prévia desses meios típicos para o fim almejado – pagamento ou indicação de bens passíveis de penhora –, ainda que não se mostrem propriamente inadequados, esses meios deverão dar lugar a outros, que tendam a ser *mais* adequados para o atingimento dos mencionados fins. Nesse ponto, exsurge a possibilidade de aplicação das coerções atípicas.

Então, pode-se concluir que a subsidiariedade das medidas executivas atípicas nas execuções pecuniárias – analisada na seção 5.2 – consiste em parâmetro mínimo que pode ser enfrentada pelo magistrado, diante de um caso concreto, no exame da máxima parcial da necessidade.

Ainda, dentro da máxima parcial da necessidade, o órgão judiciário também poderá considerar a questão da escolha da seara de direitos do executado que sofrerá restrições pela sanção que foi vinculada à coerção. Entre os vários direitos do devedor que podem sofrer restrição, deverá optar-se por aquele que produzirá o menor prejuízo, desde que tal restrição seja suficiente para obter o fim pretendido. Com base nessa assertiva, por exemplo, parece não se enquadrar na máxima parcial da necessidade a restrição de direitos pela suspensão da CNH se o executado comprovar ser taxista e, assim, poderá ser mais correta a restrição de cancelamento de seus cartões de crédito.

Igualmente, parece crível afirmar que o manejo da cumulação desmotivada de medidas coercitivas sobre diversos direitos do executado – analisada na seção 5.6 – poderá encontrar óbice na máxima

da necessidade. O ajuntamento de restrições em vários direitos diferentes do executado, certamente, não condiz com a lógica da escolha de meio que gere as menores consequências negativas ao executado.

Nesse ponto, é importante conjugar a necessidade com a adequação porque, embora o prejuízo deva ser mínimo (necessidade), a eficácia do meio deve ser a maior possível (adequação) – objetivo que apenas tende a se concretizar por meio da customização da coerção, com a prévia identificação da seara de direitos que realmente é cara ou importante ao devedor.

Diante da multiplicidade de direitos que podem sofrer restrições pelos meios coercitivos atípicos, o quesito do mínimo prejuízo deve ser sopesado com o grau de efetividade de cada medida, grau este a ser analisado *in concreto* e individualmente. É claro que, diante da precedência lógica das máximas parciais⁹²⁹, já se parte do pressuposto de que todas as medidas postas à análise da máxima parcial da necessidade são adequadas ao fim perquirido, qual seja, a satisfação da obrigação ou a possibilidade concreta de expropriação por meio de indicação de bens penhoráveis.

Certo é que se deve sempre prezar pela mínima restrição dos direitos fundamentais envolvidos, pois, como lembra Eduardo de Avelar Lamy, “o propósito não é condenar direitos conquistados, mas apenas considerar a redução de seu âmbito de incidência visando à proteção de um bem de maior valor, pela via da ponderação de valores”⁹³⁰.

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

Da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, depreende-se que não se pode analisar apenas qual medida coercitiva

⁹²⁹ Conforme destaca Marcelo Lima Guerra, “é fundamental perceber que as três apontadas manifestações parciais da regra da proporcionalidade se distribuem em uma certa *ordem lógica e sucessiva*, quanto à sua utilização. Cada uma delas representa, na verdade, uma *etapa* da atividade de concretizar um direito fundamental, a ser cumprida após realizada uma outra. Assim é que a *adequação* deve ser examinada em primeiro lugar, para depois examinar-se a *necessidade* e só ao final, se for o caso, passar ao exame da *proporcionalidade em sentido estrito*. A compressão dessa relação de anterioridade lógica entre as sub-regras indicadas é importante para perceber que nem sempre a realização de um direito fundamental envolve a utilização de *todas elas*. (*Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 92-93).

⁹³⁰ LAMY, Eduardo de Avelar. O dever de boa-fé na execução de fazer infungível: a prevalência do traço humano sobre o caráter formal do processo. In: _____ (Org.). *Ensaio de Processo Civil*, v. 1, p. 129.

atípica seria menos prejudicial ao devedor; é necessário sopesar todos os interesses em jogo, inclusive os do exequente.

O derradeiro elemento do postulado da proporcionalidade, assim, “impõe uma avaliação global da situação, na qual se faça uma correspondência jurídica entre meios e fins, no sentido de estabelecer as vantagens e desvantagens do emprego dos meios, à luz de outros fins envolvidos na questão”⁹³¹. Logo, verifica-se que o enfoque deste postulado mira o equilíbrio.

Essa aferição, conforme aponta Robert Alexy⁹³², pode ser realizada em três etapas. A primeira corresponde à avaliação do grau de “não-satisfação ou afetação de um dos princípios”. Em um segundo momento, deve-se analisar “a importância da satisfação do princípio colidente” e, como ato de sopesamento, a última etapa consiste em aferir “se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio”.

Se, de um lado, por meio da aplicação de medidas atípicas, estar-se-á restringindo ou afetando algum direito fundamental inerente à pessoa do devedor, como a liberdade, no caso de restrição do passaporte; de outro, buscar-se-á atingir e manter o direito fundamental à efetividade da jurisdição, que consiste “na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”⁹³³.

Sob essa perspectiva, uma vez escolhido o meio executivo atípico por meio da análise das máximas parciais da adequação e da necessidade – ou seja, verificar se ele é adequado à promoção do fim perquirido e se é o menos prejudicial ao devedor –, mantém-se intacto o direito fundamental à tutela executiva. Em contrário, “sempre que o meio executivo previsto na lei não for capaz de proporcionar uma *pronta e integral* satisfação do credor, tem-se uma *denegação de tutela executiva*, o que consiste em autêntica *violação do direito fundamental à tutela executiva*”⁹³⁴.

Desse modo, a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito inflige ao órgão julgador a tarefa de zelar pela própria efetividade

⁹³¹ GUERRA. Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 92.

⁹³² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed., p. 594.

⁹³³ GUERRA. Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 92.

⁹³⁴ GUERRA. Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, p. 104.

da atividade jurisdicional, sopesando este direito fundamental em contraponto à afetação do direito do devedor, para o qual o dever de cuidado já se cristalizou na análise da adequação e da necessidade da medida. Ambos os lados, por assim dizer, devem ser considerados na consecução do postulado da proporcionalidade.

Ao órgão julgador compete a realização de juízos não apenas positivos, ou seja, se a medida escolhida atingirá o fim específico e se ela é a menos prejudicial ao devedor, mas, também, negativos, a fim de aferir como a *não utilização* de um meio coercitivo impactará o direito fundamental à tutela executiva do credor. Essa análise, porém, traz consigo um forte caráter de subjetividade, pois a comparação e a percepção daquilo que exsurge como vantagem ou desvantagem carregam íntimas e individuais valorações ou convicções.

Nesse ponto exsurge a questão do direito material posto em causa, enfrentada na seção 5.5. É que o vulto “do bem jurídico protegido poderá justificar a maior gravidade da medida executiva empregada”⁹³⁵.

Diante de um caso concreto, a seara de direitos do executado sobre a qual recairá a restrição de direitos poderá ser sopesada com a natureza do crédito do exequente ou, eventualmente, o destino comprovado que promoverá com a satisfação de obrigação pecuniária. Esse cotejo, buscando o equilíbrio, poderá ser entoado pelo magistrado, casuisticamente, na oportunidade em que analisa a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

6.1.5 Quanto aos postulados da proibição do excesso e da razoabilidade

Além do postulado da proporcionalidade, também existe a necessidade de se fixar, igualmente como parâmetro de determinação e de ponderação das medidas atípicas, o postulado da proibição de excesso. Ainda que rememore uma das facetas do postulado da proporcionalidade, sobretudo a da máxima parcial da necessidade, para além da análise do mínimo prejuízo, a proibição de excesso invoca que a efetivação de uma regra ou princípio constitucional “não pode conduzir à restrição de um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”⁹³⁶. Portanto, estabelece-se um núcleo rígido e inviolável de

⁹³⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileira*, p. 300.

⁹³⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 188.

direitos fundamentais, o qual não poderá sofrer nenhuma restrição ou invasão, independentemente da finalidade almejada.

A diferença que se observa entre a atuação do postulado da proporcionalidade e a atuação do postulado da proibição de excesso reside no fato de que aquele opera entre o núcleo essencial do direito fundamental envolvido – mas sem tangenciá-lo ou tocá-lo – e a linha que representa o menor grau de restrição deste direito. Ou seja, o postulado da proporcionalidade atua “num âmbito *a partir do qual* o núcleo essencial do princípio fundamental restringido está preservado”⁹³⁷. De outra banda, o postulado da proibição de excesso “não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”, pois a sua realização “depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido”⁹³⁸ ou não.

A título de exemplificação, imagine-se a hipótese em que o órgão julgador, sob o manto da cláusula geral das medidas atípicas – desejando de todo e qualquer modo a realização do pagamento da dívida – determina que o devedor não poderá sair para fora dos limites geográficos do município em que reside, sob nenhuma conjectura. Nesse caso, a justificativa de que se está prezando ou buscando a realização do direito fundamental à tutela executiva perde qualquer razão. Em verdade, não há sequer como realizar um sopesamento entre os direitos fundamentais envolvidos porque um deles – a liberdade – já foi excessivamente afetado em seu núcleo mais íntimo e inviolável. Por conseguinte, o controle exercido pelo postulado da proibição de excesso é diverso, mas complementar aos ditames do postulado da proporcionalidade.

Aliás, os postulados da proibição de excesso e da proporcionalidade podem ser coligados com o postulado da razoabilidade, o qual também deve ser invocado para a realização da escolha da medida executiva atípica.

De forma breve, salienta-se que, diversamente do postulado da proporcionalidade, o da razoabilidade não enseja uma análise do meio escolhido e do fim almejado e, sim, exige um exame da relação entre “a medida adotada e o critério que a *dimensiona*”⁹³⁹. Essa perspectiva,

⁹³⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 191.

⁹³⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 188.

⁹³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 203.

antevista como dever de *equivalência* da proporcionalidade, impõe que o critério utilizado *sirva* ao meio escolhido.

Como exemplo, considera-se *desarrazoada* – além de ilegal – a decisão judicial que determina a prisão do devedor cuja dívida não é alimentícia. Nessa hipótese, a busca pela satisfação da obrigação cuja natureza não é alimentar não *serve* de critério ao meio escolhido, isto é, a prisão do executado.

Outrossim, ao interligar o postulado da proibição de excesso com a máxima parcial da necessidade, tem-se que eventual decisão que determina a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação de pessoa cadeirante – que apesar de dotar parcial paralisia nas pernas dirige habitualmente – por certo irá lhe gerar imensas dificuldades de locomoção e relevantes prejuízos em diversas esferas de sua vida e, por isso, também pode ser reputada de *desarrazoada*.

Nesse ponto, avulta a importância de se promover o contraditório prévio e a análise das matérias de defesa que eventualmente forem apresentadas pelo executado após a intimação acerca da coerção, assuntos que foram abordados nas seções 5.4 e 5.8, respectivamente.

Guardando, portanto, relação com o método da concreção, a razoabilidade opera como “instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto”⁹⁴⁰. Trata-se de dever de *equidade*, entendido como a exigência de “harmonização da norma geral com o caso individual”⁹⁴¹.

Além disso, como dever de *congruência*, o postulado da razoabilidade impõe a “harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”, bem como passa a exigir “uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada”. Ou seja, busca-se impedir a desvinculação do meio elegido com a realidade e, ainda, “a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais”⁹⁴².

⁹⁴⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 202.

⁹⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 202.

⁹⁴² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 198-199.

6.2 A SEGURANÇA JURÍDICA NOS VIESES DA COGNOSCIBILIDADE, DA ESTABILIDADE E DA CALCULABILIDADE E O MÉTODO DE CONCREÇÃO PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS EM EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS

O ordenamento jurídico, aqui entendido como “uma entidade que por um lado se move conforme as normas, mas, sobretudo, por outro, ele mesmo as move quase como se elas fossem peões em um tabuleiro de xadrez”⁹⁴³, deve ser visto sob uma ótica sistêmica. Disso decorre a necessidade de as regras e os princípios encontrarem o seu fundamento de validade⁹⁴⁴ na Constituição Federal.

A partir do momento em que se fixa a premissa de que a atividade legislativa não é capaz de antever e de prever todas as situações passíveis de tutela e que, por conseguinte, constata-se a importância da função interpretativa dos órgãos judiciários, voltam-se as atenções para a aplicação das normas e, sobretudo, para os critérios que norteiam a realização desse ato.

Essa questão, que culmina na prolação de uma decisão judicial, remete à necessidade de se assegurar aos jurisdicionados elementos que determinem certa previsibilidade e calculabilidade quanto à atividade judicante e ao resultado da atividade jurisdicional. Três vertentes, convergentes e complementares, permeiam essa análise e encontram guarida na própria Carta Constitucional, a saber, a isonomia, a segurança jurídica (nos vieses da cognoscibilidade, da estabilidade e da calculabilidade) e a fundamentação das decisões judiciais.

A primeira garantia, que faz exsurgir a necessidade de estabelecimento de critérios ou de requisitos para a aplicação das normas, sobretudo as de caráter aberto, consiste na isonomia⁹⁴⁵. É necessário – ainda que de difícil execução – tratar as situações semelhantes de forma tecnicamente idêntica. Não basta assegurar

⁹⁴³ ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 69.

⁹⁴⁴ Explicita Carlos Mário da Silva Velloso que “toda ordem jurídica tem seu fundamento de validade na Constituição, mesmo porque é ela a origem de toda a atividade jurídica. Sendo assim, a Constituição é, necessariamente, superior a essa ordem jurídica, constituindo a regra ou a lei fundamental” (Controle de constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (Org.). *Direito constitucional: defesa da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. (Coleção Doutrinas Essenciais). p. 72).

⁹⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 24.

o mero acesso ao Poder Judiciário, por meio da garantia de sua inafastabilidade, sem buscar a equivalência das decisões para casos similares.

Sem adentrar os pormenores da garantia relativa ao tratamento isonômico dos jurisdicionados, pois isso fugiria do escopo do presente trabalho, a segunda vertente constitucional consubstancia-se na segurança jurídica.

Compreendida “como expressão inarredável do Estado de Direito”, a segurança jurídica “constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional”⁹⁴⁶.

Importa consignar que a fundamentalidade desempenhada pela segurança jurídica encontra respaldo no próprio Estado Constitucional e Democrático de Direito⁹⁴⁷, tanto em relação à sua natureza formal quanto à material. Sobre a primeira perspectiva, trata-se de uma espécie de Estado pautado na separação dos poderes e orientado por normas hierarquicamente postas, das quais decorrem a tutela jurisdicional. Materialmente⁹⁴⁸, o Estado objetiva exercer um papel contramajoritário, visando à proteção dos direitos e das garantias fundamentais e à consecução destes por meio da aplicação da lei.

Daí exsurge a necessidade de as decisões judiciais – sobretudo diante da incapacidade de a atividade legislativa prever todas as situações fáticas passíveis de tutela pelo direito – refletirem segurança jurídica.⁹⁴⁹ Para tanto, as deliberações proferidas pelo órgão judiciário

⁹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 90.

⁹⁴⁷ Utilizando-se da conceituação concebida por José Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito é um modelo de “Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo políticos das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.” (*Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 120).

⁹⁴⁸ Assenta José Joaquim Gomes Canotilho que “a confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do Estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no completo normativo-estadual” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 245-246).

⁹⁴⁹ Ressalta-se que a segurança jurídica ampara diversas regras e princípios contidos na Carta Constitucional, a exemplo do princípio da legalidade (inciso II do art. 5º); da

devem guardar consonância com os princípios e as garantias insertas na Constituição Federal, mormente com os direitos fundamentais.

Irradiando seus efeitos sobre os jurisdicionados e os operadores do direito, a segurança jurídica importa, de forma imediata, na “imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo mediante a formação e o respeito aos precedentes como *meio geral* para obtenção da tutela dos direitos”⁹⁵⁰. Daí porque a segurança jurídica é posta como um dos pilares⁹⁵¹ do Estado de Direito, pois este seria “impensável fora da garantia da segurança jurídica”⁹⁵².

O objetivo precípua da garantia em análise – seja na realização da atividade legislativa ou no direito aplicado – é assegurar que a tutela jurisdicional seja efetiva⁹⁵³ e, principalmente, promova confiabilidade, previsibilidade e estabilidade aos jurisdicionados. Aliás, a proteção da confiança, conforme explicita José Joaquim Gomes Canotilho, anda estreitamente associada à vertente subjetiva da garantia da segurança jurídica, “designadamente a calculabilidade e a previsibilidade dos

inafastabilidade da tutela jurisdicional (inciso XXXV do art. 5º); do devido processo legal (inciso LIV do art. 5º); da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (inciso XXXVI do art. 5º); entre outros.

⁹⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.40.

⁹⁵¹ Salienta-se que a garantia da segurança jurídica não se encontra presente em um dispositivo específico na Constituição Federal e, sim, é contemplada de forma implícita em suas diversas passagens e, em termos genéricos, no próprio preâmbulo. Acerca da previsão genérica do termo *segurança*, Ingo Wolfgang Sarlet assenta que essa inserção “faz com que o direito à segurança (também) possa ser encarado como uma espécie de cláusula geral, que abrange uma série de manifestações específicas, como é o caso da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, apenas para referir as mais conhecidas”. (A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Camen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, p. 88).

⁹⁵² THEODORO JUNIOR, Humberto. Coisa julgada e segurança jurídica: alguns temas atuais de relevante importância no âmbito das obrigações tributárias. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, n. 389, p. 11-51, mar. 2010. p. 13.

⁹⁵³ Acerca da efetividade, destaca José Joaquim Calmon de Passos que “não é o processo que reclama, enquanto tal, efetividade, mas sim a tutela prometida, o ordenamento como um todo sistemático, para cuja efetividade torna-se indispensável o processo de produção do direito, não qualquer processo, e sim o devido processo constitucional.” (Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 1, p. 30-35, set./out. 1999. p. 34).

indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”⁹⁵⁴.

Nesse sentido, a despeito de a jurisdição brasileira ser afeta ao sistema de *civil law*, não se pode olvidar a atual importância conferida à atividade interpretativa e decisória do órgão judiciário, sobretudo dos tribunais superiores⁹⁵⁵. Para que se atinjam as diversas finalidades da segurança jurídica, é imprescindível que a realização da interpretação e, por consequência, do direito, seja efetivada de maneira homogênea e unívoca.

Justamente por não se poder antever com exatidão o sentido que será conferido à determinada norma, é preciso garantir aos jurisdicionados e aos órgãos julgadores condições de compreender as interpretações cabíveis de um dado texto normativo. Disso advém a *cognoscibilidade* da garantia da segurança jurídica, compreendida como a “capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los”⁹⁵⁶.

A necessidade de entender o sentido das normas leva, ainda, ao elemento da *estabilidade*. É evidente que a realização do direito não é algo invariável e, aliás, nem poderia sê-lo, sob pena de se tornar arcaico e de não mais atender às pretensões da sociedade. Imutabilidade e estabilidade, portanto, não se confundem.

Em vista dessa premissa, a Constituição Federal, com o intuito de se adaptar “às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social”⁹⁵⁷, é dotada de uma rigidez relativa. Essa característica se traduz em técnica capaz de assegurar certa estabilidade constitucional, diante do estabelecimento de cláusulas pétreas e dos procedimentos específicos para a realização de modificações por meio de emendas e,

⁹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 257. Sob o ponto de vista objetivo, “a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 257.

⁹⁵⁵ Assevera Antonio do Passo Cabral que “o planejamento humano baseado na orientação jurisprudencial anterior pode ser dura e subitamente afetado por uma substancial violação às expectativas criadas na manutenção do entendimento estabilizado” (Estabilidade e alteração da jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do julgamento-alerta. In: GALLOTTI, Isabel et al. (Coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 35).

⁹⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 137.

⁹⁵⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 42.

concomitantemente, de adaptação das normas constitucionais às novas necessidades sociais.⁹⁵⁸

A possibilidade de proceder a alterações no texto normativo, constitucional ou infraconstitucional, no entanto, não pode comprometer a estabilidade do direito. Essa perspectiva, aliás, deve ser observada tanto no direito posto quanto no direito aplicado. Ou seja, é inadmissível que as alterações das leis e as suas aplicações ocorram sem critérios ou, ainda, em desconsideração a critérios já aceitos e comumente utilizados pelos órgãos julgadores.

Em síntese, a consecução da estabilidade do direito carrega consigo duas vertentes: as alterações em um dado texto normativo devem obedecer a certos limites, a depender da natureza e da espécie da norma (constitucional ou infralegal); e, de maior importância para o presente trabalho, devem observar o *modo de interpretar* o direito.

Não se pode permitir alterações drásticas, abruptas e irrestritas, desconsiderando o compromisso legal de proteger a confiança dos jurisdicionados – o que compreende tanto a legislação até então utilizada como a forma de aplicação das normas. É necessário que se preze pela continuidade da segurança, entendida não como “petrificação, mas mudança com consistência, protegendo os interesses humanos de estabilidade e permanência, mas viabilizando também a alteração das posições jurídicas estáveis”⁹⁵⁹.

Se a mera alteração no texto legal e na forma de interpretação, até então utilizada para a sua aplicação, devem focar-se em não prejudicar a confiança e a estabilidade do direito, para que este se torne confiável e estável deve-se prezar pela possibilidade de se antever as consequências jurídicas de determinado ato. Trata-se do terceiro consectário da garantia da segurança jurídica, isto é, a *calculabilidade*.

A despeito de não ser possível antecipar com “absoluta certeza” todos os efeitos normativos e todas as alternativas interpretativas postas à análise do órgão julgador, a calculabilidade compreende a capacidade de “o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais”⁹⁶⁰.

⁹⁵⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 42.

⁹⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração da jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do julgamento-alerta. In: GALLOTTI, Isabel et al. *O papel da jurisprudência no STJ*, p. 37.

⁹⁶⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 140. Convém salientar que o autor interpreta o termo “previsibilidade” como a “total capacidade de antecipar as consequências jurídicas da conduta (própria ou alheia). O termo ‘previsibilidade’ e a

Deve-se garantir, por conseguinte, não apenas a segurança no direito posto, mas, também, a segurança na aplicação da lei. Em vista dessa premissa, é essencial que essa atividade seja exercida com base em critérios uniformes, não arbitrários e, de preferência, levando-se em consideração entendimentos já consolidados pela jurisprudência.

A concretização dessa segurança “depende de elementos argumentativos e processuais”. Os elementos argumentativos referem-se “ao uso de estruturas claras e objetivas de raciocínio”⁹⁶¹, presentes quando as premissas e as conclusões do raciocínio jurídico encontram amparo no ordenamento jurídico e quando “a sua construção obedece a critérios racionais de argumentação”⁹⁶². Os elementos processuais dizem respeito “a um procedimento, administrativo ou judicial, que permite e que considera a ampla defesa e o contraditório, bem como garante a fundamentação escrita e lógica das decisões”⁹⁶³.

Ainda que uma norma seja acessível e de fácil compreensão, ela pode ser aplicada de modo arbitrário, ou seja, “sem critérios objetivos e uniformes e sem uma adequada justificação e fundamentação”⁹⁶⁴. Justamente por isso é que a segurança jurídica deve permear tanto a possibilidade de alteração legislativa quanto a própria aplicação da lei. É que, “sem segurança de aplicação, a segurança da norma seria anulada pela insegurança da sua aplicação”⁹⁶⁵. Conforme arremata Humberto Ávila, “com a devida licença poética, a segurança que havia entrado pela porta sairia pela janela”⁹⁶⁶.

Da segurança da aplicação da norma exsurge a terceira vertente, qual seja, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Como elemento essencial da sentença, consoante o artigo 489, inciso II, do CPC/2015 e, ainda, como garantia insculpida no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, a motivação ou a fundamentação consubstancia-se em condição imperativa para o efetivo exercício da prestação jurisdicional e em princípio norteador de qualquer decisão proclamada.

expressão ‘certeza absoluta’ denotam esse sentido”. Daí porque o autor prefere a palavra *calculabilidade*, pois “a segurança jurídica apenas exige a elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas” (*Teoria da segurança jurídica*, p. 139).

⁹⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 156.

⁹⁶² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 156.

⁹⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 156.

⁹⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 156.

⁹⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 156.

⁹⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 156.

Essa garantia, portanto, perfaz preceito que serve ao balizamento da própria atuação estatal. Além de se consubstanciar em uma garantia às partes, a imprescindibilidade da fundamentação das decisões jurisdicionais desponta para obstaculizar o arbítrio do Estado ao agir na pessoa do juiz, limitando o seu próprio poder com o fim de evitar abusos e injustiças.

Desse modo, as decisões pautadas na livre expressão de vontades únicas e subjetivas são insuficientes à escorreita tutela dos direitos. Evidencia-se, assim, o caráter argumentativo e necessário do direito, o qual, para não se tornar instrumento de arbitrariedades, deve ser preenchido com critérios interpretativos fundados no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a segurança jurídica “deixa de ser uma mera exigência de predeterminação para consubstanciar um dever de controle racional e argumentativo”⁹⁶⁷. A liberdade concedida à atividade judicante, porém, pode tolher do próprio ordenamento jurídico a calculabilidade que dele se espera (tome-se como exemplo as constantes mudanças em jurisprudência dominante pelos Tribunais Superiores).

É bem verdade e não incomum que diferentes órgãos judiciários, diante de um mesmo caso concreto, encontrem e defendam diferentes concepções sobre o que está pressuposto na norma legal. E não há nada de irregular nessa atividade, pois a premissa de que o texto legal comporta inúmeros sentidos compreende a possibilidade de extração de diversas normas, a depender da interpretação de cada julgador.⁹⁶⁸

Essa atividade interpretativa, todavia, ganha maiores proporções quando se está de diante de cláusulas gerais. É que, embora a abstração e a generalidade das normas facilitem a sua compreensão, “menos previsível é o seu conteúdo, pela falta de elementos concretos relativamente ao que é permitido, proibido ou obrigatório”. Quanto mais amplo o texto normativo, maior a sua vagueza e obscuridade.⁹⁶⁹

Diante da natureza e das características inerentes às cláusulas abertas⁹⁷⁰, é evidente que a interpretação – e, por consequência, a aplicação dessas normas – compreende a construção de argumentos e de raciocínio jurídico mais apurado. Nesse ponto, reforça-se a necessidade de se primar pela fundamentação das decisões judiciais, sobretudo para

⁹⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 269.

⁹⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 8. ed., p. 390.

⁹⁶⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, p. 60.

⁹⁷⁰ Salienta-se que essa análise foi realizada na seção 2.2.1.

que os caminhos escolhidos pelo órgão judiciário, dentro dos limites de sua discricionariedade, tornem-se conhecidos.

Como em qualquer aplicação de texto normativo, é essencial que o magistrado não renuncie a todo o arcabouço jurídico construído, ou seja, a sua interpretação deve partir da própria sistematização estabelecida pelo ordenamento jurídico-constitucional, da doutrina e da verificação da jurisprudência.

Todavia, a técnica legislativa das cláusulas gerais “exigem do órgão jurisdicional um papel mais ativo na criação do Direito”⁹⁷¹. Disso resulta que o método de *subsunção*⁹⁷² do fato ao texto enunciado no dispositivo legal é insuficiente à aplicação das cláusulas gerais, justamente pelo seu caráter amplo, genérico e, muitas vezes, indeterminado *a priori*.

É necessário, por conseguinte, o manejo do processo de *concreção*, a partir do qual se deixa de lado a mera aplicação genérica do texto legal para realizar uma “avaliação adicional”⁹⁷³, à luz do caso concreto apresentado ao órgão judiciário. Ou seja, “na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de generalizar o caso; tem também de individualizar até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na subsunção”⁹⁷⁴.

Diante do caráter sistemático do ordenamento jurídico, o primeiro ponto a ser destacado é a imprescindibilidade de os princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, informarem a concretização das cláusulas gerais⁹⁷⁵. Na tarefa de concreção das cláusulas gerais não basta, apenas, a análise das peculiaridades fáticas, deve-se levar em consideração os direitos e as garantias fundamentais insertos na Constituição Federal⁹⁷⁶⁻⁹⁷⁷.

⁹⁷¹ DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, , n. 187, 2010, p. 70.

⁹⁷² O método da subsunção, aplicado a partir da confrontação entre a previsão contida no tipo legal e os fatos postos sob análise, é adequado para as “normas caracterizadas pela formação rígida ou tipificação máxima, onde o intérprete tem pouco espaço e necessidade de elucbrações de índole valorativa” MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, ano 13, 2004. p. 18-19.

⁹⁷³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997. p. 164.

⁹⁷⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 150.

⁹⁷⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 479.

⁹⁷⁶ É evidente que a aplicação das cláusulas fechadas também deve observar os direitos e as garantias fundamentais postos na Constituição. Todavia, à medida em que se parte da premissa de que essas cláusulas nascem respeitando os ditames constitucionais, pressupõe-se que os critérios específicos nelas estabelecidos também congregam os

Nesse contexto – além das garantias supracitadas, as quais, na execução, como regra, tendem a traçar parâmetros protetivos ao executado –, também deve ser sobrelevada a garantia, a favor do exequente, da efetividade da prestação jurisdicional executiva. O método de concreção das cláusulas gerais, como lembra Ruy Alves Henrique Filho, “liga umbilicalmente o exercício do direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional, seja no seu aspecto de complementaridade via decisão judicial, seja pela justa dinamização do tempo de duração do processo”⁹⁷⁸.

Para tornar viável esse processo de concreção das cláusulas gerais, conforme leciona Humberto Ávila⁹⁷⁹, é preciso levar em conta a finalidade concreta da norma, o contexto sistêmico-normativo no qual a norma se encontra e a mensuração dos resultados da aplicação da norma e da verificação de precedentes judiciais acerca da norma.

Diante do exposto, pode-se inferir que a aplicação das cláusulas gerais, por meio da técnica de concreção, sobreleva a necessidade de identificação das particularidades do caso concreto. Todavia, disso não se pode concluir que a atividade do magistrado não possa ser guiada por parâmetros mínimos para aplicação da cláusula geral ao caso concreto.

Ademais, o processo de concreção, até certo ponto, é facilitado porque, na tarefa de “valoração adicional” da interpretação e da aplicação da norma à luz do caso concreto, o magistrado, ao invés de “partir do zero”, pode valer-se de critérios-padrão, ou de requisitos mínimos que devem estar presentes no caso. E esses parâmetros básicos são individualizados ao caso concreto.

A concreção a partir de critérios mínimos, insta salientar, também consagra a garantia da segurança jurídica nos vieses da cognoscibilidade, da estabilidade e da calculabilidade.

A cláusula geral executiva inscrita no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, nesse contexto, exsurge como norma que necessita de

valores fundamentais insculpidos na carta maior. Ao falar sobre cláusulas gerais, as quais dão uma margem maior às arbitrariedades, a menção à necessidade de observância dos direitos e das garantias fundamentais faz-se mais proeminente.

⁹⁷⁷ Infere Ruy Alves Henrique Filho que “as cláusulas gerais se tornam ferramentas especiais do direito (traduzido como integridade), quando nas mãos dos operadores do direito; assim, natural concluir que os mecanismos positivados destinados a contribuir para efetividade do processo, de modo algum, prescindem de uma leitura constitucional para o seu manuseio” (*Direitos fundamentais e processo*, p. 4).

⁹⁷⁸ HENRIQUE FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*, p. 4.

⁹⁷⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 439-442.

concreção para aplicação no caso concreto⁹⁸⁰. Para essa tarefa, o magistrado – além de se preocupar com as peculiaridades do caso concreto e com a observância das garantias fundamentais postas em jogo – poderá perquirir a presença de parâmetros mínimos para a aplicação das medidas coercitivas atípicas.

O fato de a aplicação dessas medidas depender de análise casuística não afasta a importância do estabelecimento desses parâmetros mínimos, com os quais se busca justamente preservar os direitos fundamentais envolvidos e, concomitantemente, tornar efetiva a prestação jurisdicional.

É função da doutrina, portanto, apresentar critérios ou requisitos mínimos, a fim de que o órgão judiciário possa, diante de um caso concreto, balizar os seus argumentos e construir o seu raciocínio jurídico de forma fundamentada.

6.3 BREVE EXPOSIÇÃO SISTEMÁTICA DAS OPINIÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DOS CRITÉRIOS PARA MANEJO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS

Ao longo do capítulo anterior foram externados os posicionamentos de vários autores no tocante aos requisitos ou critérios que devem estar presentes para a aplicação das medidas coercitivas em apreço. Todavia, a explicitação foi formulada obedecendo a uma linha sequencial das diretrizes. Por isso, nesta seção – para melhor compreensão da questão – apresenta-se um resumo dos critérios, requisitos ou diretrizes apontados, agrupados por autores.

Sem olvidar a importância de todas as obras e todos os autores que foram pesquisados e referenciados nas seções antecedentes, aqui, a análise conjugará doze obras de dezessete autores diferentes. Afora isso, também serão vistos os critérios levantados pelo Enunciado n. 12 do

⁹⁸⁰ Nesse sentido, corretamente entendeu a Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao afirmar que: “Dessa forma, muito embora as cláusulas gerais como aquela trazida pelo art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015 sejam abstratas e genéricas porque se utilizam propositalmente de conceitos indeterminados para lhes permitir maior alcance, sua concretude deve ser extraída do próprio litígio enfrentado pelo Juiz, que, dessa forma, não está autorizado a implementar toda e qualquer providência porventura requerida pela parte interessada no cumprimento da obrigação.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2016197-06.2017.8.26.0000*, relator Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 45ª Vara Cível. São Paulo, SP, j. 20/03/2017, r. 20/03/2017.

Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis e pelo Enunciado n. 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados. Passa-se à exposição.

Após profundo estudo da matéria, Leonardo Greco proclama que os pressupostos para aplicação das medidas seriam: “necessidade, adequação, conexão instrumental específica, proporcionalidade, razoabilidade, subsidiariedade, excepcionalidade, devido processo legal, aferição e proteção do *periculum in mora* inverso”⁹⁸¹.

Paula Sarno Braga, Leonardo Carneiro da Cunha, Fredie Didier Junior e Rafael Alexandria de Oliveira, em extenso artigo acerca das cláusulas gerais executivas previstas no CPC/2015 (artigos 139, inciso IV; 297 e 536, §1º)⁹⁸², propõem lançar parâmetros ou “standards” para servirem de “ponto de partida para a concretização do princípio da atipicidade das medidas executivas no Direito Processual Civil brasileiro”⁹⁸³. Importante frisar que o escopo desse estudo é bastante amplo e, portanto, os autores lançam trinta e um “standards”.

Especificamente, no tocante à aplicação das medidas coercitivas previstas no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 – e àquelas questões investigadas nas seções antecedentes –, verifica-se que os autores enumeram as seguintes diretrizes⁹⁸⁴: (a) a aplicação é subsidiária às medidas típicas; (b) o campo de atuação estende-se aos títulos extrajudiciais e às execuções provisórias; (c) a medida deve obedecer aos postulados de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; (d) a decisão acerca da escolha do meio deve ser fundamentada; (e) o contraditório pode ser diferido; (e) inexistente adstrição entre o pedido da parte e a medida coercitiva aplicada; (f) as medidas podem ser determinadas de ofício.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, a adoção das medidas depende apenas de dois requisitos, a saber, que os meios típicos foram “incapazes de gerar a satisfação de seu direito e que a medida executiva

⁹⁸¹ GRECO, Leonardo. Coações indiretas na execução pecuniária. In. DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*, p. 415.

⁹⁸² BRAGA, Paula Sarno et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017.

⁹⁸³ BRAGA, Paula Sarno et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 272.

⁹⁸⁴ BRAGA, Paula Sarno et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, p. 227-272, 2017. p. 270-272.

atípica pretendida é eficaz, ou seja, realmente funcionará para pressionar o executado a cumprir a obrigação que por ele pode ser cumprida⁹⁸⁵.

Contudo, o autor também entende que; (a) não é necessária a correlação entre a medida e a natureza da obrigação; (b) devem ser observados os postulados da proporcionalidade e de razoabilidade; (c) é possível a cumulação de medidas, sendo interessante o seu escalonamento; (d) a aplicação das medidas independe de requerimento da parte; (e) o contraditório somente será diferido no caso de preenchimentos dos requisitos da tutela provisória; (f) o ônus de comprovar os requisitos recai sobre o exequente; (g) a fundamentação da decisão acerca da aplicação das medidas deve ser completa e exauriente.⁹⁸⁶

Na visão de Flávio Luiz Yarshell⁹⁸⁷, para a aplicação das medidas coercitivas atípicas devem ser combinados os seguintes elementos: (a) natureza da obrigação a ser satisfeita; (b) verificação da pessoa do devedor, no sentido da aparente titularidade de patrimônio que não está sendo alcançado pela execução; (c) tempo decorrido desde o inadimplemento, a fim de que a tutela executiva seja efetiva e tempestiva; (d) gravames adicionais que o inadimplemento possa trazer ao devedor; (e) preservação de direitos não patrimoniais do devedor e/ou consideração de direitos patrimoniais do devedor que também possam ser relevante. Afora isso, o autor também se posiciona no sentido da não subsidiariedade no uso das medidas.

No entender de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero⁹⁸⁸, a aplicação das medidas em estudo deve seguir os seguintes parâmetros: (a) somente possuem aplicabilidade nos títulos executivos judiciais; (b) mostra-se despicienda a subsidiariedade, porquanto, em razão do sistema atípico adotado pelo CPC/2015, o juiz

⁹⁸⁵ 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 148.

⁹⁸⁶ 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. 265, p. 107-150, 2017. p. 125-150.

⁹⁸⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira*, p. 76-79.

⁹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 775-783.

estaria livre para adotar a medida executiva mais adequada; (c) não necessita de requerimento da parte.

Marcos Yoji Minami, em monografia sobre o tema⁹⁸⁹, afirma que existem “critérios mínimos para a aplicação da atipicidade executiva” e os extrai da análise das mais variadas feições da atividade executiva. Assim, o autor cita como critérios mínimos os seguintes: (a) devem ser subsidiárias aos meios típicos; (b) que “pode o órgão julgador, *ex officio*, determinar, como medida atípica, providência para a qual a lei, tipicamente, exige provocação da parte”; (c) a questão deve ser regida pelo postulado da proporcionalidade; (d) não é necessária correlação entre a medida e a obrigação; (e) a fundamentação da decisão deve explicitar os motivos para não aplicação dos meios típicos e para o manejo dos meios atípicos; (f) é aplicável em títulos extrajudiciais e em execução provisória.

Também, dissertando sobre o tema⁹⁹⁰, Marcelo da Rocha Rosado levanta os seguintes parâmetros: (a) as medidas atípicas podem ser cumuladas com as típicas; (b) são aplicáveis em quaisquer tipos de títulos executivos e nas execuções provisórias; (c) devem ser observadas a adequação, a necessidade e a razoabilidade da medida; (d) não se é necessária a correlação entre a medida e a obrigação; (e) a aplicação não é subsidiária, porquanto o critério a ser adotado consiste na eficiência; (f) o manejo das medidas “não depende de atividade de cognição exauriente a respeito da certeza do direito encartado no título executivo extrajudicial”; (g) cabe atuação oficiosa do juízo; (h) a decisão deve estar “escorada em fundamentação suficiente e em contraditório útil, como método imprescindível para a segurança jurídica na atipicidade”.

De acordo com José Miguel Garcia Medina⁹⁹¹, a utilização das medidas atípicas deve seguir os seguintes parâmetros: (a) aplicação supletiva aos meios típicos; (b) a intensidade da medida atípica será mais grave na proporção “em que for mais importante o bem jurídico a ser tutelado”; (c) são cabíveis também em títulos extrajudiciais; (d) deve ser antecedida de “cognição completa, exauriente e definitiva sobre a existência do direito do exequente”.

⁹⁸⁹ MINAMI, M. Y. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*, p. 224-230.

⁹⁹⁰ ROSADO, Marcelo da Rocha. A eficiência dos meios executivos na tutela processual das obrigações pecuniárias no Código de Processo Civil de 2015, p. 241-245.

⁹⁹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileira*, p. 296-301.

Luiz Henrique Volpe Camargo, em ensaio sobre as linhas de defesa do executado diante das coerções atípicas⁹⁹², afirma que os seguintes critérios devem ser obedecidos: (a) o contraditório prévio, e não o diferido; (b) a aplicação deve ser subsidiária; (c) devem existir indícios de ocultação de bens pelo executado; (d) as medidas não podem ferir o núcleo essencial de direitos fundamentais do executado; (e) é necessária a correlação entre a medida aplicada e a origem da obrigação inadimplida.

Para Gilberto Gomes Bruschi⁹⁹³, os parâmetros a serem observados são os seguintes: (a) esgotamento das medidas típicas; (b) necessidade de contraditório prévio; (c) não é necessária correlação entre a medida e a obrigação; (d) a medida deve ter o condão de realmente compelir o executado a cumprir a obrigação.

Geraldo Fonseca de Barros Neto, em artigo específico sobre a matéria⁹⁹⁴, formula “proposta de aplicação” das medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias e, para tanto, indica alguns parâmetros: (a) subsidiariedade e excepcionalidade no manejo das medidas; (b) imprescindibilidade de requerimento da parte; (c) extensão das medidas para títulos executivos extrajudiciais; (d) somente têm lugar diante do inadimplemento voluntário e inescusável do executado; (e) a gravidade das medidas deve ser proporcional à relevância da natureza do crédito executado.

A posição de Luciano Vianna Araújo⁹⁹⁵ consubstancia-se na existência de cinco requisitos: (a) aplicação subsidiária; (b) necessidade de intimação prévia para indicação de bens passíveis de penhora; (c) adequação da medida à finalidade pretendida; (d) assecuração do não desrespeito aos direitos fundamentais do executado; (e) a decisão acerca da medida deverá ostentar fundamentação substancial.

⁹⁹² CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 335-343.

⁹⁹³ BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Recuperação de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 333-335

⁹⁹⁴ BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia certa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*, p. 224-227.

⁹⁹⁵ ARAÚJO, Luciano Vianna. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 270, n. 42, p.123-138, ago. 2017. p.135-137.

O Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis editou o Enunciado n. 12⁹⁹⁶, o qual estabelece que a medida coercitiva atípica: (a) é cabível no cumprimento definitivo, provisório ou em execução de título executivo extrajudicial; (b) é subsidiária às medidas tipificadas; (c) deve conter contraditório, que pode ser diferido; (d) a decisão deve conter relevante fundamentação, não incorrendo nos vícios previstos no artigo 489, §1º, incisos I e II, do CPC/2015.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados editou o Enunciado n. 48⁹⁹⁷, o qual estabelece as seguintes diretrizes: (a) o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 figura como um poder geral de efetivação; (b) é aplicável a qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e na execução por título extrajudicial.

Da análise desse breve resumo e de tudo que foi enfrentado e exposto sobre a questão no capítulo antecedente, é possível estabelecer ao menos três conclusões.

A primeira conclusão reside no fato de que, na maioria das vezes, a doutrina não converge quanto a determinados critérios ou requisitos, como é o caso, por exemplo, da necessidade de requerimento expresso do exequente para a aplicação das medidas coercitivas atípicas.

A segunda conclusão consubstancia-se no não tratamento adequado que parcela da doutrina confere a questões de suma importância, como necessidade de contraditório prévio, cognição acerca de determinadas matérias de defesa levantadas pelo executado em sede de embargos à execução ou impugnação ao cumprimento da sentença ou customização da coerção à pessoa do executado.

A terceira conclusão ruma no sentido de que, em boa parte das análises, todos esses assuntos são tratados de forma diversa no tocante à sua respectiva classificação, porquanto esses temas são chamados de standards, diretrizes, requisitos, elementos, pressupostos e outros. Ou seja, inexistente consenso da doutrina sobre o significado desses pontos para fins de aplicação das medidas em apreço.

⁹⁹⁶ Eis o teor do enunciado: “12. (art. 139, IV; art. 523; art. 536; art. 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.”

⁹⁹⁷ Segue o teor do enunciado: “O art. 139, inciso IV, 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.”

6.4 A OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS MÍNIMOS PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES PECUNIÁRIAS

Harmonizar os dissensos relatados no fim da seção anterior não é tarefa fácil. A lógica estabelecida neste capítulo calca-se na ideia de que a aplicação das medidas em estudo deve ocorrer, a partir do caso concreto, em observância aos postulados da proporcionalidade – pelas suas máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, da razoabilidade e da proibição do excesso. Não obstante, também se verificou que, para além da análise dos postulados, também é recomendável – sobretudo em sede de cláusulas gerais, como é o caso do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, que demanda a interpretação por concreção – a busca da segurança jurídica, pelos vieses da cognoscibilidade, da estabilidade e da calculabilidade.

Nesse enleio, o objetivo da presente seção consiste em complementar a proposta para a adequada aplicação das medidas coercivas atípicas em execuções pecuniárias – posto que a primeira parte da proposta foi apresentada pela ótica dos já mencionados postulados, na seção 6.1–, apresentando parâmetros mínimos que podem ser seguidos pelo magistrado diante do caso concreto. Para tanto, serão revisitadas as nove diretrizes estudadas no quinto capítulo, na tentativa de verificar a relação de pertinência entre cada uma delas e a possibilidade de aplicação das coerções atípicas em execuções pecuniárias. Assim, objetiva-se investigar aquelas diretrizes que são pertinentes ao tema e, portanto, podem ser entendidas como parâmetros mínimos para a aplicação *in concreto* das medidas em apreço ou se podem ser desconsiderada pelo juiz.

De forma concomitante, as diretrizes que forem pertinentes para a ampliação das medidas em apreço serão analisadas pela ótica da classificação dos planos do mundo jurídico e, assim, serão equiparadas a elementos, requisitos e fatores, tomando em conta, por analogia, os planos da existência, da validade e da eficácia atinentes a todo e qualquer fenômeno jurídico.

É importante advertir que o objetivo dessa tentativa de equiparação não visa analisar e agrupar todos elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia da aplicação das medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias. Isso levaria a uma espécie de teorização dessas medidas como ato-fato jurídico nos três planos, tarefa que, por si só, demandaria estudo em apartado.

O desígnio aqui perquirido cinge-se a, tão somente, tentar enquadrar algumas das diretrizes estudadas no quinto capítulo como elementos, requisitos ou fatores das sobreditas medidas coercitivas, quando isso for possível, a fim de demonstrar que, de fato, elas podem ser compreendidas como parâmetros mínimos para a hipótese em apreço. Antes, porém, faz-se necessária uma brevíssima incursão em cada um desses planos do mundo jurídico.

É conhecida a lição de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda acerca da interpretação dos fatos no mundo jurídico, os quais compõem-se de três planos, a saber, existência, validade e eficácia. Para o autor, os “fatos do mundo ou interessam ao direito ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam”⁹⁹⁸.

Para que seja possível a passagem do fato não jurídico para o mundo jurídico faz-se necessário que uma norma tenha tal fato como seu suporte fático abstrato. Então, alerta o autor, para que os fatos sejam considerados jurídicos, é imprescindível que as “normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’”^{999,1000}.

O plano da existência tem lugar no momento em que parte nuclear do suporte fático sofre incidência da norma jurídica. Explica Marcos Bernardes de Mello que a questão cinge-se a “saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência”. Então, se inexistente no suporte fático de elemento nuclear, “o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico”¹⁰⁰¹.

Em linha semelhante, Adrolado Furtado Fabrício assevera que fato inexistente consiste em algo que ocorre “na ordem fenomenológica mas não afeta a escala jurídica nem ingressa na sua pauta de valoração

⁹⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. I, p. 6.

⁹⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. I, p. 6.

¹⁰⁰⁰ Acerca desta incidência, Tércio Sampaio Ferraz Júnior explica que normas “incidem sobre a realidade: doam-lhe sentido e atuam sobre ela no tempo e no espaço. Incidência significa, pois, configuração atual de atuação subjetiva e produção de efeitos em sucessão. A visão tradicional da incidência como subsunção aqui é afastada” (*Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 245).

¹⁰⁰¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 80.

ainda que tenha assumido a aparência ou simulado os contornos e visos do ato jurídico, com cuja exterioridade pode apresentar-se”¹⁰⁰².

Vê-se, portanto, que o plano da existência exige que o fato reúna as condições essenciais para o seu ingresso no mundo jurídico, o que se opera com a incidência da norma jurídica no suporte fático. Nesse plano, em geral, distinguem-se três diferentes momentos; (a) “abstrato, que se dá pela descrição da hipótese fática pela norma jurídica”; (b) a ocasião da “concreção, que se configura pela incidência da hipótese normativa sobre fato ou complexo de fatos da vida”; e (c) os momentos antes mencionados resultam na ocasião do “nascimento do fato jurídico, no qual se verifica que, juridicizado o fato (ou complexo de fatos) pela prescrição normativa, passa ele a existir no mundo jurídico - ingressa no plano de existência do mundo do direito”¹⁰⁰³.

José Carlos Barbosa Moreira, no que concerne ao plano de validade, assevera que se “os elementos do negócio, todos eles, revestem-se dos atributos necessários, o negócio vale (é válido). Basta que a um deles falte atributo necessário para que o negócio não valha (seja inválido)”¹⁰⁰⁴. Na mesma linha, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, afirma que para “que o ato jurídico possa valer, é preciso que o mundo jurídico, em que se deu entrada, o tenha por apto a nele atuar e permanecer”¹⁰⁰⁵.

No plano da validade ingressam somente “os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos em cujo suporte fático o elemento psíquico humano é essencial”¹⁰⁰⁶. Por isso, a participação volitiva do homem é essencial para adentrar esse plano da validade, uma vez que os fatos jurídicos, “em que a vontade não é elemento do suporte fático, não transitam no plano da validade, daí porque não podem ser nulos ou anuláveis”¹⁰⁰⁷. A vontade humana é indispensável nesse plano.

¹⁰⁰² FABRÍCIO, Adrolado Furtado. Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória. In: _____ (Org.). *Ensaios de direito processual civil*. Rio de Janeiro, Forense, p. 243-265, 2003. p. 253-254

¹⁰⁰³ BRAGA, Paula Sarmo. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da eficácia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 148, p. 293-320, 2007. p. 294;

¹⁰⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 15, p. 217-229, 2003. p. 224.

¹⁰⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. IV, p. 3.

¹⁰⁰⁶ ASBAHR, Péricles. A função do suporte fático no conhecimento do Direito. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 16, p. 309-322, 2005. p. 318.

¹⁰⁰⁷ ASBAHR, Péricles. A função do suporte fático no conhecimento do Direito. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 16, p. 309-322, 2005. p. 319;

A composição fática do fato jurídico deverá ser analisada, no sentido de reunir as qualidades e as exigências necessárias para mostrar-se isento de defeitos. Ou seja, verificar “se um negócio ou um ato jurídico *stricto sensu* padece, segundo as normas de direito positivo, de uma causa invalidante”¹⁰⁰⁸. A constatação de defeitos reputará o fato não eficiente (deficiente) e conduzirá à sanção de invalidade.

O plano da eficácia poderá, ou não, ser atingido mediante a consecução dos efeitos desejados com o fato jurídico, ou seja, para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, trata-se do seu potencial de irradiar efeitos¹⁰⁰⁹. De forma mais detalhada, José Carlos Barbosa Moreira pondera que eficácia “é, *in abstracto*, aptidão para produzir efeitos (*rectius*: os efeitos pretendidos); *in concreto*, o conjunto dos efeitos realmente produzidos”¹⁰¹⁰.

Repousa sobre o plano da eficácia a “parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem e irradiam os seus efeitos, fazendo nascer as relações jurídicas que modificam a relação jurídica originária”¹⁰¹¹.

Assim sendo, o intuito do fato jurídico de atingir o plano da eficácia consubstancia-se na aptidão “para gerar situações jurídicas – destacando-se, aí, as relações jurídicas, cujo conteúdo se revela em direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e situações do acionado, exceções e situações do exceptuado”¹⁰¹².

Sem a pretensão de esgotar o tema, até mesmo porque escaparia ao escopo deste trabalho, a análise promovida acerca dos três planos já se mostra suficiente para fins da análise que se pretende apresentar nesta seção. Então, passa-se à análise e à tentativa de enquadramento das diretrizes.

¹⁰⁰⁸ MEDINA, Francisco Sabadin. O negócio jurídico inexistente e o plano da existência: são eles categorias precisas na análise dos negócios jurídicos? *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 71, p.179-222, 2016. p. 193;

¹⁰⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. I, p. 6.

¹⁰¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 15, p. 217-229, 2003. p. 224;

¹⁰¹¹ ASBAHR, Péricles. A função do suporte fático no conhecimento do Direito. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 16, p. 309-322, 2005. p. 319,

¹⁰¹² BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da eficácia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 148, p. 293-320, 2007. p. 294,

6.4.1 A amplitude do campo de incidência dos meios coercitivos atípicos em razão da definitividade e do tipo de título executivo

A questão da possibilidade de aplicação das medidas coercitivas em apreço, não só nas execuções lastreadas em títulos executivos judiciais definitivos, mas, também, no cumprimento provisório e nas execuções aparelhadas por títulos executivos extrajudiciais foi analisada na seção 5.1.

Na oportunidade, em relação ao cabimento das coerções atípicas em sede de execução por quantia certa, foram enfrentados alguns argumentos, a saber: a melhor interpretação para expressão “ordem judicial” prevista no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015; a subsidiariedade das medidas atípicas e o momento processual de sua aplicação; e o tratamento isonômico que deve ser conferido às execuções lastreadas em títulos judiciais e em títulos extrajudiciais no tocante aos meios executórios.

Da mesma forma, analisou-se a questão do abandono da ideia, encampada pelo CPC reformado de 1973, de que a execução de título extrajudicial seria provisória. Ao final, concluiu-se que há, sim, possibilidade de aplicação das medidas em tela em sede de execuções pecuniárias aparelhadas por títulos extrajudiciais.

Na mesma seção, também foi investigada a possibilidade de utilização das medidas sob análise no cumprimento provisório de decisão que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar, enfrentando as nuances desse procedimento quando comparado com o procedimento de cumprimento com base em título definitivo e as peculiaridades que objetivam proteger o executado no cumprimento provisório. Por fim, chegou-se à conclusão de que é viável a aplicação das medidas em sede cumprimento provisório de decisão que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar, sendo desnecessária, em regra, a exigência de caução.

Essa diretriz não é, propriamente, elemento de existência, requisito de validade ou fator de eficácia para a aplicação das medidas coercitivas atípicas em sede de execuções por títulos extrajudiciais ou em cumprimento provisório. Isso porque – se a aplicação pode ocorrer em qualquer tipo de procedimento executivo que verse sobre execuções pecuniárias – a natureza do título executivo ou o grau de definitividade não pode ser encarado como critério para diferenciar os casos nos quais cabe, ou não, o manejo das medidas. O título executivo – extrajudicial ou judicial e, entre estes, definitivo ou provisório –, em verdade,

constitui documento indispensável à execução dentro da qual será pleiteada a medida coercitiva atípica.

Desde que atendidos os parâmetros mínimos que serão analisados adiante, têm cabimento as coerções atípicas, independentemente do procedimento executivo de obrigações pecuniárias adotado. Portanto, ao afirmar-se que o manejo dessas medidas ocorre para além do cumprimento definitivo de título judicial, está-se diante de investigação acerca da amplitude da sua incidência por tipo de título e por nível de definitividade do título executivo judicial.

Nesse sentido, e na linha do que foi anteriormente defendido, pode-se concluir que a utilização das medidas coercitivas atípicas em obrigações pecuniárias lastreadas em títulos executivos judiciais definitivos, títulos executivos judiciais provisórios e títulos executivos extrajudiciais consiste na *amplitude do campo de incidência dessas medidas em razão da definitividade e do título executivo*.

6.4.2 A subsidiariedade na aplicação das medidas coercitivas atípicas equiparada a requisito de validade

A seção 5.2, vale lembrar, dedicou-se à problemática da aplicação subsidiária das medidas coercitivas atípicas. Nessa pesquisa foram rememoradas questões atinentes ao sistema misto de tipicidade e de atipicidade existente na atual sistemática executiva nacional, à vocação exclusivamente expropriativa das execuções pecuniárias e à desvalorização histórica das coerções na execução.

A temática da subsidiariedade também foi abordada sob a ótica de dois parâmetros balizadores, a saber, a necessidade da aplicação das coerções atípicas – que exsurge somente após a constatação da insuficiência do meio sub-rogatório –, e a estrita legalidade no tocante à adoção primária dos meios executórios tipificados no CPC/2015.

Por fim, enfrentou-se a problemática da subsidiariedade das medidas coercitivas atípicas à luz da correta interpretação que deve ser conferida às cláusulas gerais e constatou-se a necessidade do uso anterior dos demais meios coercitivos típicos previstos para as execuções pecuniárias. Os parâmetros casuísticos que devem ser utilizados para a constatação da insuficiência do meio sub-rogatório também foram objetos de estudo.

Ao final, concluiu-se que, para a aplicação das medidas coercitivas atípicas, mostra-se indispensável o esgotamento das tentativas de penhora e expropriação, bem como o precedente uso das coerções típicas consubstanciadas no protesto da decisão judicial e na

inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes. Isso porque o manejo subsidiário e excepcional das coerções atípicas consagra os preceitos de necessidade e de estrita legalidade.

Em resumo, para que tenha vez a aplicação das coerções atípicas é indispensável que o uso do meio típico expropriatório e o manejo dos meios típicos coercitivos não tenha logrado êxito na obtenção do pagamento da obrigação ou na realização da penhora de bens expropriáveis.

Assim sendo, o esgotamento das tentativas de penhora e expropriação consiste em parâmetro mínimo – do qual o juiz pode valer-se diante do caso concreto – para a aplicação das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias.

A propósito da cronologia dos atos processuais, partindo-se da ótica do momento em que o magistrado se depara com o pedido do exequente para aplicação do meio coercitivo atípico, dois eventos devem ser constatados: (a) as tentativas típicas de expropriação e coerção; e (b) o não cumprimento da obrigação ou realização da penhora de bens passíveis de expropriação diante dessas tentativas.

O esgotamento dessas tentativas prévias – sejam elas por atos tendentes a efetivar a penhora de bens para ulterior expropriação ou pelo emprego dos atos coercitivos típicos –, vale frisar, decorre de expressa previsão legal, porquanto, primariamente, o sistema de execução pecuniária é típico.

Assim sendo, a diretriz da aplicação subsidiária, além de ser absolutamente pertinente para a hipótese, pode ser equiparada a *requisito de validade* para a aplicação das coerções atípicas em execuções pecuniárias. Esse requisito – como não poderia ser diferente – enaltece a estrita legalidade, porquanto o ordenamento processual executivo prevê um caminho típico e primário para as execuções pecuniárias.

Para fins de uso das coerções atípicas – depois de promovidas tentativas típicas – faz-se necessária uma conduta omissiva do executado, consubstanciada no não pagamento ou na não realização da penhora. A ocorrência do ato de pagamento ou de penhora de bens passíveis de expropriação e suficientes para quitar o crédito, portanto, impedem o manejo, ainda que subsidiário, das medidas coercitivas atípicas. Então, de certo modo, esses atos podem ser equiparados a *requisitos negativos* para a aplicação das coerções atípicas, no sentido de que, reitera-se, a não ocorrência desses eventos – pagamento ou penhora de bens passíveis de expropriação – é que pode gerar a

possibilidade de utilização das medidas atípicas, desde que cumpridos os demais parâmetros mínimos.

6.4.3 A necessidade de requerimento da parte equiparada a requisito de validade

A questão da necessidade de requerimento da parte para o uso das medidas coercitivas atípicas foi objeto da pesquisa formulada na seção 5.3, na qual foram analisados os seguintes argumentos: o caráter subsidiário da atipicidade nas execuções pecuniárias; a coerção atípica como pedido imediato da execução, sendo passível de cumulação superveniente; e o não afastamento da regra da adstrição do comando judicial ao pedido da parte na execução.

Na mesma seção também foi promovido o cotejo com a regra da atipicidade primária prevista no artigo 536 do CPC/2015, a comparação com as coerções típicas previstas para as execuções pecuniárias, a investigação acerca da inclusão do incisos IV do artigo 139 do CPC/2015 no rol dos demais poderes-deveres (oficiosos) do juiz e a análise da questão da execução injusta com a consequente responsabilização do exequente.

Em conclusão ao estudo realizado, entendeu-se que, para o emprego das medidas coercitivas atípicas, mostra-se indispensável o requerimento expresso da parte, sendo inviável a atuação de ofício do juiz. Assim sendo, tal requerimento consiste em parâmetro mínimo – do qual o juiz pode valer-se diante do caso concreto – para a aplicação das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias.

Em uma primeira análise, poder-se-ia equiparar a diretriz do requerimento expresso da parte a elemento de existência da coerção atípica. Quer dizer; sem pedido expresso inexistiria incidência da norma no suporte fático, indispensável para o plano da existência. Ademais, se a “demanda da parte”¹⁰¹³ ou a “formulação da demanda” constitui elemento geral intrínseco à existência jurídica do processo¹⁰¹⁴, a formulação de pedido expresso também poderia ser considerada elemento de existência das coerções atípicas por restrição de direitos.

José Frederico Marques, no entanto – ao comentar sobre os pressupostos processuais da relação processual –, assevera que tecnicamente “não se trata de pressupostos necessários para a existência do processo, visto que se desenrola a relação processual, malgrado falte

¹⁰¹³ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, v. 1, p. 321-323.

¹⁰¹⁴ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*, v. 1, p. 321-322.

algum desses pressupostos; e o juiz, ainda que seja para anular o processo, profere sempre sentença”¹⁰¹⁵.

Os atos jurídicos tipicamente inexistentes, diferentemente dos atos inválidos, não têm aptidão para surtir efeitos¹⁰¹⁶. Ainda que não tenha havido pedido expresso do exequente, é inegável que a aplicação das medidas coercitivas atípicas de ofício pelo juiz tende a irradiar efeitos no mundo real, ao menos *in concreto*, ou seja, no conjunto dos efeitos realmente produzidos¹⁰¹⁷.

Essa diretriz, como se vê, não repousa sobre a existência das coerções atípicas, mas, sim, equipara-se a *requisito de validade*. E essa equiparação decorre do cumprimento das regras formais exigidas pelo sistema processual para o manejo de qualquer meio executório. Ainda que o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015 assim não disponha expressamente, para que o manejo de qualquer meio executório seja possível contra o executado é necessário o expresso pedido do exequente, descabendo a atuação oficiosa do órgão judiciário.

6.4.4 A necessidade de contraditório prévio equiparada a requisito de validade

A seção 5.4 ocupou-se da investigação acerca da necessidade de contraditório prévio para a aplicação das medidas em estudo. Na ocasião, foi enaltecida a consagração dos objetivos da coerção com o contraditório prévio e a valorização em si do contraditório.

Da mesma forma, promoveu-se o cotejo das medidas coercitivas atípicas com os demais meios de coerção e com o meio executório de expropriação, no tocante à necessidade de contraditório prévio. Ato seguinte, foi analisada a apresentação de justa causa para o não cumprimento da determinação judicial pelo executado e investigada a possibilidade de o contraditório ser diferido no caso de preenchimento dos requisitos da tutela provisória de urgência.

¹⁰¹⁵ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, 9. ed., v. 2, p. 139.

¹⁰¹⁶ A questão é bem sintetizada por Francisco Sabadin Medina: “A separação entre existência e validade/eficácia é justificada na doutrina brasileira e estrangeira com base em pelo menos cinco argumentos: (a) o ato jurídico nulo pode, eventualmente, produzir os efeitos almejados (ou queridos), enquanto o inexistente estaria destituído dessa possibilidade.” (O negócio jurídico inexistente e o plano da existência: são eles categorias precisas na análise dos negócios jurídicos? *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 71, p.179-222, 2016. p. 195).

¹⁰¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 15, p. 217-229, 2003. p. 227-228.

Ao final, como conclusão, constatou-se que há obrigatoriedade de contraditório prévio para o manejo das medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias. Assim sendo, o contraditório prévio consiste em parâmetro mínimo – do qual o juiz pode valer-se diante do caso concreto – para a aplicação das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias.

Dentro da classificação aqui proposta, o contraditório prévio, por decorrer de previsão legal e, em verdade, consistir em uma das questões mais basilares para que atos processuais não sejam eivados de nulidade pode ser equiparado a *requisito de validade*.

6.4.5 A desnecessidade de correlação entre a sanção vinculada à coerção e a natureza da obrigação pecuniária

A suposta necessidade de correlação entre a coerção e a natureza da obrigação pecuniária foi analisada na seção 5.5. Na ocasião, além de serem veiculados diversos posicionamentos doutrinários favoráveis e desfavoráveis, esmiuçou-se o argumento considerado mais relevante: a não obrigatoriedade de correlação, em geral, nas demais coerções previstas na legislação processual.

Nessa linha, três conclusões merecem ser lembradas, a saber: nos meios sub-rogatórios típicos sempre existirá correlação; nas coerções típicas inexistente essa correlação; e nas coerções atípicas a afinidade, apesar de importante, não é obrigatória. Por outro lado, pela perspectiva das obrigações de pagar, a correlação tem lugar na expropriação, mas não é necessária nas coerções típicas.

Então, por fim, inferiu-se que nas coerções típicas ou atípicas – em execuções pecuniárias ou não –, a *correlação não é essencial*. Justamente por isso, a conclusão foi no sentido de que, por se tratar de medida coercitiva em execução pecuniária, não é obrigatório que a sanção vinculada à coerção possua correlação com a natureza da obrigação, apesar de preferencialmente desejável pela ótica do postulado da proporcionalidade.

6.4.6 A customização da coerção à pessoa do devedor como fator de eficácia da coerção atípica e a impossibilidade de cumulação desmotivada

A seção 5.6 investigou a questão da customização da coerção ao devedor e a possibilidade de cumulação de medidas coercitivas. Na oportunidade, constatou-se que os devedores, regra geral, ostentam

diversas características, cada um possuindo peculiaridades inerentes às suas esferas pessoal e patrimonial. É dizer: os devedores não são iguais, mas, ainda assim, a lei previu a mesma forma de pressioná-los psicologicamente nas coerções típicas, porquanto as sanções que já estão pré-determinadas são iguais para todos. Também se verificou que isso decorre da lógica da previsibilidade quanto à sanção que pode ser aplicada (segurança jurídica). Todavia, um natural efeito colateral exsurge: a mesma coerção pode ser eficaz para alguns executados e ineficaz para outros.

As medidas coercitivas atípicas conseguem escapar desse problema, pois a sanção não está antevista na lei. Assim, inferiu-se que a sanção prevista na coerção deve recair sobre a seara de direitos do executado com os quais ele efetivamente se importe, para que se sinta compelido com a ameaça de piora e, por conseguinte, pague ou possibilite a expropriação. Trata-se de um parâmetro mínimo – do qual o juiz pode valer-se diante do caso concreto – para a aplicação das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias.

Por fim, o entendimento rumou no sentido de que somente essa personalização possui aptidão para tornar a coerção por medidas atípicas eficaz – no sentido de surtir os efeitos desejados – e, por isso, assemelha-se a *fator de eficácia*. Claro que não se está a desprezar o fato de que a coerção, mesmo não personalizada, poderá surtir os tais efeitos, contudo, é inegável que essa customização tende a potencializar as chances de obtenção dos resultados buscados.

Outra conclusão apontou para a *impossibilidade de cumulação desmotivada de medidas coercitivas*. Essa diretriz negativa não se trata, propriamente, de elemento, requisito ou fator de eficácia das coerções. Contudo, parece correto que a imposição de plurais restrições em vários direitos diferentes do executado não se coaduna com a escolha do meio que traga menos consequências negativas para o executado, ferindo, então, a máxima parcial da necessidade.

6.4.7 A existência de indícios de ocultação de bens penhoráveis na esfera patrimonial equiparada a requisito de validade

Na seção 5.7, enfrentou-se a questão da necessidade de existirem indícios acerca da ocultação de bens penhoráveis na esfera patrimonial do devedor para que tenham lugar as medidas coercitivas atípicas.

A problemática foi analisada, inicialmente, sob a ótica da pretensa possibilidade de o devedor poder adimplir porque possua bens ou liquidez. Ocorre que, por vezes, o executado pratica atos omissivos e

comissivos com o intuito deliberado de ocultar esses bens, objetivando frustrar a execução.

A mesma questão também foi enfrentada à luz do comportamento desse tipo de devedor na execução: aparenta uma situação de insolvência nos autos mas, no “mundo real”, ostenta um padrão de vida não compatível com a tal insolvência (simulada).

Por fim, concluiu-se que, para a aplicação das medidas em estudo, faz-se necessário que estejam presentes nos autos provas ou indícios de que se trata de devedor simuladamente insolvente, ônus esses que repousam sobre o exequente. Trata-se de parâmetro mínimo – do qual o juiz pode valer-se diante do caso concreto – para a aplicação das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias.

Sob o ponto de vista da legalidade do procedimento, verifica-se que a utilização de medidas coercitivas atípicas por restrição de direitos para compelir um devedor a pagar ou indicar bens a penhora, somente será válida se ele realmente possuir bens. Do contrário, as medidas entoariam resposta punitiva do Estado e, por conseguinte, estariam sendo aplicadas ao arrepio da forma básica prevista em lei. O caminho para a execução proposta contra devedor realmente insolvente é a suspensão e, eventualmente, a extinção da execução.

Para que a aplicação da medida coercitiva seja válida – ou seja, persiga o objetivo de satisfazer a dívida pelo pagamento ou expropriação, ao invés de tão somente punir o devedor –, faz-se necessário que este possua liquidez ou bens passíveis de penhora. Assim sendo, é inegável que a diretriz em apreço pode ser equiparada a *requisito de validade*.

6.4.8 A necessidade de cognição prévia de determinadas matérias de defesa do executado como requisito de validade

A diretriz que aborda a temática da cognição prévia de determinadas matérias de defesa do executado foi objeto de investigação na seção 5.8. O estudo analisou o nível de cognição a ser proferido pelo juízo em quatro oportunidades, a saber, no controle de admissibilidade da execução, diante do conteúdo da defesa apresentada pelo executado, diante do requerimento de aplicação das coerções atípicas formulado pelo exequente e diante de eventual resposta que o executado tenha apresentado após ter sido coagido atipicamente.

Quanto à primeira oportunidade, viu-se que o correto juízo de admissibilidade da execução pelo órgão julgador evita que o executado sofra atos executivos sub-rogatórios ou coercitivos em uma execução

que não reúna condições mínimas de prosperar. Então, o uso excepcional das coerções atípicas depende da correta análise de admissibilidade da execução.

No tocante à cognição, diante do conteúdo da defesa apresentada pelo executado, seja por embargos à execução ou impugnação ao cumprimento da sentença, concluiu-se que é indispensável o prévio julgamento de primeiro grau da defesa do executado atinente aos pressupostos da relação processual ou ao mérito do direito envolvido na execução para que seja possível o manejo das coerções atípicas.

Em relação à terceira oportunidade, asseverou-se que, diante do pedido do exequente para o manejo das coerções atípicas, a cognição mínima do juízo será verificar: o próprio requerimento do exequente; a demonstração da ineficácia do meio de expropriação; a existência de indícios de que a coerção proposta é capaz de pressionar o devedor; a existência de indícios de que o executado possui patrimônio.

Na quarta situação a cognição do magistrado recairá sobre a resposta, se existir, apresentada pelo executado após ser coagido atipicamente de restrição de direitos. Na oportunidade, deverá ser analisada eventual alegação de justa causa para o não cumprimento da determinação judicial, bem como a afirmação de que a restrição de direitos vinculada à coerção acarretará prejuízos desproporcionais ao executado.

Na primeira e terceira oportunidades de cognição pelo juízo antes levantadas, percebe-se que o órgão judiciário promove juízo de admissibilidade do pleito do exequente – seja o requerimento inicial da própria execução (petição inicial ou petição de cumprimento da sentença) ou o requerimento das medidas atípicas – e isso decorre da própria noção positivada de controle de validade dos pleitos que são formulados em juízo pelas partes.

Na segunda e quarta oportunidades, a cognição opera-se com base no campo do contraditório e da defesa – processual, de mérito ou de justa causa – e, ao fim e ao cabo, tem arrimo de validade em preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

Assim sendo, conclui-se que a análise das matérias de defesa aqui levantadas trata-se de parâmetro mínimo – do qual o juiz pode valer-se diante do caso concreto – para a aplicação das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias. Afora isso, a cognição do juízo nessas oportunidades, em maior ou menor grau de sumariedade, equivale a *requisito de validade* para as medidas atípicas.

6.4.9 A necessidade de fundamentação substancial como requisito de validade

A seção 5.9 enfrentou a questão da fundamentação da decisão do juiz que analisa o pedido do exequente para aplicação das medidas coercitivas atípicas. Na ocasião, tratou-se do tema tendo em conta as previsões dos Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015, e da Constituição Federal de 1988.

Verificou-se que a fundamentação da decisão mostra-se indispensável para o conhecimento dos fundamentos determinantes que levaram o magistrado à conclusão posta no caso concreto. Mas isso não é suficiente porque o órgão julgador deverá justificar a lisura da compreensão acerca da norma que fora adotada e demonstrar o desacerto das demais compreensões possíveis para a questão decidida.

Em se tratando de decisões envolvendo a interpretação e a aplicação de cláusulas gerais, como é a hipótese em estudo, enaltece-se a necessidade dessa fundamentação. Isso porque a própria natureza dessas cláusulas conduz a certa insegurança no tocante à previsibilidade dos resultados advindos da sua interpretação.

Sendo assim, a decisão que enfrenta pedido de aplicação das coerções atípicas deve consignar fundamentação substancial, analisando a questão sob a ótica dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Somente dessa forma será possível evitar arbitrariedades do órgão judiciário, promovendo-se o correto controle das medidas em si e dos impactos que causarão na esfera de direitos do executado, em especial.

Com base no postulado da razoabilidade, é necessário discorrer sobre equidade, congruência e equivalência na aplicação da medida e, com espreque na proibição do excesso, demonstrar que se mantém a eficácia do direito fundamental eventualmente atingido, porquanto a restrição não se mostra excessiva. Ao final, concluiu-se que a fundamentação substancial, na forma ora descrita, é indispensável para a aplicação das medidas coercitivas atípicas.

A relação entre essa diretriz levantada e as medidas em apreço é de fácil constatação. A fundamentação de toda e qualquer decisão judicial consiste em *requisito de validade* e, como não poderia ser diferente, assim o é nas decisões que julgam pedidos de aplicação dessas medidas.

De todo modo, para cumprir o dever de fundamentação sob o ponto de vista dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, o magistrado poderá, entre outras questões, analisar, diante do caso

concreto, a presença ou ausência dos parâmetros mínimos propostos na presente seção.

CONCLUSÃO

Um sistema de execução civil, para Masanori Kawamano, é a peça-chave para se atingir a justiça em uma sociedade disposta a realizar efetivamente os direitos dos jurisdicionados. Sem esse sistema de execução civil eficiente, as decisões jurisdicionais podem ser facilmente ignoradas.¹⁰¹⁸

A Comissão Europeia de Direitos Humanos, desde 1997, vale-se do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que trata de acesso à justiça, para viabilizar e tentar tornar efetiva a execução civil, conforme noticia Burkhard Hess. A utilização desse dispositivo, prossegue o autor, visa garantir ao credor que a execução, além de ser célere, goze de formas de constrição e expropriação eficientes. E conclui afirmando que todos os países membro da União Europeia são obrigados, pela sobredita Convenção, a prever uma justa e eficiente estrutura para a execução civil.¹⁰¹⁹

Como mencionado ao longo deste trabalho, a execução civil – sobretudo em sede de obrigações pecuniárias, hodiernamente –, necessita dispor de meio efetivos para a aplicação e a concretização práticas dos comandos judiciais. Nesse enleio, exsurge como viável a possibilidade, prevista no artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, de aplicação de medidas coercitivas atípicas em execuções de obrigações de pagar, problema que foi enfrentado nos cinco primeiros capítulos deste trabalho.

O primeiro capítulo promoveu uma ampla análise da questão da atipicidade dos meios executórios, com ênfase na sua evolução no sistema processual civil brasileiro, identificando a situação da atipicidade dos meios executórios dentro do referido sistema processual, em momento anterior ao CPC/2015. Do segundo capítulo, inferiu-se que existe um sistema misto de tipicidade e de atipicidade de meios executórios na atual sistemática processual civil brasileira e que o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, consiste em cláusula geral processual executiva. A análise conjunta dos dois primeiros capítulos permitiu

¹⁰¹⁸ KAWANO, Masanori. Civil enforcement as a fundamental of effective justice - Introductory remarks on comparative study of civil enforcement. In: STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. (Coord.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*, p. 4.

¹⁰¹⁹ HESS, Burkhard. Different enforcement structures. In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (Coord.). *Enforcement and enforceability*. Oxford: Intersentia Antwerp, 2010, p. 41-61. p. 41.

concluir que a lógica de um sistema executivo exclusivamente típico pode conduzir – em casos de insuficiência dos meios típicos – ao desrespeito à garantia de efetividade da prestação jurisdicional, ferindo direito fundamental do exequente.

O terceiro capítulo do trabalho demonstrou a superação dos óbices históricos existentes à valorização da execução indireta, em alguns ordenamentos jurídicos, e a evolução das coerções no ordenamento pátrio entre o CC/1916 e o CPC/1973 no período pós-reformas.

O quarto capítulo – além de propor uma revisitação à classificação tradicional dos meios executórios de execução indireta – concluiu que a aplicação das medidas coercitivas, típicas ou atípicas, em execuções pecuniárias não fere o princípio da responsabilidade patrimonial e que o artigo em apreço não possui vícios de inconstitucionalidade.

Do estudo conjunto do terceiro e do quarto capítulos foi possível inferir que os meios coercitivos atípicos podem, e devem, ser utilizados para a complementação da prestação jurisdicional executiva, no caso de falência dos meios típicos. Igualmente, essa conclusão consagra o direito fundamental do exequente em receber uma tutela jurisdicional completa e, sobretudo, efetiva.

O estudo dos cinco primeiros capítulos, então, confirma a hipótese inicial de que é possível, ao menos em tese, a utilização das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias e isso – além de consagrar o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional – não afronta a responsabilidade patrimonial.

Ao longo de todo o esforço de pesquisa realizado, foi possível comprovar que essa possibilidade decorre de previsões legais e, assim, escoa da estrita legalidade; todavia, importa ressaltar que ela advém também de duas percepções sistêmicas: a insuficiência dos meios executórios típicos em determinadas situações e a valorização das coerções como instrumento para a consecução prática dos comandos judiciais.

Como apontado na seção 3.1, a execução indireta, remotamente, era relegada a segundo plano. Contudo, a compreensão acerca da prestação jurisdicional evoluiu e as coerções passaram a ocupar um lugar de protagonismo no sistema executivo. Veja-se que Luigi Ferrara, em 1915, no clássico “*L’esecuzione processuale indireta*”, ao estudar a coercibilidade do devedor em execuções de obrigações de fazer infungíveis, demonstrava certa satisfação diante do fato de que a praxe forense à época “contribuiu muito para abalar ainda mais o absolutismo

exagerado e deplorável do antigo aforismo segundo o qual “*nemo potest precise cogi ad factum*”¹⁰²⁰.

Doutrina mais recente enaltece que os meios coercivos devem ser empregados para permitir a satisfação do exequente em todas as sociedades modernas, culminando em um sistema processual que permita a efetiva aplicação das decisões.¹⁰²¹ Pode-se dizer, então, que ao longo das últimas décadas as coerções estão “em alta” e, no Brasil, principalmente a partir do CPC/2015, para as execuções pecuniárias.

Contudo, o futuro da execução pecuniária talvez possa não ser a coerção atípica. Os sistemas sociais e jurídicos tendem, quanto a alguns dos seus aspectos, a serem cíclicos. Assim como em dado momento histórico repeliu-se a lógica de coercibilidade da vontade humana, hodiernamente, a ideia é sedutora e, portanto, objeto de atração. A exemplo da água do mar que avança na areia da praia, e depois desce, as coerções poderão sofrer – por parte da comunidade jurídica – um processo de retração, quase que repulsa, nas execuções pecuniárias. No entanto, se isso ocorrer, certamente não se dará de forma despropositada, pois estará acompanhado de outro fenômeno – que aqui não se tem a audácia de tentar adivinhar – que tomará o seu lugar.

Independentemente de ilações acerca do futuro das coerções, é necessário asseverar que o estudo em tela, ao avançar no quinto capítulo, enfrentou as seguintes diretrizes, levantadas pela doutrina nacional, para a aplicação das medidas coercitivas atípicas em execuções pecuniárias: (a) campo de aplicação das medidas em razão do nível de definitividade e do tipo de título executivo; (b) aplicação subsidiária ou supletiva; (c) necessidade de requerimento expresso do exequente; (d) imprescindibilidade de contraditório prévio; (e) correlação entre a medida aplicada e a natureza da obrigação inadimplida; (f) customização da coerção à pessoa do executado; (g) necessidade de indícios de que o devedor possua patrimônio; (h) cognição do juiz da execução diante das alegações de defesa do executado; (i) obrigatoriedade de fundamentação substancial da decisão judicial acerca da possibilidade de manejo das medidas coercitivas em apreço.

Ao finalizar as análises procedidas no quinto capítulo, concluiu-se que: (a) as medidas em apreço são cabíveis em qualquer

¹⁰²⁰ FERRARA, Luigi. *L'esecuzione processuale indiretta*, p. 313.

¹⁰²¹ KAWANO, Masanori. Civil enforcement as a fundamental of effective justice - Introductory remarks on comparative study of civil enforcement. In: STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. (Coord.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*, p. 3.

procedimento executivo pecuniário; (b) a aplicação deverá ser sempre subsidiária aos meios típicos; (c) é indispensável o requerimento do exequente, sendo descabida a atuação oficiosa; (d) é imprescindível o contraditório prévio à aplicação da sanção, não sendo cabível o contraditório diferido; (e) é desnecessária, apesar de desejável, a correlação entre a medida aplicada e a natureza da obrigação inadimplida; (f) é necessária a customização da coerção à pessoa do executado e o ônus de municiar o juízo com provas ou indícios para essa personalização da coerção recai sobre o exequente; (g) devem existir indícios ou provas de que o devedor possua patrimônio penhorável e o ônus dessa prova é do exequente; (h) deverá haver cognição do juízo diante de alegações de defesa do executado acerca dos pressupostos da relação processual ou do mérito do direito envolvido na execução ou, ainda, diante da apresentação de justo motivo para o não cumprimento da determinação judicial; (i) é obrigatória a fundamentação substancial da decisão judicial que defere ou indefere as medidas coercitivas em apreço.

O sexto capítulo do trabalho, de certo modo, consubstancia a tese que aqui se propõe. Do estudo promovido neste capítulo, inferiu-se que a aplicação de medidas coercivas atípicas em execuções pecuniárias deve ocorrer em estrita obediência aos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso. Igualmente, confirmou-se a importância da fixação de parâmetros mínimos para a interpretação e a aplicação, pelo método de concreção, de cláusulas gerais.

Nesse contexto, pode-se verificar a confirmação da segunda parte da hipótese aventada para o problema deste trabalho, consistente na pertinência da propositura de parâmetros mínimos para a aplicação das medidas em tela.

Antes, porém, de passar à exposição sumariada da tese, é necessário rememorar três pontos importantes para fins de demarcação do campo de atuação da proposta ora formulada. O primeiro, e já mencionado alhures, consiste na delimitação do problema aqui investigado. É que o estudo entabulado limitou-se à possibilidade de uso das coerções atípicas em execuções, aparelhadas por títulos judiciais ou extrajudiciais, de obrigações de pagar. Assim sendo, a proposta não se destina à aplicabilidade das sobreditas medidas em execuções de obrigações específicas, em execuções de prestações alimentares, em tutela provisória, e em execução das decisões estruturantes ou ao processo penal. O segundo ponto – que já pôde ser percebido das conclusões antes apresentadas, notadamente aquelas constantes do quinto capítulo – alude ao fato de que a proposta de aplicação ora

delimitada, quando comparada às outras levantadas pela doutrina, mostra-se nitidamente conservadora. O terceiro ponto a ser lembrado trata da perspectiva subjetiva de aplicação da proposta. Parte-se da perspectiva *do* magistrado diante *e* a partir do caso concreto que lhe é posto, ou seja, as circunstâncias da causa são imprescindíveis para a análise dos parâmetros mínimos e a interpretação e aplicação, por concreção, do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015.

Por fim, uma exposição sumarizada da tese pode ser assim alinhavada. A aplicação de medidas coercitivas atípicas em obrigações pecuniárias poderá ocorrer em execuções lastreadas em títulos executivos extrajudiciais ou judiciais (definitivo ou provisório). O magistrado, diante do caso concreto e sopesando as circunstâncias fáticas e jurídicas da questão que lhe é posta, deverá promover a correta e fundamentada análise dos postulados da proporcionalidade – pelas máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, sem olvidar, por óbvio, os postulados da razoabilidade e da proibição do excesso. A interpretação e a aplicação do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, por se tratar de cláusula geral processual executiva, deverá adotar o método de concreção. Objetivando a manutenção da segurança jurídica – pelos vieses de cognoscibilidade, estabilidade e calculabilidade –, o processo de construção do convencimento do magistrado acerca da pertinência das medidas em apreço poderá perquirir a existência, naquele determinado caso concreto, de parâmetros mínimos. Entre esses parâmetros, a aplicação subsidiária em relação aos meios típicos; o requerimento expresso do exequente; o estabelecimento do contraditório prévio à aplicação da sanção; a existência de indícios ou provas de que o devedor possui patrimônio penhorável; a anterior análise de alegações de defesa do executado acerca dos pressupostos da relação processual, do mérito do direito envolvido na execução ou de justo motivo para o não cumprimento da determinação judicial – podem ser equiparados a requisitos de validade para a aplicação dessas medidas coercitivas atípicas. A necessidade de customização da coerção à pessoa do executado objetivando o atingimento dos fins almejados com a coerção pode ser equiparada a fator de eficácia dessas medidas. A fundamentação substancial da decisão judicial que defere ou indefere as medidas coercitivas em apreço, analisando os mencionados postulados e identificando a presença ou ausência desses parâmetros mínimos, consiste (ao invés de “equipara-se”) em requisito de validade. A correlação entre a medida aplicada e a natureza da obrigação inadimplida é desnecessária, apesar de desejável.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Risco de ponderação à brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 269, p. 109-138, 2017.
- ABELHA, Marcelo. *Manual da execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ABREU, V. C. G.; CARREIRA, G. S. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, 2002.
- ALBUQUERQUE, Pedro de. O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 9, p. 8981-9041, 2013. p. 8989. ISSN: 2182-7567. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_08981_09041.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, 1999.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. _____. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 450-451.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

ALVIM, Teresa Arruda. Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002 - A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 832, p. 59-79, 2005.

_____ et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil* – artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 99, p. 27-39, 2000.

AMARAL. Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. v. 1.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

AMERICANO, Jorge. *Comentários do Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1 e v. 4.

ANDOLINA, Italo. *“Cognición” y “ejecución forzada” en el sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima: Librería Communitas, 2008.

ANDREWS, Neil. Obtaining information in support of enforcement proceedings under English Law. In: STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. (Coord.), *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 112-119.

_____. The system of enforcement of civil judgements in England. In: STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. (Coord.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 13-20.

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. A utilização da prisão civil como meio executório atípico. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Multa e medidas atípicas no mandado de segurança: um tema com variações. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

ARAÚJO, Luciano Viana. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 270, n. 42, p.123-138, ago. 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 281, p. 141-167, 2018.

ASBAHR, Péricles. A função do suporte fático no conhecimento do Direito. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 16, p. 309-322. 2005.

ASSINK, Bob et al. Civil arrest as a means of enforcement of civil judgments: dickensian or indispensable? In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (Coord.). *Enforcement and enforceability*. Oxford: Intersentia Antwerp, 2010. p. 299-311.

ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 100, p. 33-60, 2000.

_____. *O contempt of court no direito brasileiro*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003.

_____. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1 e v. 2, t. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 797 ao 823*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Cabimento e adequação os meios executórios “atípicos”. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 111-133.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 439-442.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, 1999.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BAHIA. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 00090776220168050000*, relator Desembargador José Olegário Monção Caldas. Salvador, j. 19/10/2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermaneutica para o uso das faculdades de direito do Brazil*. 7. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1910.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista magister de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, v. 2, n. 10, p. 5-29, jan. 2006.

_____. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v.2.

_____. *Curso de processo civil: processo cautelar*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 3.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARBI, Celso Agrícola. Efeitos da reforma do Código de Processo Civil na execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 105, p. 9-33, 2002.

BARBI FILHO, Celso Agrícola. Protesto de duplicata simulada e procedimentos judiciais do sacado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 754, p. 45-71, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 41, p. 151-168, 1986.

_____. O processo civil brasileiro: uma apresentação. *Temas de Direito Processual – 5ª série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 15, p. 217-229, 2003.

BARRETO FILHO, Oscar. O crédito no direito. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 57, p. 204-217, jan. 1962. ISSN 2318-8235. p. 207. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66404>>. Acesso em: 14 maio 2018.

BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. Notas sobre a execução indireta da obrigação de pagar quantia certa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivum, 2015.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

BERALDO, Leonardo de Faria. As medidas executivas atípicas contra o devedor inadimplente. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 188-224.

BERMUDES, Sergio. *A reforma do Código de Processo Civil: observações às leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, de 13-12-1994, 9.079, de 14-7-1995, 9.139, de 30-11-1995 e 26-12-1995, que alteraram o CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943. v. 4.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. Bauru: EDIpro, 2005.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Puglilesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial* (uma visão dialética). São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da eficácia. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 148, p. 293-320, 2007.

_____ et al. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5.

_____ et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 267, p. 227-272, 2017.

BRAGA, Roberto. *Fundamentos e técnicas de administração financeira*. São Paulo: Atlas, 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-Lei Nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*. Exposição de motivos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 3.803 de 1993 - Mensagem n. 255/93*; Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216085>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. *Relatório parcial* - Parte geral (“das normas fundamentais do processo civil”) Arts. 1.º a 291 do projeto de lei n.º 8.046, de 2010 da Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n.º 6.025, de 2005, do senado federal, e apensados, que tratam do “Código de Processo Civil” (revoga a lei n.º 5.869, de 1973). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/parecer_deputado-efraim-filho>. Acesso em: 10 dez. 2016

_____. Câmara dos Deputados. *Relatório final da comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei no 6.025, de 2005, ao projeto de lei no 8.046, de 2010, ambos do senado federal, e outros, que tratam do “Código de Processo civil” (revogam a lei no 5.869, de 1973)*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. *Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem)*, “Código de Processo Civil”. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Senado Federal. *Exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. *Código de Processo Civil*. Histórico da Lei. 1974. v. I. t. I. Exposição de motivos. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Exposição de Motivos. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. Senado Federal. *Parecer nº 956, de 2014, da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793&disposition=inline>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 60.033/MG*, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Brasília, DF, j. 09/08/1995, DJ 27/11/1995, p. 40893.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 615.639/RS*, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, Brasília, DF, j. 28/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 391.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 631.451/RS*, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, Brasília, DF, j. 26/08/2004, DJ 16/11/2004, p. 278.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 472.203/RS*, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, Brasília, DF, j. 23/06/2004, DJ 29/11/2004, p. 220.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 648.528/RS*, rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, Brasília, DF, j. 16/09/2004, DJ 06/12/2004, p. 335.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 676.678/RS*, rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, Brasília, DF, j. 18/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 338.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 750.805/RS*, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3º T. Brasília, DF, j. 14.02.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 873.690/RS*, rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, Brasília, DF, j. 08/11/2006, DJe 10/10/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 713.629/ES*, rel. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJBA), Terceira Turma, Brasília, DF, j. 23/06/2009, DJe 04/08/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 830.417/RS*, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Brasília, DF, j. 14/09/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 291.608/RS*, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T. Brasília, DF, j. 22.10.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 126.515/PR*, rel. Min. Herman Benjamin, 2º T, Brasília, DF, j. 03.12.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.358.705/SP*, rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma. Brasília, DF, j. 11/03/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 669.914/DF*, rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Brasília, DF, j. 25/03/2014, DJe 04/04/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n. 1.564.030/MG*, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3º Turma. Brasília, DF, j. 09.08.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC 411.519/SP*, rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma. Brasília, DF, j. 21/09/2017, DJe 03/10/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça, *HC 428.553/SP*, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, j. 12/12/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça, *AREsp 1233016 – SP*, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, j. 01/03/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 97.876 – SP*, relator Min. Luis Felipe Salomão – Unânime Quarta Turma. Brasília, DF, j. 05.06.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 2018/0104023-6*, relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, j. 05/06/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1261054/SP*, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma. Brasília, DF, j. 02/08/2018, DJe 09/08/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE 895868 AgR-ED-ED*, relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma. Brasília, DF, j. 29/06/2018, Processo eletrônico: DJe-153 Divulg. 31-07-2018, Puplic. 01-08-2018.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Agravo de Instrumento nº 0710588-63.2017.8.07.0000*, relator Desembargador Gilberto Pereira de Oliveira. Brasília, DF, j. 25/10/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Agravo de Instrumento nº 0712911-41.2017.8.07.0000*, relator Des. Fábio Eduardo Marques, 7ª Turma Cível. Brasília, DF, j. 24/01/2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Agravo de Instrumento nº 0712490-51.2017.8.07.0000*, relator Des. Fábio Eduardo Marques, 7ª Turma Cível. Brasília, DF, j. 07/03/2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Agravo de Instrumento nº 0702539-96.2018.8.07.0000*, relator Desembargador Josaphá Francisco dos Santos. Brasília, DF, j. 20/06/2018.

BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves de. Execução, novas tendências, velhos problemas. Uma never ending story. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). *Execução no processo civil – novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 81-98.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. A definitividade da execução lastreada em título executivo extrajudicial. In: _____; SHIMURA, Sérgio. (Org.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2009. v. 3. p. 367-386.

_____. *Recuperação de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação de tutela* – dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 113, p. 22-76, 2004.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração da jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do julgamento-alerta. In: GALLOTTI, Isabel et al. (Coord.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. As novas tendências da atuação judicial. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CADIET, Loic. *Perspectivas sobre o Sistema de Justiça Civil francesa* – seis lições brasileiras. Tradução de Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscana de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Albezia e Sandra Drina Fernandes Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Execução civil e temas afins - do CPC/1973 ao Novo CPC*. Estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13-18.

_____. O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos de defesa do executado. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). *Panorama atual do novo CPC 2*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 329-343.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPONI, Bruno (Org.). *L'esecuzione processuale indiretta*. Milano: Ipsoa, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, Ed. do TRF4, ano 12, v. 40, p. 15-49, 2001.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Traducción de Santiago Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971.

_____. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2000. v. 1 e v. 2.

CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz na common law. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 180, p. 195-220, 2010.

CASTORO, Pasquale. *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*. Milano: Giuffrè, 1980.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII – arts. 566 a 747. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

CHIARLONI, Sergio. *Medidas coercitivas y tutela de los derechos*. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra, 2005. p. 37-38.

_____. Note comparative sull'esecuzione indiretta in Italia e in Brasile. *Revista de Processo*, v. 277, p. 527-538, mar. 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 1.

COLIN, Camerer. Individual decision making. In: KAGEL, John H.; ROTH, Alvin E (Ed.). *The handbook of experimental economics*, p. 587-616. New Jersey: Princeton University Press, 1995.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Judith H. Martins. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 680, p. 47-58, 1992.

_____. O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 753, p. 24-48, 1998.

_____. Prefácio a Maria Cláudia Mércio Capachuz. Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico. In: _____ (Org.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 41-47.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

CRIBARI, Giovanni. Execução específica - obrigações de fazer, de não fazer e de prestar declaração de vontade: cominação e ação de preceito cominatório. *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 10, p. 47-61, 1978.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. *O juiz, seus poderes e o novo C.P.C.* São Carlos: Revistas Técnicas, 1977.

DALL'AGNOL JÚNIOR. Antônio Janyr. Tutela das obrigações de fazer e de não-fazer (art. 461). *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 134, p. 231-244, 2007.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fortes, 1996.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Tipo ou conceito no direito tributário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, v. 31, p. 213-260, 1987-1988.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Contribuição para o entendimento da norma do art. 620 do CPC (cláusula geral de proteção contra o abuso do direito pelo exequente). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 173, p. 373-376, 2009.

_____. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 187, p. 69-83, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

DONNE, Clarice Delle. L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordenamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice di processo amministrativo. In: ANDREWS, Neil; TURNER, Robert. The system of enforcement of civil judgments in England. In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (Coord.). *Enforcement and enforceability*. Oxford: Intersentia Antwerp, 2010. p. 127-135.

_____. L'introduzione dell'esecuzione indireta nell'ordenamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) Codice de processo administrativo. In: CAPONI, Bruno (Org.). *L'esecuzione processuale indiretta*. Milano: Ipsoa, 2011. p. 123-161.

DONNIER, Marc; DONNIER, Jean-Baptiste. *Voies d'exécution et procédures de distribution*. 9. ed. Paris: LexisNexis, 2017.

DUARTE, Francisco Carlos. Medidas coercitivas civis e efetividade da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 10, p. 214-225, 1993.

DUQUE, Marcelo Schenk. Configuração de direitos fundamentais e segurança jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 98, v. 887, p. 9-35, set. 2009.

ENGEL, Christoph; GIGERENZER, Gerd (Coord.). *Heuristics and the law*. Cambridge: The MIT Press, 2006.

FABRÍCIO, Adrolado Furtado. Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória. In: _____ (Org.). *Ensaios de direito processual civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003. p. 243- 265.

FERRARA, Luigi. *L'esecuzione processuale indireta*. Napolli: N. Jovene, 1915.

FERREIRA, Gabriela Macedo. Poder geral de efetivação: em defesa da constitucionalidade da técnica de execução dos direitos do art. 139, IV, do Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Candido de. *Novo Dicionário de Língua Portuguesa*. Lisboa: Livraria Clássica Editora A.M. Teixeira, 1913.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Anotações aos direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 715, p. 36-55, 1995.

FRAGA, Affonso. *Theoria e pratica na execução das sentenças*. São Paulo: C. Teixeira & C. Editores, 1922.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 1.

FREITAS, José Lebre de. *Acção executiva*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FURTADO, Paulo. *Execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GAIO JÚNIOR. Antônio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

_____; OLIVEIRA, Thaís Miranda de. Processo civil e os modelos de investigação patrimonial na atividade executiva. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 259, p. 119-135, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e Código Civil de 2002: uma abordagem contemporânea. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 853, p. 58-76, 2006.

GELIO, Aulo. *Noches áticas*. Trad. Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: EJE, 1959.

GERMANY. Bundesverfassungsgericht. *BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 03. November 2017 - 2 BvR 2135/09 - Rn. (1-26)*. Disponível em: <http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/11/rk20171103_2bvr213509.html>. Acesso em: 20 mar. 2018.

GERMANY. *Deutscher Bundestag*. Disponível em: <<http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP16/138/13878.html>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

GIANNICO, Maurício. *Expropriação executiva*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003. t. II.

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

_____. Coações indiretas na execução pecuniária. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 411-412.

GRINGS, Maria Gabriela. Medidas judiciais e ambiente digital. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 79, p. 65-76, 1995.

_____ et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. Roma: Editori Laterza, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Execução indireta*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Responsabilidade patrimonial e fraude à execução. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 65, p. 174-181, 1992.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. arts. 298 a 370. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. IV.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 155, p. 335-364, 2008.

_____. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

HESS, Burkhard. Different enforcement structures. In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (Coord.). *Enforcement and enforceability*. Oxford: Intersentia Antwerp, 2010. p. 41-61.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Medios compulsivos en derecho privado*. Buenos Aires: Ediar, 1978.

JAUERING, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução de F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAWANO, Masanori. Civil enforcement as a fundamental of effective justice - Introductory remarks on comparative study of civil enforcement. In: STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. (Coord.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 3-12.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. _____. _____. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 173, p. 95-128. 2009.

_____. Considerações para a reforma da tutela de urgência: análise do esboço do anteprojeto sobre “a tutela de urgência e as medidas antecipatórias e cautelares”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão;

CALMON, Petrônio (Org.). *Bases científicas para um renovado direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. O dever de boa-fé na execução de fazer infungível: a prevalência do traço humano sobre o caráter formal do processo. In: _____ (Org.). *Ensaio de processo civil*. São Paulo: Conceito, 2011. v. 1. p. 116-135.

_____. Prisão penal, coerção processual civil e efetividade. In: _____ (Org.). *Ensaio de processo civil*. São Paulo: Conceito, 2011. v. 1. p. 261-281.

_____. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância? In: _____ (Org.). *Ensaio de processo civil*. São Paulo: Conceito, 2011. v. 1. p. 61-84.

_____. Súmula vinculante: um marco. In: _____ (Org.). *Ensaio de processo civil*. São Paulo: Conceito, 2011. v. 1. p. 25-60.

_____. Prisão por desobediência em execução de fazer. In: _____; ARAÚJO, José Henrique Mouta; BORGES, Marcus Vinícius Motter (Org.) *Aspectos polêmicos da execução civil*. São Paulo: Conceito, 2012. p. 161-207.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997.

LEÃO, Leandro Castanheira. Atipicidade nas execuções de pagar quantia: perspectivas diante do art. 139, IV, do CPC. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, 2017.

LEMONS, 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, Revista dos Tribunais, v. 200, p. 125-157, 2011.

LEMOS, Vinicius Silva. A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 471-496.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado* (oposições de mérito no processo de execução). Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980.

_____. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. Trad. Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 43, p. 57-60, 1986.

LIMA, Rafael de Oliveira. A atipicidade dos meios executivos no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 261–282, jul./dez. 2016. e-ISSN: 2525-9814.

LIRA, Fernando; CAVALCANTI FILHO, José Paulo. Anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil – a ser discutido com a comunidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 43, p. 86-116, 1986.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. *Tratado pratico do processo executivo summario por privilegio da real fazenda, por graça que comunique este privilegio, e adinstar, por direito comum e estylo forense*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868.

LOPES, João Baptista. Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro (Coord.). *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2004.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Casto. Ampla defesa na execução civil. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Execução civil e temas afins* - do CPC/1973 ao Novo Tribunais, 2014.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro* (Código de 1939), Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. v. IV.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Multa de 10% (dez por cento) na Lei 11.232/2005. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 19, p. 247-257, 2007.

MACÊDO, Lucas Buril de; AZEVEDO, Gustavo Henrique Trajano de. Protesto de decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 244, p. 323-344, 2015.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. Torino: Giappichelli, 1981.

_____. *Corso di diritto processuale civile: l'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, il processo del lavoro e dell'equo canone*. Torino: Giappichelli, 1982.

_____. *Corso di diritto processuale civile*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1982. v. 3.

MARMITT, Arnaldo. *Pensão alimentícia*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar (parte geral)*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 4.

_____. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER Jr. Fredie (Coord.). *Execução civil – Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 225-245.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

MARRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Arts. 216 a 297. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. III.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos de personalidade: aspectos gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 14, n. 56, p. 247-266, out./dez. 1977, ISSN 0034-835x.

MEDINA, Francisco Sabadin. O negócio jurídico inexistente e o plano da existência: são eles categorias precisas na análise dos negócios jurídicos? *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 71, p.179-222, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRA, Silvio A. B. *A lei das XII Tábuas – fonte de direito publico e privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

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

_____. Cooperação judicial e poderes do juiz na execução. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 521-558.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, ano 13, 2004.

METZGER, Ernest. An outline of Roman Civil Procedure. *Roman Legal Tradition*. Published by the Ames Foundation at the Harvard Law School and the University of Glasgow School of Law, p. 2-30, 2013. ISSN 1943-6483. Disponível em: <<https://romanlegaltradition.org/contents/2013/RLT9-METZGER.PDF>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

MICHELI, Gian Antonio. *Curso de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970. v. 1.

MINAMI, M.Y. Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/2015 – do processo para além da decisão. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). *Coleção Novo CPC doutrina selecionada: Execução*. Salvador: Juspodovim, 2016.

_____. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*. Tese (Doutorado em Direito) – Salvador: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, 2017.

_____ ; NOGUEIRA, Natália Ivana. Uma análise das decisões dos tribunais brasileiros acerca da atipicidade dos meios executivos à luz do art. 139, IV, do CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 281, p. 593-622, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 10024028773794006*, relatora Desembargadora Shirley Fenzi Bertão. Belo Horizonte, j. 06/12/2017.

MIRAGEM, Bruno. Prazo de inscrição em bancos de dados restritivos de crédito - comentários à Súmula 323 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 84, p. 337-344, 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOLINA PASQUEL, Roberto. *Contempt of Court*. México: Fondo de Cultura Económica, 1954.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Muracho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências em matérias de execução de sentença e ordens judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 151-168, 1986.

MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SALET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e com o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MOURA, Mario Aguiar. *O processo de execução segundo o Código de 1973*. Porto Alegre: PUC/EMMA, 1975. v 1 e v. 2.

_____. *Embargos do devedor*. 4. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1985.

MURRAY, Peter. Provisional measures in U.S. Civil Justice. In: STÜRNER, Rolf; KAWANO, Masanori (Ed.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tübingen: Mohr Siebeck Ed., 2011.

- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 220-221.
- NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII: arts. 646 a 795. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Da arrematação de real a real*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.
- _____. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 265, p. 107-150, 2017.
- NOJIRI, Sergio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 747, p. 11-34, 1998.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe. Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, iv, do CPC de 2015. *Migalhas*. 11.08.2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI243746,21048Reflexoes+sobre+a+atipicidade+das+tecnicas+executivas+e+o+artigo+139>>. Acesso em: 15 abr. 2017.
- OLIVEIRA, A. de Almeida. *A lei das execuções*. Lisboa: A.M. Teixeira, 1915.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao art. 1º. In: _____. (Coord.). *A nova execução de títulos extrajudiciais: comentários à Lei 11.382, 6 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

_____. _____. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral Do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.

OLIVEIRA NETTO, José. *Dicionário Jurídico Universitário: terminologia jurídica e latim forense*. 6. ed. São Paulo: Edijur, 2014.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Novas perspectivas da execução civil – cumprimento de sentença. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). *Execução no processo civil – novidades e tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 196-197.

PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções*. Ações executivas. Rio de Janeiro: Borsoni, 1959. v. 1.

_____. *Tratado das execuções*. Execução de sentença. Rio de Janeiro: Borsoni, 1964. v. 2.

PAPINI, Paulo Antonio. *Medidas atípicas para cumprimento de ordem judicial suspensão do passaporte e CNH do devedor*. São Paulo: Lualri, 2018. Edição do Kindle.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n° 0041463-42.2016.8.16.0000*, 14° Câmara Cível, relator Des. Themis de Almeida Furquim Cortes, Curitiba, j. 22/02/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 1649506-8*, relator Fernando Ferreira de Moraes, 13° Câmara Cível. Curitiba, j. 17.05.2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 1675823-7*, relator (a): Francisco Pinto Rabello Filho; Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível. Curitiba, j. 26/07/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento no 1.670.409-7*, rel. Des. Athos Pereira Jorge Junior, 13ª Câmara Cível. Curitiba, DJe 27-7-2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 07095995720178070000*, relator Desembargador Flavio Rostirola. Curitiba, j. 13/09/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento no 1.689.264-7*, rel. Des. Fernando Ferreira de Moraes, 13ª Câmara Cível. Curitiba, DJe 20-10-2017.

_____. Tribunal de Justiça. *AI - 1704519-5 – Cascavel*, rel. José Hipólito Xavier da Silva – Unânime. Curitiba, j. 13.12.2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 1.686.814-5*, relator (a): Espedito Reis do Amaral; Órgão Julgador: 18ª Câmara Cível. Curitiba, j. 07/02/2018.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 0041306-35.2017.8.16.000*, relator Lauro Laertes de Oliveira, 16º Câmara Cível. Curitiba, j. 14/03/2018.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento n. 0010050-40.2018.8.16.0000*, relator Desembargador Domingos José Perfetto, Nona Câmara Cível. Curitiba, j. 21.03.2018.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 1, p. 30-35, set./out. 1999.

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, v. 49, issue 2, p. 114-118. Disponível em: <<http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

PEREIRA, Caselli Rafael. *A multa judicial (astreintes) no CPC-2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *A multa judicial (astreintes) no CPC-2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro, 1977. v. 1.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.

PILATI, José Isaac. Panorama das fontes de Direito Romano Clássico e seu resgate na pós-modernidade jurídica: as Institutas de Gaio em particular. *Unisul de fato e de direito – Revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, Florianópolis, Ed. da Unisul, v. 6, p. 27-41, 2013.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes executórios do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Poderes executórios atípicos no projeto do Código de Processo Civil. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Execução civil e temas afins - do CPC/1973 ao Novo CPC*. Estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 800-823.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Providência cautelar em pedido de condenação de uma prestação de facto: Consulta. *Lusíada. Direito*, Lisboa, Ed. da Universidade Lusíada, v. 2. p. 187-198, 2004. p. 190. ISSN: 2182-4118. Disponível em: <<https://www.revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/download/776/854>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

PINTO, Rui. *A ação executiva*. Lisboa: AAFDL Editora, 2018.

PISANI, Andre Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 1994.

PITTA, F. P. G. Por uma teoria das medidas executivas atípicas – limites para a concessão. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 679-702.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. I e t. IV.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 882-991). Rio de Janeiro: Forense, 1961. t. XIII.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 444-475). Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. V.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 566-611). Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. IX.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 612-735). Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. X.

_____. *Tratado das ações*. Ações executivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. t. VIII.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 1º-45). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. I.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil* (arts. 46-163). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. II.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dais Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.

PRADO, Eleutério F. S. A ortodoxia neoclássica. *Estudos Avançados* 15 (41), 2001, p. 11. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/viewFile/9776/11348>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

PUCCIARIELLO, Pasquale; FANELLI, Giuseppina. L'esperienza straniera dell'esecuzione forzata indiretta. In CAPONI, Bruno (Org.). *L'esecuzione processuale indiretta*. Milano: Ipsoa, 2011. p. 43-68.

QUARTIERI, Rita. Comentário ao artigo 655-A. In: ARMELIN, Donaldo et al. (Org.). *Comentários à execução civil: título judicial e extrajudicial* (artigo por artigo). São Paulo: Saraiva, 2009.

RAGONE, Álvaro J. Pérez. Session 4: Constitution, Fundamental Rights and Law of Enforcement. 4.2. The Conflicts between the Fundamental Rights of the Creditor and the Debtor. *Anais... XVI International Association of Procedural Law (IAPL) Seoul Conference 2014*. p. 649-650. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/caar/?p=13751>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. ¿Nemo praecisi coegit? Reinterpretación desde la tutela ejecutiva efectiva de las obligaciones no dinerarias. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, p. 239-270, 2015.

_____; PRADILHO, Juan Carlos Ortiz. *Código procesal civil alemán (ZPO)*. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra De Falco. Montevideu: Konrad, Adenauer, Stiftung, 2006.

RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Praxe brasileira*. São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869.

REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. v. 1.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1963, v. 3.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 145, p. 125-149, 2007.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Publicidade registral e direitos da personalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 59, p. 285-291, 2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 0040491-54.2017.8.19.0000*, relator Des. Edson Vasconcelos. Rio de Janeiro, RJ, j. 10/08/2017, p. 5.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 70071746341*, Décima Quinta Câmara Cível, relatora Ana Beatriz Iser, Porto Alegre, j. 23/11/2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento no 70072211451*, relatora Des. Cláudia Maria Hardt, 16ª Câmara Cível. Porto Alegre, DJ 23-3-2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 2067947-47.2017.8.26.0000*, 36º Câmara de Direito Privado, rel. Des. Pedro Baccarat, Porto Alegre, j. 26.05.2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 0140375-51.2017.8.21.7000*, Relator Des. Umberto Guaspari Sudbrack, Porto Alegre, j. 27/07/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 70074562026*, relator Desembargador Voltaire de Lima Moraes. Porto Alegre, j. 22/02/2018.

RISOLO, Chiara Ilaria. L'effettività della tutela esecutiva e il problema delle misure coercitive. In: CAPONI, Bruno (Org.). *L'esecuzione processuale indiretta*. Milano: Ipsoa, 2011. p. 17-39.

ROCCO, Alfredo. *La interpretación de las leyes procesales*. Traducción de Manuel Romero Sanchez y Julio Lopez de La Cerda. Mexico: Editorial Stylo, 1944.

ROCCO, Ugo. *Corso di teoria e pratica del processo civile: il processo esecutivo*. Napoli: Libreria Scientifica, 1955. v. III.

ROCHA, José de Moura. *Sistemática do novo processo de execução* (arts. 566 a 747 do Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

RODOVALHO, Thiago O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência da concretização do NCPC, art. 139, inc. IV (atipicidade dos meios executivos). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 717-732.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um cafajeste? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 275, p. 89-117, jan. 2018; JOBIM, Marcos Félix. *As funções de eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Em busca dos limites para os meios executivos atípicos: até onde pode ir o art. 139, IV, do CPC/2015? In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 733-752.

ROSADO, Marcelo da Rocha. *A eficiência dos meios executivos na tutela processual das obrigações pecuniárias no Código de Processo Civil de 2015*. 2018. 382 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Vitória, ES, 2018.

ROSEMBERG, Leo. *Da jurisdição no processo civil*. Tradução de João S. Muller. Campinas: Impactus, 2005.

SAMPAIO, J. M. Gonçálves. *A ação executiva e a problemática das execuções injustas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

SANCHES, Sydney. *Execução específica: das obrigações de contratar e de prestar declaração de vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 4011578-87.2016.8.24.0000*, relator Desembargador André Luiz Dacol, Florianópolis, j. 01/08/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2002.023520-8*, de São João Batista, rel. Des. Newton Janke, Segunda Câmara de Direito Civil, Florianópolis, j. 13-03-2008.

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 4014442-30.2018.8.24.0000*, relator Desembargador Newton Trisotto, Florianópolis, j. 17/07/2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 40-65.

SANTOS, Claudio. Do protesto de títulos de crédito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 678, p. 14-22, 1992.

SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. *Contraditório e execução: estudo sobre a garantia processual do contraditório no cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. v. 2.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2105730-10.2016.8.26.0000*, relator (a): Teixeira Leite; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Araraquara - 2ª. Vara Cível. São Paulo, SP, j. 27/07/2016, r. 27/07/2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n° 2141932-83.2016.8.26.0000*, relator Des. Fortes Barbosa, 29ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, SP, j. 01/02/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2239521-75.2016.8.26.0000*, relator (a): Bonilha Filho; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 3ª. Vara Cível, j. 02/02/2017; r. 03/02/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 2249977-84.2016.8.26.0000*, relator: Hugo Crepaldi, 25^o Câmara de Direito Privado. São Paulo, SP, j. 02.02.2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2226408-54.2016.8.26.0000*, relator (a): Gomes Varjão; Órgão Julgador: 34^a Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 42^a Vara Cível. São Paulo, SP, j. 06/02/2017, r. 06/02/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2242553-88.2016.8.26.0000*, relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8^a Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 39^a Vara Cível. São Paulo, SP, j. 22/02/2017, r. 15/03/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2013595-42.2017.8.26.0000*, relator (a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 22^a Câmara de Direito Privado, 3^a Vara Cível, Foro de Fernandópolis, j. 23/02/2017, r. 07/03/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2242760-87.2016.8.26.0000*, relator (a): Castro Figliolia; Órgão Julgador: 12^a Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 2^a. Vara Cível. São Paulo, SP, j. 13/03/2017, r. 13/03/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2238159-38.2016.8.26.0000*, Relator (a): Kenarik Boujikian; Órgão Julgador: 34^a Câmara de Direito Privado; Foro de Fernandópolis - 3^a Vara Cível. São Paulo, SP, j. 03/04/2017; r. 03/04/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2116063-84.2017.8.26.0000*, relator (a): Melo Colombi; Órgão Julgador: 14^a Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Bernardes - Vara Única, j. 01/08/2017, r. 01/08/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n° 22146357520178260000*, relator Desembargador Jovino de Sylos. São Paulo, SP, j. 19/03/2018.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2016197-06.2017.8.26.0000*, relator Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 45ª Vara Cível. São Paulo, SP, j. 20/03/2017, r. 20/03/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 2019257-84.2017.8.26.0000*, relator Des. Francisco Giaquinto, 13ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, SP, j. 24/03/2017, p. 3.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 2017511-84.2017.8.26.0000*, 31ª Câmara de Direito Privado, relator Adilson de Araujo. São Paulo, SP, j. 11/04/2017.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2039127-81.2018.8.26.0000*. relator (a): José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado, 6ª Vara Cível. Foro de Jundiaí, j. 13/06/2018, r. 13/06/2018.

SARAIVA, Gastão Grossê. Histórico do processo, até o atual Código de Processo Civil - fundamentos sociológicos do direito processual. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Camen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SATTA, Salvatore. *L'esecuzione forzata*. Torino: Unione Tipografio, 1952.

_____. *Direito processual civil*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. v. 2.

SCHMITZ, Leonard Zieseimer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARANHA, Leonardo. Comentários ao Enunciado 12. In: PEIXOTO, Ravi (Coord.). *Enunciados FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Cíveis* - organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 156-166.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro, modificado até 1996*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Tratado do processo de execução: das diversas espécies de execução*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976. v. 1 e v. 3. t. 2.

_____. _____ - da execução civil - dos elementos básico do processo. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976. v. 1.

_____. _____ - dos embargos do devedor. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977. v. 3. t. 2.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, João Paulo Hecker da. Manus injectio. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 237, p. 139-156, 2014.

SILVA, Ricardo Alexandre da. Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia certa no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Org.). *Execução*. Salvador: Juspodovim, 2016. (Coleção Novo CPC doutrina selecionada). p. 547-572.

SILVESTRI, Elizabetta. The devil is in the details: remarks on Italian enforcement procedures. In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (Coord.). *Enforcement and enforceability*. Oxford: Intersentia Antwerp, 2010, p. 207-215.

SIMAS, Hugo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. arts 675 a 781. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940. v. VIII.

SOUZA, Orlando de. *Doutrina e prática das execuções de sentenças*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1961.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? *Revista Consultor Jurídico*. 25.08.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 9 abr. 2017.

TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 775-798.

TARTUCE, Fernanda; SILVA, Silvio Pereira da. Execução indevida e responsabilidade. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). *Execução civil e temas afins - do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em Homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 365-377.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparados. In: MITIDIERO, Daniel (Org.) *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 28, p. 55-95, 1982.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 105, p. 9-33, 2002.

_____. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 26. ed. São Paulo: Leud, 2009.

_____. Coisa julgada e segurança jurídica: alguns temas atuais de relevante importância no âmbito das obrigações tributárias. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, n. 389, p. 11-51, mar. 2010.

_____. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

TROCKER, Nicolás, Masanori. Civil The right to effective enforcement of civil judgements and orders: Lessons from Case Law of the European Court of Human Rights. In: STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. (Coord.). *Comparative studies on enforcement and provisional measures*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 21-48.

TSEBELIS, George. *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. São Paulo: Ed. USP, 1998.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, mar. 1979, p. 263-291. Disponível em: <<https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-64a0-5b1c-0000-00003b7ec704/10.05-kahneman-tversky-79.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

_____; _____. Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk and Uncertainty*, n. 5, p. 297-323, 1992. Disponível em: <http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2780/tversky_kahneman_advances.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538 vol. VIII*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições históricas do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. *Da contumácia no processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1964.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. *A execução do devedor no direito romano* (beneficium competentiae). São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional: defesa da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 5. (Coleção Doutrinas Essenciais).

VESCOVI, Enrique. *Derecho procesal civil*. Montevidéo: Ediciones Idea, 1974. t. I.

VIDIGAL, Luis Eulalio de Bueno. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

VIEIRA, L. H. S. Atipicidade dos meios executivos: da discricionariedade à violação de preceitos garantidores do estado democrático de direito. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

VITORELLI, Edilson. Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência, nas diferentes modalidades de execução. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 27-58.

TELLES, José Homem Côrrea. *Doutrina das acções*. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel. *Breves comentários à nova sistemática processual civil, II: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 461, CPC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 19, p. 77-101, 1996.

WENGER, Leopold. *Actio iudicati*. Trad. Roberto Goldschmidt y Jose Julio Santa Pinter. Buenos Aires: EJEA, 1954.

WOLFF, Richard D.; RESNICK, Stephen A. *Contending economic theories: neoclassical, keynesian, and marxian*. London: MIT Press, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

_____. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. p. 73-79.

_____; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil: novos perfis*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 824 ao 925*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento e a partir do caso concreto. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.); MINAMI, Marcos Y.; TALAMINI, Eduardo (Org.). *Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 873-893.

ZARONI, Bruno Marzullo. Contempt of court, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 235, p. 121-147, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 771 ao 796*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 12.