

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Hellen de Freitas Nunes

**APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO DO ART. 139, IV DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ÀS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA**

Porto Alegre

2018

HELLEN DE FREITAS NUNES

**APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO DO ART. 139, IV DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ÀS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos.

Porto Alegre

2018

HELLEN DE FREITAS NUNES

**APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO DO ART. 139, IV DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ÀS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos
(Orientador)

Professor Doutor Daisson Flach

Professor Doutor Eduardo Kochenborger Scarparo

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, pelo amor e o incentivo que são a base da minha vida, e ao meu irmão, Felipe, pela presença sincera e por me ensinar a enxergar o caminho com mais leveza.

Ao meu namorado Eduardo, pelo companheirismo e a compreensão do início ao fim da faculdade e por todos os momentos que compartilhamos na vida.

Aos meus colegas, Marina e Daniel, pelo apoio e a amizade verdadeira que construímos ao longo desses cinco anos.

Aos professores da Faculdade de Direito que marcaram minha trajetória, incansáveis na tarefa de ensinar, em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Sérgio Mattos, pela gentileza, tranquilidade e atenção que foram essenciais para a realização deste trabalho e ao Prof. Dr. Daniel Mitidiero, pela iniciação à pesquisa.

Aos meus amigos do Gabinete da Desembargadora Judith dos Santos Mottecy, por terem despertado em mim o apreço pelo Processo Civil, bem como aos meus colegas da Sexta Vara Federal, pela amizade e o convívio.

Por fim, à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo ensino de qualidade e pelas boas lembranças que guardarei sempre comigo.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo estudar a aplicação do art. 139, IV do CPC à execução de obrigação de pagar quantia. O dispositivo legal representa cláusula geral de efetivação que autoriza o magistrado a utilizar as medidas atípicas necessárias ao adimplemento da obrigação no processo de execução, sendo uma novidade que tem sido utilizada na jurisprudência pátria. No que concerne à obrigação de pagar quantia, buscou-se compreender o alcance e o modo de aplicação da cláusula geral de efetivação nas suas questões processuais e com a devida atenção aos direitos do executado e do exequente. Para a elaboração deste estudo, foi utilizado o método indutivo e, como subsídios, a doutrina, a legislação nacional e a jurisprudência dos tribunais.

Palavras-chave: Processo civil. Meios executivos. Atipicidade. Cláusula geral executiva. Obrigação de pagar quantia.

ABSTRACT

This study aims to analyze the application of Article 139, IV of the Brazilian Civil Procedure Code to the execution of payment obligations arising from fines or verdicts. The legal provision represents a general clause that authorizes judges to utilize atypical measures that are necessary to the performance of the obligations in the fulfillment of the process, being a new approach of Brazilian jurisprudence. As for payment obligations, this study will seek to comprehend the general clause's range and means of application regarding procedural matters and considering claimant's and defendant's rights. The inductive method will be utilized in the elaboration of this study based upon literature, national legislation and the courts decisions.

Key words: civil procedure. Means for settling. Atypicality. General clause of execution. Payment obligation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 TUTELA EXECUTIVA: EVOLUÇÃO PAUTADA NA NECESSIDADE DA TUTELA EFETIVA DOS DIREITOS	10
1.1 TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA	10
1.2 TÉCNICAS EXECUTIVAS.....	15
1.3 ATIPICIDADE DO SISTEMA.....	18
1.4 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EFETIVA	21
2 CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO: SENTIDO E PARÂMETROS APLICAÇÃO DO ART. 139, IV DO CPC À OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA	27
2.1 A CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO	27
2.2 APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO: SUJEITOS E OBJETO	31
2.3 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E CONTRADITÓRIO	33
2.4 IMPOSIÇÃO <i>EX OFFICIO</i> , FUNGIBILIDADE E CUMULATIVIDADE DAS TÉCNICAS EXECUTIVAS.....	37
2.5 SUBSIDIARIEDADE.....	40
2.6 UTILIDADE E MENOR ONEROSIDADE	44
2.7 EXAME DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE	47
3 APLICAÇÃO DO ART. 139, IV DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA	53
3.1 MEDIDA DE APREENSÃO DO PASSAPORTE.....	54
3.1.1 Agravo de Instrumento nº 0041463-42.2016.8.16.0000 – TJPR	54
3.1.1.1 <i>Resumo do Caso</i>	54
3.1.1.2 <i>Análise do caso</i>	55
3.1.2 Agravo de Instrumento nº 70075402040 – TJRS	59
3.1.2.1 <i>Resumo do Caso</i>	59
3.1.2.2 <i>Análise do caso</i>	59
3.2 MEDIDA DE SUSPENSÃO DA CNH	62
3.2.1 Agravo de Instrumento nº 2116063-84.2017.8.26.0000 – TJSP	62
3.2.1.1 <i>Resumo do Caso</i>	62
3.2.1.2 <i>Análise do caso</i>	62
3.2.2 Agravo de Instrumento nº 70075389619 – TJRS	65

3.2.2.1 <i>Resumo do Caso</i>	65
3.2.2.2 <i>Análise do Caso</i>	66
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

Parte-se do pressuposto de que o Código de Processo Civil ampliou as possibilidades de efetivação da tutela, criando uma cláusula geral que autoriza a utilização de medidas atípicas para satisfazer o direito do litigante. Assim, ultrapassa-se o âmbito da obrigação de fazer, não-fazer e entregar coisa, a fim de alcançar também a obrigação de pagar quantia, sendo este o tema de pesquisa ora apresentada.

Justificadas por essa modificação, surgiram na jurisprudência pátria decisões inovadoras que utilizaram medidas atípicas como a apreensão de passaporte, bloqueio de cartões de crédito e suspensão da Carteira Nacional de Habilitação para fazer cumprir obrigações pecuniárias inadimplidas.

À medida que essas decisões são tomadas, surge a necessidade de encontrar certos parâmetros que colaborem para que, ao mesmo tempo em que a tutela do direito seja efetiva, exista um controle na sua aplicação, evitando arbitrariedades do órgão jurisdicional. Nesse sentido é o problema da pesquisa: como deve ser aplicado o art. 139, IV do CPC na efetivação da execução das obrigações pecuniárias?

Para responder a essa pergunta, na primeira parte do trabalho, explica-se o conceito de tutela jurisdicional executiva como uma atividade desempenhada pelo juiz no processo, demonstrando ser ultrapassada a ideia da existência de um processo de execução e conhecimento autônomos entre si. A partir desse entendimento, busca-se apresentar a tutela executiva em seu modelo atual, como mecanismo apto a tutelar efetivamente os direitos das partes no processo, além de situá-la no Código de Processo Civil como a denominada execução autônoma que trata do título executivo extrajudicial e a fase de cumprimento de sentença que, por sua vez, visa a cumprir o título executivo judicial. Após, são elucidadas as técnicas executivas diretas e indiretas aptas a fazer cumprir o direito do litigante na execução e apresentados os sistemas executivos típicos e atípicos existentes, por meio dos quais essas técnicas são utilizadas.

Esclarecido o conceito contemporâneo da tutela jurisdicional executiva e como ocorre sua efetivação no sistema processual brasileiro, passa-se à análise da inovação presente no Código de Processo Civil, que é a possibilidade encontrada no art. 139, inciso IV do CPC de a tutela jurisdicional executiva, nas obrigações de

pagar quantia, ser efetivada por meios não previstos em lei. Depois disso, são analisadas questões práticas que envolvem a cláusula: seu âmbito de utilização, a possibilidade ou não de aplicação de ofício das medidas atípicas pelo magistrado e sua mudança, caso não se mostre efetiva no processo. Ainda, segue o estudo em relação à questão das medidas atípicas serem ou não subsidiárias às medidas previstas em lei, bem como o respeito à fundamentação e ao contraditório. São abordados, ainda, os princípios da menor onerosidade e da utilidade como direitos do executado no processo.

Por fim, após a compreensão das questões práticas e dos direitos que devem ser conferidos às partes quando da aplicação das medidas atípicas em relação à obrigação pecuniária, é feita uma análise do postulado da proporcionalidade e de sua aplicação a casos encontrados na jurisprudência dos tribunais.

A metodologia de pesquisa utilizada foi a indutiva, e as técnicas foram a bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Assim sendo, foi analisada doutrina acerca do tema, consultadas fontes legislativas e escolhidos casos que representam a maneira inovadora como a atipicidade dos meios executivos está sendo aplicada à efetivação da obrigação de pagar quantia. Com essa análise, buscou-se encontrar um caminho para que as decisões envolvendo o tema sejam tomadas de maneira mais segura, respeitando os direitos das partes no processo sem perder eficiência.

O motivo da escolha do tema foi o apreço pela pesquisa na área de direito processual civil e o interesse acerca das novas discussões que o Código de Processo Civil tem trazido no que concerne a importância de entregar às partes uma tutela em consonância com a realidade.

1 TUTELA EXECUTIVA: EVOLUÇÃO PAUTADA NA NECESSIDADE DA TUTELA EFETIVA DOS DIREITOS

1.1 TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA

A tutela jurisdicional entendida como “o *resultado* da atividade jurisdicional - assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material - em favor do *vencedor*”¹, ou seja, como um tutela em favor de quem tem um direito, guarda certa equivalência com a expressão tutela dos direitos, entendida, por sua vez, como “a defesa do direito dante de sua violação (ou ameaça de violação).”² Isso porque, dada a compreensão acerca da tutela jurisdicional, é possível concluir que ela apenas manifesta-se em favor daquele que tem um direito, como uma verdadeira forma de tutela jurisdicional dos direitos.³

Nesse sentido é a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Não há dúvida, portanto, de que os *efeitos* decorrentes do ato judicial ostentam grande significado em tema de tutela jurisdicional. Principalmente porque os efeitos, como se verá adiante, tendem a se realizar no mundo sensível, circunstância fundamental para o retorno ao direito material, ao *posterius* que é a tutela do direito, *momento imediatamente posterior ao último ato da tutela jurisdicional*. Assim, por exemplo, o fato material da entrega do dinheiro satisfaz o direito do autor produzindo-se em consequência a tutela do direito, o ressarcimento. Completa-se, de tal sorte, o ciclo essencial do processo, pois a tutela jurisdicional deve partir da situação material (ainda meramente afirmada) e à situação material deve retornar, aqui em outro nível qualitativo, depois da constatação da realidade do direito postulado *in status assertionis*.⁴(grifo do autor)

Todavia, o conceito de tutela jurisdicional pode ser ampliado para não só significar o resultado do processo, mas também os meios de que se dispõe para

¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 28. Nesse sentido, o autor menciona que “[...] dizer que *tutela jurisdicional* é tutela de “quem tem razão’ não significa a aceitação da teoria concretista da ação que, conforme sabido, sujeita a existência desse direito ou poder a uma vontade concreta do direito em favor do autor. É que existe uma progressão ou “escalada” que vai do ingresso em juízo à obtenção de um provimento favorável que envolve, em ordem crescente, um direito que viabiliza o ingresso, um direito a um pronunciamento sobre o mérito da controvérsia e, finalmente, um direito a um provimento favorável [...]” p. 30.

² YARSHELL, Flávio Luiz. *Op.cit.* 1998. p. 29.

³ *Ibidem*.

⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 108-109.

obtenção do resultado.⁵ Nesse sentido, quando se busca uma tutela diferenciada ou específica, não se está utilizando essas qualidades apenas em relação ao resultado da tutela, mas também aos meios que devem possuir as características corretas para alcançar o resultado desejado.

Na atividade executiva, então, sob esse ponto de vista, busca-se “o estabelecimento de *meios executivos* que possam dar efetividade aos comandos judiciais que deles necessitam para produzir efeitos substanciais.”⁶ Nesse sentido:

[...] a locução *tutela jurisdicional* pode ser abrangente não apenas do provimento final ou do *resultado* do processo - seja ele encarado sob o ângulo do vencedor, seja encarado sob o ângulo do vencido -, mas também dos *meios* predispostos ao atingimento daquela provimento ou resultado.⁷
(grifo do autor)

O modelo de processo atual foi pensado em prol da tutela dos direitos, de se obter os meios necessários a dar ao litigante aquilo que é seu por direito. Esses mecanismos foram se moldando desde o Código Buzaid. Primeiramente, o anteprojeto do CPC/73 era organizado com referência a somente os processos de execução, de conhecimento e cautelar, o que se manteve em sua versão definitiva. Essa estrutura foi assim elaborada por conta do conceitualismo europeu, do qual o Código sofreu grande influência.⁸

Nesse sentido, o CPC/73 foi elaborado com o entendimento de que a atividade de conhecimento terminava com a prolação da sentença pelo magistrado, que poderia ser declaratória, constitutiva ou condenatória. Já o processo de execução não fazia parte do processo de conhecimento, sendo uma atividade que tinha lugar após o acontecimento que deu ensejo ao título executivo.⁹

Entretanto, em 1994, o paradigma da separação entre processo de conhecimento e processo de execução passou a dar lugar, por meio de uma reforma, a um processo sincrético. Isso ocorreu com o instituto da antecipação de tutela e a ação unitária para as obrigações de fazer e não fazer, o que acabou admitindo um processo de conhecimento com a prática de atos executivos aptos a satisfazer o direito da parte. Mais tarde, outras reformas inseriram na ação unitária

⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Op.cit.* 1998. p. 30-31.

⁶ *Idem.* p. 32.

⁷ *Idem.* p. 37.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil.** v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 558-559.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015. p. 559

também as obrigações de entrega de coisa e pagamento de quantia. Nessa perspectiva, “[...] o processo de conhecimento passou a albergar toda a execução fundada em sentença sob a rubrica de cumprimento de sentença”.¹⁰

Nesse panorama histórico, é possível dizer que o atual Código de Processo Civil manteve a divisão do CPC/73 ao tratar dos dois procedimentos em livros específicos e permitir a busca pela tutela cautelar, embora não tipificada. Teori Albino Zavascki faz referência à divisão entre cognição e execução, que é clássica na doutrina e, junto a ela, “[...] costuma-se ainda dentro dos padrões clássicos, acrescentar um *tertium genus*: a tutela cautelar.”¹¹

No entanto, cabe mencionar a observação feita por Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, na qual destacam que conhecimento e execução devem ser vistos como atividades, não como processos autônomos:

Embora o novo Código aluda a *processo de conhecimento* e a *processo de execução*, é preciso perceber que rigorosamente o processo não pode ser qualificado como *de conhecimento* ou como *de execução*. Isso porque *conhecer* e *executar* são *atividades* desempenhadas pelo juiz ao longo do processo. Conhecimento e execução são *técnicas processuais* de que o juiz se vale para *satisfazer* ou *acautelar* os direitos valendo-se do processo. Portanto, apenas elipticamente é que se pode falar em processo de conhecimento ou processo de execução.¹² (grifo dos autores)

Dessa maneira, tem-se que a ideia de existência de um processo de conhecimento e de execução é ultrapassada, podendo-se considerar a execução e o conhecimento como atividades que são exercidas pelo magistrado no decorrer do processo.¹³ Nessa lógica, José Miguel Garcia Medina classifica como puros os processos de conhecimento que não necessitam de uma fase executiva, bem como considera puro o procedimento de execução fundado em título extrajudicial, pela razão de não prescindir de um processo de conhecimento prévio.¹⁴

¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015. p. 569-570

¹¹ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 8.

¹²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015. p. 557. No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell entende que “Quanto à própria essência tradicional dessa tipologia, algumas considerações merecem ser feitas. A primeira delas diz respeito à relativização do binômio conhecimento/execução, ao menos quando estas são pensadas como atividades estanques,, em que a segunda se sucede à primeira, com um “intervalo” bem marcado e mediante o surgimento de uma nova relação jurídica processual” YARSHELL, Flávio Luiz. *Op.cit.* 1998. p. 175.

¹³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015. p. 257.

¹⁴MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Essa concepção sincrética do processo pode ser entendida pela observação de que o processo de conhecimento abriga atividades que necessitam de prática de atos concretos, tais como as que envolvem o deferimento de antecipação de tutela e, como já mencionado, o próprio cumprimento de sentença.¹⁵ Nesse sentido, é a lição de José Miguel Garcia Medina:

A ideia de que o juiz, na execução, não realiza operações mentais lógicas e valorativas, só poderia ser admitida caso se entendesse a execução como espécie de tutela jurisdicional em que o juiz apenas realiza atos materiais, quase que mecanicamente. Se é certo que não é no curso da execução que o juiz deve declarar se há ou não direito a ser executado – notadamente no processo de execução, ante a abstração do título executivo – não menos certo é dizer que é na execução que as expectativas das partes se encontram em maior crise, e o juiz não pode ficar alheio a essa tensão.¹⁶

No Código de Processo Civil atual pode-se falar em duas técnicas processuais executivas organizadas a fim de se obter um resultado para a parte vitoriosa. São elas: o processo autônomo de execução e a fase de cumprimento de sentença.¹⁷ Seguindo essa divisão, o CPC trata do chamado “cumprimento de sentença” no Título II, do Livro I, da Parte Especial, a partir do art. 513 até o art. 538, que é fundado em título judicial, podendo ser definitivo (com o trânsito em julgado da decisão) ou provisório (decisão em que haja recurso sem efeito suspensivo), conforme arts. 520 a 522 do CPC.¹⁸

O cumprimento de sentença ainda pode ser definitivo ou provisório. Nessa classificação, importa se a decisão está protegida ou não pela coisa julgada material. No caso de a decisão ser passível de alterações, estar-se-á diante de um cumprimento de sentença provisório.¹⁹ Já aos títulos executivos extrajudiciais são dedicados os arts. 771 a 925 do Livro II, da Parte Especial do CPC. Cumpre, ainda, apontar que as regras dos dois procedimentos são aplicadas subsidiariamente um ao outro, conforme preceituam os arts. 513 e 771 do CPC.

São espécies de execução fundadas em título judicial: cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa (arts.

¹⁵MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015. p. 257.

¹⁶MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 2017. p. 107

¹⁷DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 5. 7.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2017. p. 45.

¹⁸ MATTOS, Sérgio. Título II - Das diversas espécies de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim...[et al.]. (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2033.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 57.

523 a 527 do CPC), cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos (arts. 528 a 533 do CPC), cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública (arts. 534 a 535 do CPC) e cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de fazer, de não fazer ou de entregar coisa (arts. 536 a 538 do CPC).²⁰

Já as espécies de execução fundadas em títulos executivos extrajudiciais são a execução para a entrega de coisa certa ou incerta (arts. 806 a 813 do CPC), execução de obrigações de fazer e de não fazer (arts. 814 a 823 do CPC), execução por quantia certa (arts. 824 a 909 do CPC), execução contra a Fazenda Pública (art. 910 do CPC) e execução de alimentos (art. 911 a 913 do CPC).²¹ Os títulos judiciais estão elencados no art. 515 do CPC²² e os títulos executivos extrajudiciais estão inseridos no rol taxativo do art. 784 do CPC.²³

²⁰ MATTOS, Sérgio. *Op.cit.* 2016. p. 2033.

²¹ A execução fiscal (Lei 6.830) é execução fundada em título extrajudicial, sendo a ela aplicado subsidiariamente o novo CPC. Já a execução contra devedor insolvente, em curso ou que venha a ser proposta, permanece regulada pelo CPC/73 até a edição de lei específica. MATTOS, Sérgio. *Op.cit.* 2016. p. 2033- 2034.

²²BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. "Art. Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; II - a decisão homologatória de autocomposição judicial; III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; IV - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; V - o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial; VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado; VII - a sentença arbitral; VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; IX - a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça; X - (VETADO). § 1º Nos casos dos incisos VI a IX, o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da sentença ou para a liquidação no prazo de 15 (quinze) dias. § 2º A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo."

²³BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015."Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte; VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio; VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. § 1º A propositura de qualquer ação relativa a débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.§ 2º Os títulos executivos extrajudiciais oriundos de país estrangeiro não dependem de homologação para serem executados. § 3º O título estrangeiro só terá eficácia executiva quando satisfeitos os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e quando o Brasil for indicado como o lugar de cumprimento da obrigação.

1.2 TÉCNICAS EXECUTIVAS

A tutela jurisdicional na execução, vista sob a perspectiva da tutela dos direitos, é voltada para a obtenção de um resultado em favor do vencedor²⁴, de maneira que, conforme já mencionado, não se pode pensar em tutela executiva sem pensar nos meios de efetivação.²⁵ Nesse sentido, segundo Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

É evidente que uma adequada tutela desses direitos não se compraz com o binômio condenação-execução forçada, cujo resultado acaba sempre em uma tutela pelo equivalente monetário. Daí a razão pela qual a adoção pelo novo Código de expressões como tutela dos direitos, perigo na demora e medidas necessárias - justamente porque abertas e moldáveis concretamente às mais diferentes situações de direito material carentes de tutela - constitui prova de sua atenção à realidade social e ao direito material que lhe cabe efetivamente tutelar.²⁶

Os meios executivos aptos a prover um resultado efetivo podem dividir-se em meios de coerção e de sub-rogação.²⁷ A doutrina tradicional afirma que a execução pode ser dividida entre direta e indireta, sendo somente a primeira a verdadeira execução. Isso se dá porque se entende que a execução é o ato de substituição da vontade do devedor pelo Estado, dando tutela ao direito do credor sem depender da escolha do devedor, como exemplo tem-se a penhora e a alienação de bens do devedor.²⁸

No entanto, o presente trabalho irá adotar o entendimento de que execução que utiliza mecanismos coercitivos, a chamada execução indireta, faz parte da tutela

²⁴ Segundo Luiz Flávio Yarshell, não se pode deixar de atentar para o fato de que o resultado como tutela jurisdicional também alcança o vencido, sendo uma forma de superação do problema posto em juízo e, nesse sentido, representa uma tutela para a parte vencida. YARSHELL, Flávio Luiz. *Op.cit.* 1998. p. 35.

²⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Op.cit.* 1998. p. 159.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015. p. 574

²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 288.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 405-406.

jurisdicional executiva.²⁹ A utilização das técnicas executivas tem como objetivo ver o direito subjetivo ser concretizado. Dessa forma, a maneira pela qual o magistrado tenta chegar ao objetivo pode ser distinta, coercitiva ou sub-rogatória, mas isso não retira dessas medidas a qualidade de serem ambas pertencentes à mesma categoria dos meios executivos.³⁰

Ao falar de execução indireta (ou de indução), tem-se um meio de execução que não age diretamente sobre o bem do devedor, mas sobre a vontade deste, de maneira a fazer com que ele realize o adimplemento da obrigação. Por outro lado, chama-se execução direta ou por sub-rogação a execução em que são utilizadas técnicas nas quais a vontade do executado é substituída pelo agir do Estado ou de um terceiro. Essa classificação pode ser entendida conforme se utiliza ou não da máquina estatal para fazer cumprir uma decisão.

A execução direta ou por sub-rogação pode ocorrer por diferentes técnicas, quais sejam: o *desapossamento*, em que se retira do executado a posse do bem que deverá ser entregue ao exequente; a *transformação*, técnica na qual um terceiro realiza o que seria tarefa do executado, que arca com o custo da realização da conduta; ou *expropriação*, comum nas execuções para pagamento de quantia, seguindo o art. 825 do CPC.³¹ Já a execução indireta pode ser patrimonial, como, por exemplo, a imposição de multa, ou mesmo admite-se a técnica pessoal, que é o caso da prisão civil do devedor de alimentos. O incentivo para cumprimento da prestação pode ser tanto negativo quanto positivo nesses casos.³²

Uma vez compreendida a classificação dos meios executivos entre os meios diretos e indiretos, Araken de Assis classifica os atos executivos tomando como critério a forma como o Estado utiliza a força em cada um deles.³³ Assim, entendidos de acordo com a maneira com que o órgão jurisdicional empregará a força para ver

²⁹ Nesse sentido ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 405-406; GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 34.

³⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 36-37.

³¹ DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p.103-104. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

“Art. 825.A expropriação consiste em: I - adjudicação; II – alienação; III - apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens.”

³² DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p.103-104.

³³ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Ebook. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2F103700_439%2Fv19.3&titleStage=F&titleAcct=i_a744d7790_000015830600e_b40975c3_41#sl=0&eid=243ab77cddd6eae89a9267_a8b7135db4&ea_t=%5Bbid_%3D%2242%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false. Acesso em 12 de agosto de 2017.

satisfeita a obrigação, tem-se os “atos de apreensão”, que consistem em atos de penhora e desapossamento.

Por sua vez, a obrigação de fazer (art. 816, caput) é classificada pelo autor como “atos de transformação” e um exemplo seria o de um pintor que deve terminar de pintar o quadro ou o empreiteiro que deve construir uma casa. Ainda, classifica o autor como “atos de custódia” o depósito da coisa penhorada (art. 840) e a situação de prisão do executado decorrente de dívida alimentar (art. 528, §3º).

São “atos de transferência” a arrematação que consta no art. 903, pois se tratam de direitos que são retirados da esfera do executado e considerados “atos de dação” quando o executado deve entregar o valor pecuniário referente à expropriação de seu bem (art. 904, I) e quando ocorre a imissão na posse do bem do executado por meio de ordem expedida pelo juízo no mandado de citação (art. 806, §2º). Por fim, são “atos de pressão” a imposição de multa autorizada no art. 536, §1º e, novamente, a prisão de devedor de prestação alimentícia como forma de constranger a sua vontade.

Por sua vez, Paulo D’arce Pinheiro denomina as técnicas executivas de poderes executórios, que podem ser coercitivos ou sub-rogatórios. Seguindo essa classificação, têm-se os poderes coercitivos subdivididos em poderes coercitivos por meio de restrição de direitos e poderes coercitivos patrimoniais (multa). Já os poderes sub-rogatórios podem ser subdivididos em poderes de desapossamento, poderes de transformação e poderes de expropriação, esses últimos classificados em desconto, alienação e usufruto.³⁴

Os meios executivos estão relacionados com o bem da vida pretendido pelo demandante. Assim, associam-se os tipos de prestações ao mecanismo que será utilizado para satisfazer a demanda. Em outras palavras, às obrigações de fazer, não fazer, pagar quantia ou entregar coisa correspondem meios executivos distintos.³⁵

Giuseppe Chiovenda, em acertada observação, destacou que a certos bens os meios executivos ora discutidos, de coação e de sub-rogação, podem funcionar igualmente. Ou seja, existem bens que podem ser obtidos tanto por uma técnica

³⁴PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. Poderes executórios atípicos no Projeto de Código de Processo Civil. In: ALVIM, Arruda. (Coord.). **Execução civil e temas afins** – do CPC/1973 ao Novo CPC [livro eletrônico]: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99307084/v1/document/99366105/anchor/a-99366105>. Acesso em 14 set. 2017.

³⁵PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Op.cit.* 2015

executiva quanto por outra. O célebre autor utiliza como exemplo a possibilidade de utilização de ambos os meios para fazer cumprir prestação pecuniária.³⁶

1.3 ATIPICIDADE DO SISTEMA

Sob a vigência do CPC/73 só era possível realizar a execução com o uso de meios executivos típicos, visando a proteger o cidadão da atividade estatal para que esta não fosse arbitrária, como uma garantia de que o processo seguiria um caminho justo e de que não seria uma ameaça ao litigante.³⁷ Pode-se dizer que o princípio da legalidade influenciou a ideia de que a execução deveria ser típica, baseada somente na lei, pois da lei se assegura que não haverá arbítrio estatal, isto é, a execução será conduzida dentro dos limites e dos procedimentos já prescritos.³⁸

Luiz Guilherme Marinoni define o princípio da tipicidade dos meios executivos da seguinte maneira:

[...] o princípio da 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.³⁹

Contudo, houve uma transformação na concepção da sociedade em relação ao Estado, que passou a ser visto como um ente presente para proteger o cidadão e seus direitos, não mais como uma ameaça à liberdade de cada um. Assim, facilitando a tutela efetiva e adequada dos direitos, houve um rompimento gradual da rigidez do poder executivo.⁴⁰

No que concerne aos modelos de meios executivos admissíveis, Marcelo Lima classifica-os da seguinte maneira: *sistema típico*, que representa os meios tipificados em lei; e *sistema atípico*, quando os meios executivos não se encontram na lei, sendo escolhidos e concretizados pelo magistrado. O autor ainda menciona o *sistema misto*, quando os dois sistemas anteriores coexistem.⁴¹

³⁶CHIOVENDA, Giuseppe. *Op.cit.* 1969. p. 289-290.

³⁷DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 100.

³⁸GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 66-68.

³⁹MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. v. 127. Set/2005.

⁴⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 398.

⁴¹GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 61-63.

Na execução por quantia certa do CPC/73, os meios executivos utilizados eram a expropriação forçada, expropriação de salário e prisão civil no caso da execução de alimentos, existindo, como se sabe, outras variantes, como a execução contra a Fazenda Pública, que são procedimentos específicos, mas que não trazem novidade no meio executivo a ser utilizado.⁴²

Sendo assim, no procedimento da execução de pagar quantia do CPC/73 foi adotado um sistema típico, mesmo com as alterações que vieram a ocorrer com a introdução dos arts. 461 e, posteriormente, 461-A no CPC/73, as quais trataram da mudança da tipicidade apenas nas obrigações de entregar coisa, fazer e não fazer quando decorrentes de sentença judicial.⁴³

Compreende-se que os princípios da tipicidade e da atipicidade tratam da correlação, em um sistema jurídico, entre técnica e prestação. Assim, quando o sistema determina que para certa prestação será aplicada certa técnica executiva, então tem-se um sistema típico, uma vez que a técnica a ser utilizada para tutela de determinado direito está prevista em lei. Por outro lado, na situação em que não há previsão de técnica executiva para determinada prestação, o sistema é atípico.⁴⁴

Ocorre que obviamente é tarefa impossível para o legislador pressupor todas as possibilidades existentes de meios executivos aptos a proteger o direito da parte. Seria um pedido inalcançável o de prever todos os casos concretos a serem tutelados no plano jurídico. Dessa maneira, se inexistente previsão legal de um meio executivo adequado a proporcionar satisfação integral de um direito, o caso é de insuficiência de meios executivos.⁴⁵

Sobre essa insuficiência, ou seja, falta de correlação entre o direito processual e material, Luiz Guilherme Marinoni observa:

Isso significa que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não pode ser comprometido por um defeito de técnica processual. Supor que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento

⁴²GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 61-63.

⁴³BRASIL. **Lei nº 5.869**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) [...]” e “Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. [...]”

⁴⁴MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 398.

⁴⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 66-67.

legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, é inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Ora, se o direito à tutela jurisdicional restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que estará dando os contornos do direito material. Mas, como é óbvio, deve ocorrer exatamente o contrário, pois o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Por essa razão a ausência de técnica processual adequada para a tutela do direito material representa hipótese de omissão legal que atenta contra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.⁴⁶

Não se pode esquecer, todavia, que não se configura uma insuficiência de meios executivos quando o direito realmente não possa ser satisfeito, por exemplo, numa obrigação de pagar quantia, a parte devedora não tem como pagar, e, ainda, quando o único meio apto a satisfazer a tutela executiva é vedado por lei, por exemplo, o único bem existente é um bem de família. Nesse caso, tem-se um limite à execução forçada.⁴⁷ Nesse sentido, a explicação de Marcelo Lima Guerra:

[...] tem-se que numa execução por quantia certa, a total falta de patrimônio expropriável do devedor é uma situação de impossibilidade prática da tutela executiva. Da mesma forma, na execução para entrega de coisa a destruição do bem a ser entregue também se caracteriza como uma impossibilidade prática da tutela executiva, mas não como uma insuficiência do sistema. O mesmo se diga quanto a uma obrigação de fazer que já não é realizável: pense-se num cantor que perdeu a voz, ou na realização de *performance* numa específica data comemorativa, tendo passado essa mesma data. Em todos esses casos se está diante de situações-limite, devido a circunstâncias puramente materiais, mas não de qualquer insuficiência do sistema de tutela executiva. Daí ser adequado denominar tais situações de *limites práticos à execução*.⁴⁸

Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero nomeiam essa situação de execução infrutífera. Nesses casos, os autores ressaltam que não se quer dizer que a tutela não foi prestada, pois “ter direito à tutela jurisdicional efetiva é ter direito às técnicas processuais idôneas à obtenção da tutela prometida pelo direito material”⁴⁹ e, nessa senda, a tutela pode não ser realizada por questões práticas, como nos exemplos supramencionados, mas ela foi prestada.

⁴⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2005.

⁴⁷ GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 66-67.

⁴⁸ Idem. p. 67.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 407.

1.4 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EFETIVA

O direito à tutela jurisdicional efetiva encontra respaldo no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.⁵⁰ Segundo menciona Luiz Guilherme Marinoni, “o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.”

Entende-se que o direito à sentença atualmente envolve mais que o direito à ação, existe uma relação entre sentença e efetividade.⁵¹ Nessa perspectiva:

O direito à tutela jurisdicional é exercido mediante propositura de ação. A ação é direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo. Importa antes de qualquer coisa o ângulo teleológico do assunto. A rica literatura formada a respeito do conceito de ação na segunda metade dos oitocentos e na primeira metade nos novecentos, principalmente na Alemanha e na Itália, portanto, com o advento da fundamentalização do direito de ação, ganha novo significado - o *foco é deslocado do conceito para o resultado propiciado pelo seu exercício*. Vale dizer: a ação passa a ser teorizada como meio para a prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos. Trata-se de direção oriunda da consciência de que não basta declarar os direitos, importando antes de qualquer coisa prever técnicas processuais capazes de realizá-los, sem os quais o direito perde qualquer significado em termos de efetiva atuabilidade.⁵²

Para Marcelo Lima Guerra, o direito fundamental à tutela executiva é a capacidade de dar à parte vitoriosa exatamente aquilo que ela está buscando no processo, que existam meios executivos suficientes e aptos a proporcionar o bem da vida que se está almejando. Dessa maneira, é preciso que se tenha um sistema completo de tutela executiva, que ofereça proteção para todo e qualquer direito tutelado.⁵³

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 174. Marcelo Lima Guerra, ao se referir à tutela jurisdicional efetiva também afirma que “Entre os valores processuais que integram o vasto conteúdo do direito fundamental ao processo devido está aquele que costuma ser enunciado pela famosa fórmula cunhada por Chiovenda, segundo o qual “o processo deve dar à parte vitoriosa tudo aquilo e exatamente aquilo...”. GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 101.

⁵¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 139.

⁵²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 174.

⁵³GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 102.

Assim como Marcelo Lima Guerra, Luiz Guilherme Marinoni entende que o direito a uma tutela efetiva é um direito fundamental.⁵⁴ Os direitos fundamentais, segundo o autor, podem ser vistos tanto do ponto de vista formal quanto material, formalmente, considerando que a Constituição Federal abriga os direitos fundamentais como cláusulas pétreas e a eles confere aplicação imediata. No âmbito material, na medida em que podem ser considerados outros direitos além dos enumerados na CRFB/88.⁵⁵

À vista disso, decorre da aplicabilidade imediata do direito fundamental a ideia de que o direito ganha força normativa e, nesse sentido, o juiz deve aplicá-lo mesmo nos casos de “omissão ou de insuficiência de lei”. Dessa maneira, deve-se esperar que o caso concreto seja analisado, e não somente aplicada a técnica já prevista na lei.⁵⁶ O autor afirma que a natureza dos direitos fundamentais é de princípios e, assim sendo, são “mandados de otimização” que requerem uma análise de sopesamento. Considerando o direito fundamental à tutela efetiva como um princípio, na sua aplicação no caso concreto devem ser considerados e equilibrados os outros princípios que com ele possam colidir.⁵⁷ Conclui então o autor:

⁵⁴ “Com efeito, tanto se pode referir ao *direito fundamental ao processo devido*, como um direito fundamental dotado de um conteúdo complexo, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo *um direito fundamental*. Como já se disse, a vantagem em se identificar cada uma dessas exigências e denominá-las individualmente é a de facilitar a sua operacionalização pelo intérprete, isto é, auxiliá-lo na solução de questões relacionadas com a concretização de tais valores. Como quer que seja, por qualquer forma de terminologia utilizada, o que importa é reconhecer que os valores ou garantias processuais, positivados explícita ou implicitamente na Constituição, submetem-se ao regime específico dos direitos fundamentais, vale dizer, são dotados de força positiva e de aplicabilidade imediata. Todos esses esclarecimentos são importantes para a correta compreensão do que se denomina, no presente trabalho, de *direito fundamental à tutela executiva*. Pelo que se disse, já se vê, claramente, que tal expressão designa uma daquelas exigências ou valores relativos ao processo judicial, inseridas no âmbito (ou campo semântico) do direito fundamental ao processo devido.” GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 101.

⁵⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICCIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2017. O autor ainda observa as características dos direitos fundamentais, analisando as dimensões objetiva e subjetiva, destacando que “A norma de direito fundamental, ao instituir valor, e assim influir sobre a vida social e política, regula o modo de ser das relações entre os particulares e o Estado, assim como as relações apenas entre os sujeitos privados. Nessa última perspectiva, é possível pensar na eficácia dos direitos fundamentais diante das relações entre os particulares.” Ainda, explica brevemente as eficácias horizontal e vertical dos direitos fundamentais, sendo a primeira na relação entre dois particulares e a segunda ocorrente na vinculação do legislador e do juiz.

⁵⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva...** *Op.cit.*

⁵⁷Ibidem.

Isso quer dizer que, *com a distinção entre princípio e regra*, também resta fácil ao juiz prestar a tutela jurisdicional efetiva, ainda que exista omissão legislativa. Basta-lhe harmonizar esse direito fundamental e a outro princípio que possa com ele colidir, considerando as circunstâncias do caso concreto, e especialmente as regras da “adequação” e da “necessidade”.⁵⁸

Assim, o sistema da tutela executiva deve ser realizado pelos órgãos jurisdicionais, sem a necessidade de intervenção do legislador, sendo que o juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de maneira a assegurar a maior proteção e efetividade possível ao direito fundamental à tutela executiva. Ainda, tem o magistrado a tarefa de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo sempre que esta não se justificar pela proteção de outro direito fundamental que deva imperar no caso concreto.

Por fim, para concretizar o direito fundamental à tutela executiva, o juiz tem o poder-dever de utilizar os meios necessários à prestação efetiva da tutela, devendo ser utilizados até mesmo os meios não previstos em lei e, ainda, os expressamente vedados em lei, desde que se observem os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos.⁵⁹

Nesse sentido, o direito à tutela efetiva na perspectiva do juiz deve ser a tarefa de tutelar os direitos fundamentais e todos os outros direitos, conformando as técnicas e procedimentos às situações reais. Não pode o magistrado contentar-se com a mera aplicação da técnica processual sabendo que ela não é suficiente para tutelar certo direito e é dessa forma que o dever do juiz conecta-se com o direito a uma tutela efetiva.⁶⁰ Essa é a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Isso significa que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não pode ser comprometido por um defeito de técnica processual. Supor que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, é inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Ora, se o direito à tutela jurisdicional restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que estará dando os contornos do direito material. Mas, como é óbvio, deve ocorrer exatamente o contrário, pois o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Por essa razão a ausência de técnica processual adequada para a tutela do direito material representa hipótese de omissão legal que atenta contra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.⁶¹

⁵⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva...** *Op.cit.*

⁵⁹GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 103-104.

⁶⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2010. p. 145.

⁶¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2005.

Assim, o direito fundamental à tutela efetiva autoriza o órgão jurisdicional a adotar medidas que não estejam previstas em lei, mas com a perspectiva de que a efetivação desse direito fundamental deve sempre respeitar o espectro completo dos direitos fundamentais, examinando qual direito fundamental deve prevalecer quando houver conflito.⁶² Assim sendo, a criação de novos mecanismos executivos é um ponto importante na medida em que novas realidades surgem, acarretando a integridade do sistema, sempre do ponto de vista da tutela jurisdicional efetiva.⁶³

Ainda, o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba o direito a uma técnica adequada, o direito à participação e, como consequência lógica, a resposta do magistrado. Isso porque esse direito não pode ser pensado apenas na lógica de prestação negativa. A resposta jurisdicional, do ponto de vista da efetividade da tutela jurisdicional, serve muitas vezes como meio para proteção dos direitos fundamentais, bem como de todos os outros direitos, assim como a legislação, distinguindo-se da lei pela atuação do magistrado no caso concreto.⁶⁴

Assim sendo, adequação tem o sentido de análise do caso posto em juízo e, a partir dele, encontrar a melhor solução para a tutela mais efetiva do direito que se procura proteger, de maneira que “o processo tem de ser adequado à finalidade que pretende alcançar, o que significa que é inafastável do campo da tutela jurisdicional a relação entre meio e fim [...]”.⁶⁵

Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero observam que em prol da adequação é que várias técnicas estão presentes no Código de Processo Civil, enumerando algumas delas como a “possibilidade de calendarização do procedimento (art. 191 do CPC) [...], técnicas antecipatórias [...], formas de tutela jurisdicional com executividade intrínseca [...]” e, acertadamente, as técnicas atípicas

⁶²GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 103-104.

⁶³TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. **Revista de Processo**. n. 59. jul-set/1990. p. 78.

⁶⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2010. p. 144.

⁶⁵MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 175. Luiz Guilherme Marinoni pontua que “Se a efetividade (em sentido lato) requer a adequação e essa deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a imprescindibilidade de adequação da técnica às diferentes situações do direito substancial. *Pensando-se a partir daí, fica mais fácil visualizar a técnica efetiva, contribuindo-se para sua otimização e para que a efetividade ocorra do modo menos gravoso ao réu.*” MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 143.

presentes no art. 139, IV do CPC, que permitem ao magistrado adequar o meio executivo ao caso em juízo.⁶⁶ Sobre o poder de efetivação do artigo em questão:

[...] para compreender adequadamente o sistema atual de tutela dos direitos, é fundamental interpretar adequadamente o art. 139, IV do CPC. Sua finalidade é a de exercer verdadeira cláusula de encerramento do sistema. É ele que deve presidir todo o sistema de efetivação das decisões judiciais, dotando o juiz de poderes amplos para a imposição de suas ordens.⁶⁷

Ainda, é importante notar a relação que existe entre a tutela executiva efetiva e a duração razoável do processo, como menciona Marcelo Lima Guerra. Pode-se controlar a maneira como a tutela está sendo efetivada por meio da duração do processo. Assim, entre dois ou mais meios, além de outros requisitos, o meio que se mostrar mais rápido na tutela do direito deve ser o escolhido.⁶⁸ Observe-se que não se fala aqui do tempo que é inerente à prática dos atos processuais, tampouco do tempo que é necessário em função do respeito a outros princípios processuais.⁶⁹

Nesse sentido, “O que a Constituição e o novo Código determinam é a eliminação do tempo patológico - a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar.”⁷⁰ Para isso, podem ser utilizados os critérios adotados pela Corte Europeia de Direitos Humanos, os quais são: a) a complexidade da causa; b) o comportamento das partes e c) o comportamento do juiz na condução do processo. Ainda, atualmente, “a importância da decisão da causa na vida do litigante adquire significativa importância para análise da razoabilidade da duração do processo”.⁷¹

Por fim, o direito fundamental a uma tutela efetiva requer, para que se realize, atuação na esfera jurídica dos litigantes. Dessa forma:

Se o direito do autor deve ser efetivamente protegido, a técnica processual capaz de lhe outorgar tutela poderá interferir de forma mais, ou menos, incisiva sobre a esfera jurídica do réu, e por isso o poder do juiz, nessa perspectiva, não pode deixar de ser controlado através da regra da proporcionalidade.⁷²

⁶⁶MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 175.

⁶⁷Idem, p. 424

⁶⁸GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 110.

⁶⁹Idem, p. 107

⁷⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 177.

⁷¹Idem, p. 179.

⁷²MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva...** *Op.cit.*

Ou seja, ainda que a prestação de uma tutela efetiva seja um direito fundamental, não é possível que o juiz atue, ao escolher os meios executivos, sem ser por meio da regra da proporcionalidade. Isso porque o resultado da escolha do magistrado afeta não só o direito do autor, mas também o direito das outras partes no processo.

2 CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO: SENTIDO E PARÂMETROS APLICAÇÃO DO ART. 139, IV DO CPC À OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA

2.1 A CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO

Conforme se entende do ponto anterior, o modelo do Código de Processo Civil de 1973 pautava-se pela tipicidade dos meios executivos, ou seja, para cada obrigação correspondia uma técnica pré-determinada, estabelecida taxativamente em lei.⁷³ Apesar das mudanças nesse cenário devido à inserção dos arts. 461 e 461-A que garantiam tutela específica nas prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, à obrigação pecuniária seguiu-se aplicando a regra da tipicidade dos meios executivos. Esse tipo de prestação ainda estava especialmente ligado à ideia de proteção do crédito, de forma que não era possível valer-se de tutela específica do direito nesse caso, apenas medidas sub-rogatórias.

Luiz Guilherme Marinoni define o princípio da tipicidade dos meios executivos como “[...] a idéia de que os meios de execução devem estar previstos na lei e, assim, que a execução não pode ocorrer através de formas executivas não tipificadas.” O autor observa que é de certa forma contraditória a proteção que se dá ao sujeito, no sentido de o executado ter segurança do que acontecerá no processo por conta da tipicidade dos meios executivos, sendo que ele é descumpridor de uma determinação jurisdicional, mas considera que dado o contexto histórico em que a tipicidade foi desenvolvida, em um Estado liberal, é de certa forma compreensível que se queira proteger o indivíduo contra o arbítrio estatal.⁷⁴

No Código Buzaid, antes das reformas, se em uma sentença condenatória fosse necessária atuação no plano concreto, e daí vem a correspondência entre condenação e execução-forçada, os únicos meios autorizados eram os de sub-rogação. Nessa perspectiva é que o princípio da tipicidade foi se mostrando deficiente, pois considerava que os casos concretos poderiam ser previamente pensados e previstos em lei, o que acabou mostrando-se uma constatação falsa.

⁷³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015. p. 392-393.

⁷⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2005.

Assim, foi por intermédio dos arts. 273, 461 e 461-A⁷⁵, no CPC/73, que foi sendo modificada a ideia de processo de conhecimento seguido de execução, colocando à disposição dos litigantes um processo de conhecimento em que a execução transformou-se em uma fase, abandonando o formalismo em prol de uma proteção mais satisfatória dos direitos e, ainda, permitindo a tutela antecipada que pode ser executada também no âmbito do processo de conhecimento.⁷⁶

Dessa maneira, tornou-se cada vez mais evidente que os meios executivos previstos até então não eram aptos a satisfazer o credor no caso concreto.⁷⁷ Primeiramente, havia dificuldade em localizar bens do devedor, que muitas vezes escondia seu patrimônio e contava com a certeza de que não precisaria cumprir a obrigação, dado que o sistema trabalhava apenas com a responsabilidade patrimonial. Além disso, havia problema da lentidão e burocracia do procedimento típico, que acabam por onerar excessivamente o credor.⁷⁸

Esse parâmetro de tipicidade no que toca às obrigações de pagar quantia sofreu relevante modificação no Código de Processo Civil em vigor. Atualmente, o juiz tem um papel mais importante na solução dos conflitos, quando comparado ao modelo de Estado Liberal, em que ao magistrado cabia apenas a aplicação da lei. Somado a isso, há a importância do alcance do resultado mais próximo àquilo que se tem direito no plano material, o que provoca a necessidade de ferramentas diversas para atingir esse objetivo. Por esse motivo, é que se pode entender que a tipicidade das medidas representa um risco à tutela satisfativa, pois existem direitos

⁷⁵BRASIL. **Lei nº 5.869**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. “

⁷⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2005.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 394.

⁷⁸ Ibidem.

merecedores de proteção que não são aptos a serem tutelados mediante os instrumentos encontrados na lei em rol taxativo.⁷⁹

Fredie Didier denomina “poder geral de efetivação” a tendência de ampliação do poder do magistrado na escolha e aplicação dos meios executivos, sejam eles de coerção direta ou indireta.⁸⁰ Segundo o autor:

[...] cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa.⁸¹

Nesse sentido, o art. 139, IV, do CPC representa a abertura dos meios executivos, verdadeira cláusula geral que autoriza o emprego de mecanismos coercitivos, além dos já conhecidos sub-rogatórios à obrigação pecuniária:

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; [...] (grifado)⁸²

A medida vai ao encontro do que já era utilizado em relação à tutela das obrigações de fazer ou não fazer por força do art. 536, §1º, ampliando o poder do magistrado para a utilização de medidas atípicas ao tutelar a obrigação de pagar quantia.⁸³

Dessa maneira, é possível concluir que no Código de Processo Civil brasileiro há previsão expressa da atipicidade dos meios executivos, encontrada no art. 139, IV, bem como nos arts. 297⁸⁴ e 536, §1º do CPC, que tratam da tutela provisória e

⁷⁹MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 2017. p. 101

⁸⁰DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 100.

⁸¹Idem. p. 102.

⁸²BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

⁸³Ibidem. “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”

⁸⁴BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Op.cit.* O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. A grande novidade do art. 139, IV é a abertura do sistema típico no que tange à obrigação pecuniária. Segundo José Miguel Garcia Medina, nesse caso, o sistema típico é temperado⁸⁵ pelo atípico, no que tange à prestação pecuniária.⁸⁶

Pode-se argumentar que a aplicação de multa representa uma medida atípica. Porém, na obrigação de pagar quantia, ainda que o art. 523, §1º, do CPC, faça referência à multa em caso de descumprimento da sentença, ela não é a mesma do art. 537 do CPC.⁸⁷ A multa de 10% prevista no art. 523, §1º, tem caráter punitivo e não coercitivo.⁸⁸ Assim, é o art. 139, IV, do CPC, que autoriza claramente o uso das medidas coercitivas e sub-rogatórias necessárias a fazer cumprir a obrigação de pagar quantia. No artigo lê-se “medidas mandamentais, indutivas e coercitivas”, que tem, em realidade, o mesmo sentido. Portanto, as medidas referidas são meios de execução indireta, enquanto as medidas sub-rogatórias, presentes no mesmo inciso, são meios de execução direta.⁸⁹

⁸⁵ Expressão utilizada pelo autor. MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 104

⁸⁶MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 2017. p. 104

⁸⁷BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Op.cit.* “Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento. § 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante. § 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.” e “Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. § 2º O valor da multa será devido ao exequente. § 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. § 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. § 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

⁸⁸MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 424. Entendimento contrário é o de José Miguel Garcia Medina: O CPC/2015, no caso, prevê uma série de medidas que tem nítido caráter coercitivo. “Além da prisão civil em se tratando de dívida alimentícia (art. 528, § 3º do CPC/2015), ostentam essa natureza também a multa em caso de não cumprimento da sentença que condena a pagar quantia em dinheiro (art. 523, § 1º do CPC/2015), o protesto da decisão judicial (art. 517 do CPC/2015) e a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes (art. 782, §§ 3º a 5º do CPC/2015). Não bastasse, falhando medidas executivas típicas, podem, também, ser empregadas medidas atípicas de caráter coercitivo, com base no art. 139, IV do CPC/2015.” MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 2017. p. 114.

⁸⁹DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 101.

Sobre a disposição das medidas coercitivas no CPC, descreve José Miguel Garcia Medina que as medidas coercitivas podem dividir-se conforme suas características em: patrimonial, pessoal ou híbrida. Como *patrimoniais*, o autor refere a multa. Já a medida coercitiva *pessoal* pode ser exemplificada pela prisão civil. Por sua vez, as medidas que têm surgido na jurisprudência, em decorrência da autorização do art. 139, IV do CPC, como o bloqueio de cartão de crédito ou suspensão de passaporte, são classificadas pelo autor como *híbridas* ou, ainda, como pessoais, uma vez que não atingem a esfera patrimonial do executado.⁹⁰

Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero manifestaram-se sobre a abertura do sistema no novo Código de Processo Civil da seguinte forma:

É evidente que uma adequada tutela desses direitos não se compraz com o binômio condenação-execução forçada, cujo resultado acaba sempre em uma tutela pelo equivalente monetário. Daí a razão pela qual a adoção pelo novo Código de expressões como tutela dos direitos, perigo na demora e medidas necessárias - justamente porque abertas e moldáveis concretamente às mais diferentes situações de direito material carentes de tutela - constitui prova de sua atenção à realidade social e ao direito material que lhe cabe efetivamente tutelar.⁹¹

Isto posto, torna-se evidente que foram benéficas as mudanças no Código de Processo Civil, pois estão muito mais ligadas ao direito material que as antigas previsões existentes e, nesse sentido, representam uma tutela mais adequada dos direitos.

2.2 APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE EFETIVAÇÃO: SUJEITOS E OBJETO

Quanto ao âmbito de aplicação da cláusula de atipicidade presente no art. 139, IV, em relação aos sujeitos, ela alcança todas as partes que participam do processo. Em determinados casos, a medida executiva atípica pode ser dirigida ao próprio exeqüente. Nesse sentido, segundo Fredie Didier, é o que ocorre na aplicação do art. 400 do CPC⁹² sobre a exibição de documento.⁹³ Não se poderia

⁹⁰MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 2017. p. 112

⁹¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015. p. 574

⁹²BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. "Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398; II - a recusa for havida por ilegítima. Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido."

⁹³DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 110.

pensar o contrário, uma vez que os art. 77, IV, do CPC⁹⁴, referem que todos aqueles que participam do processo têm o dever de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais. Da mesma maneira, faz parte desse raciocínio também os princípios da boa-fé e da cooperação processual, presentes nos arts. 6º e 7º do CPC.⁹⁵ É possível, então, concluir que as medidas atípicas podem ser aplicadas a todos que participam no processo para fazer cumprir o que foi decidido.⁹⁶

Em se tratando do objeto, divergem os doutrinadores a respeito da aplicação de medidas coercitivas atípicas trazida pelo art. 139, IV do CPC. Na discussão sobre o emprego dessas medidas nos títulos judiciais e extrajudiciais, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni entendem que, ao tratar de títulos judiciais, tem-se no Código de Processo Civil um sistema atípico, podendo ser empregados pelo juiz os meios de indução ou de sub-rogação que entenda ser mais adequado para a tutela do direito no caso concreto.⁹⁷

Todavia, a respeito dos títulos extrajudiciais, os autores compreendem a aplicação das medidas atípicas nesse sentido:

Tratando-se 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.⁹⁸

José Miguel Garcia Medina, por sua vez, entende que, para a aplicação de medidas atípicas em título judicial, deve haver sentença transitada em julgado, pois ela garante que houve uma cognição exauriente acerca do direito do credor. Já, em relação aos títulos extrajudiciais, poderão ser utilizados meios não previstos na legislação quando opostos e rejeitados embargos na execução, ou, em outra hipótese, se forem opostos embargos à execução e recebidos sem efeitos

⁹⁴BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. "Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:[...] IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;[...]"

⁹⁵ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

⁹⁶DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 108-109.

⁹⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 399.

⁹⁸Ibidem.

suspensivo e ainda com reconhecimento de pouca probabilidade de que serão acolhidos. Além disso, existe a questão da importância do bem: quanto mais relevante for o bem jurídico que se quer proteger, maior poderá ser a intensidade da medida atípica a ser escolhida.⁹⁹

Em sentido contrário, Fredie Didier entende que a aplicação da atipicidade pode ocorrer tanto em execução de título extrajudicial, quanto em cumprimento de sentença.¹⁰⁰ Nesse sentido é também o enunciado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM):

O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.¹⁰¹

Apesar das ressalvas feitas pelos doutrinadores, entende-se que não há óbice à aplicação das medidas atípicas aos títulos judiciais e extrajudiciais, isso porque, como se verá, a questão parece estar mais ligada à subsidiariedade dessas medidas em relação às já previstas pelo legislador.

2.3 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório foi inserido no texto constitucional como devido no processo civil apenas na CRFB/88, visto que, anteriormente, a Constituição de 1937 previa-o na seara penal somente. O art. 5º, LV da CRFB/88¹⁰², preconiza que são assegurados o contraditório e a ampla defesa a todos os litigantes. Atualmente, o princípio do contraditório tem seu conceito alargado, do tradicional sentido de contraposição à colaboração das partes e participação do juiz no processo, gerando um debate em juízo.

⁹⁹MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 2017. p. 116

¹⁰⁰DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 105.

¹⁰¹ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADO. Enunciado n. 48. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 22 de nov. de 2017.

¹⁰²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. “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: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

O contraditório está revestido desse significado também nos ordenamentos germânicos (art. 103 da Grundgesetz alemã), bem como na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. X) e na Convenção Americana de Direitos do Homem (art. 8º) em que se encontra como direito a ser ouvido, revelando o real significado que deve ser conferido a esse princípio.¹⁰³

Há, então, em relação às partes, o direito de informação e a garantia de reação como dois núcleos basilares do princípio do contraditório. É preciso que as partes sejam informadas do que está acontecendo no processo, qual o caminho que o magistrado pretende seguir para, então, estarem aptas a participar efetivamente do procedimento. Todavia, além de um direito das partes, o contraditório no processo revela-se como um dever, na medida em que é entendido como dever de colaboração e participação das partes e do magistrado.¹⁰⁴

Sobre a mudança de cenário ocorrida na maneira de compreender o direito ao contraditório no processo, Teresa Arruda Alvim Wambier faz observação relevante a respeito da atuação do magistrado, assim referindo:

[...] contemporaneamente é comum que se diga que o contraditório tem relação mais expressiva com a atividade do juiz. Este, no momento de decidir, *como se fosse um último ato de uma peça teatral, deve demonstrar que as alegações das partes, somadas às provas produzidas, efetivamente interferiram no seu convencimento*. A certeza de que terá havido esta influência decorre da análise da motivação da sentença ou do acórdão.¹⁰⁵

De fato, é a participação dos sujeitos do processo por meio do contraditório que legitima o exercício do poder do magistrado em suas decisões.¹⁰⁶ Assim, a opção pelo uso de meios não previstos em lei é justificada, entre outros, pelo exercício do contraditório que houve no processo, ou seja, participação das partes que terão suas esferas jurídicas e patrimoniais afetadas conforme a escolha do magistrado é essencial.

Nesse sentido, ponto importante a ser constatado é o de que participação das partes por meio do contraditório confere maior segurança no processo, evitando a decisão surpresa. Conforme esse raciocínio, pode-se concluir que mesmo as

¹⁰³CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**. v. 126, ago 2005.

¹⁰⁴Ibidem.

¹⁰⁵WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**. v. 168, fev/2009.

¹⁰⁶CABRAL, Antônio do Passo. *Op.cit.* 2005.

decisões que podem ser tomadas de ofício requerem o exercício do contraditório com o intuito também de evitar que as partes sejam surpreendidas por comando judicial inesperado.¹⁰⁷

Da participação das partes por meio do contraditório decorre a importância do dever de fundamentação, pois não basta que as partes participem do processo apenas. Para que o contraditório seja realmente efetivo, os argumentos e ideias apresentados pelos litigantes devem ser considerados e analisados na decisão que optar por um ou outro argumento. Além de ser uma consequência lógica do contraditório como garantia do devido processo legal, a Constituição Federal, em seu art. 93, IX¹⁰⁸ também refere que a decisão judicial deve ser motivada.¹⁰⁹

Nas lições de Luiz Guilherme Marinoni:

A motivação da decisão no Estado Constitucional, para que seja considerada completa e constitucionalmente adequada, requer em sua articulação mínima, em síntese: (a) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para: (a1) individualização das normas aplicáveis; (a2) acerto das alegações de fato; (a3) qualificação jurídica do fato; (a4) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; e (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente correta. Em a devem constar, necessariamente, os fundamentos arguidos pelas partes, de modo que se possa aferir a consideração séria do órgão jurisdicional a respeito das razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais.¹¹⁰

Na fundamentação da decisão, é necessário que o magistrado não aponte apenas justificativas para ter considerado um argumento correto. É preciso que também se tenha explicado o motivo pelo qual o argumento da parte derrotada não foi suficiente para convencê-lo a decidir de outra maneira. Uma decisão que explica

¹⁰⁷CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**. v. 209, jul 2012. No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op.cit.* 2009.

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: X todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]"

¹⁰⁹DIDIER Jr., Fredie. **Sobre a fundamentação da Decisão Judicial**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2017.

¹¹⁰SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. atual. eampil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 756.

apenas porque a tese vencedora prevaleceu não cumpriu o dever de fundamentação corretamente.¹¹¹ Esse dever ganha ainda maior importância quando relacionado com a atipicidade dos meios executivos, que exige do magistrado uma decisão bem fundamentada. Nesse sentido:

A necessidade de o juiz explicar os seus motivos de maneira bastante precisa advém do fato de que hoje não mais vigora o princípio da tipicidade dos meios executivos, que congelava a possibilidade de se outorgar verdadeira efetividade à tutela jurisdicional, em razão da impossibilidade de se escolher o provimento e o meio executivo adequados diante das diferentes situações concretas.¹¹²

Uma decisão que não segue o dever de motivação perde, segundo Luiz Guilherme Marinoni, duas características essenciais, que são a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais, sendo a primeira característica de grande importância em se tratando da motivação da escolha do magistrado por essa ou aquela medida atípica para fazer cumprir a obrigação de pagar quantia.

Da justificação da norma jurisdicional para o caso concreto advém a necessidade de uma fundamentação analítica nas decisões judiciais, que pode ser controlada pelo contraditório, de maneira que uma decisão verdadeiramente motivada é aquela que enfrenta todos os fundamentos levantados pelas partes ao longo do processo e, assim, demonstra que houve uma discussão efetiva considerada pelo magistrado na formação da decisão.¹¹³

A imposição de fundamentação da decisão judicial também tem fundamento no fato de que a convicção do magistrado é formada de maneira a se chegar à verdade mais próxima da realidade, em um juízo de verossimilhança, pois a verdade em si seria inalcançável. Então, é preciso legitimar o raciocínio que foi utilizado para chegar à decisão final e tê-la como justa no caso concreto.¹¹⁴

Sobre a importância da fundamentação e sua relação com o princípio do contraditório, Teresa Arruda Alvim Wambier acrescenta que:

¹¹¹DIDIER JR., Fredie. **Sobre a fundamentação da Decisão Judicial**. *Op.cit.*

¹¹²MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva...** *Op.cit.*

¹¹³SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2014. p. 754-755.

¹¹⁴DIDIER JR., Fredie. **Sobre a fundamentação da Decisão Judicial**. *Op.cit.*

Mesmo quando o juiz opta por resolver a questão segundo determinada posição jurídica não defendida por nenhuma das partes, existe a necessidade de que o contraditório seja provocado a respeito, antes que a decisão seja propriamente tomada. Ouvidas as partes, devem suas manifestações refletir-se na decisão, ainda que não sejam acolhidas.

Assim, é possível compreender que é por meio da fundamentação que o juiz vai demonstrar o raciocínio que o levou a escolher determinada medida, atestando, por meio do enfrentamento dos argumentos das partes, o respeito ao princípio do contraditório. A atenção a esse dever ganha ainda mais importância quando se tem em mente a aplicação de medidas coercitivas não previstas em lei para fazer cumprir obrigação pecuniária, pois terá de ser demonstrado de que maneira se chegou à determinada solução jurídica para o caso concreto e por qual motivo determinada medida é, ou não, mais apta a solucionar o problema do não cumprimento. É por meio da fundamentação que o juiz vai demonstrar que a medida escolhida foi adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

2.4 IMPOSIÇÃO *EX OFFICIO*, FUNGIBILIDADE E CUMULATIVIDADE DAS TÉCNICAS EXECUTIVAS

A autorização de atuação de ofício do juiz na aplicação de medidas atípicas encontra respaldo se for observado que o art. 139 do CPC tem como razão de ser a busca por um processo mais justo, célere e efetivo, de maneira que não é razoável a espera da provocação das partes para que o magistrado aja na realização desse propósito. Ainda, tendo em vista que o art. 139, IV, nada mais fez do que ampliar a utilização de medidas que já faziam parte do rol de meios utilizados nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, é consequência lógica que na obrigação de pagar quantia esse artigo possa ser utilizado de ofício, visto que assim funciona com as outras obrigações mencionadas.¹¹⁵ No mesmo sentido, ao tratar da subsidiariedade das medidas atípicas, afirma Fredie Didier que elas podem ser determinadas de ofício.¹¹⁶

Marcelo Lima Guerra de igual forma entende pela ausência de vinculação do juiz ao pedido do credor por determinado meio executivo. A tutela executiva entendida como direito fundamental deve, justamente por essa característica, ser

¹¹⁵ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras. Título IV – Do Juiz e dos auxiliares da justiça. In: ALVIM, Teresa Arruda Wambier...[et al.]. (Coord.). *Op.cit.* 2016.

¹¹⁶DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 120.

espontaneamente concretizada. Portanto, não está o juiz vinculado ao pedido da parte nesse aspecto. Todavia, a sua escolha deve ser fundamentada e motivada.¹¹⁷

Por outro lado, pode-se traçar o raciocínio que em se tratando de decisão prolatada em sentença que se utiliza da técnica expropriatória, uma vez que a ausência de bens do executado poderá suspender a execução, vale a regra de que o meio não pode ser determinado de ofício, dependendo de manifestação do exequente. Sendo assim, é admissível que se inicie a execução apenas pela iniciativa do credor, dada a importância da certeza de que existem bens a serem expropriados.

Todavia, com a ressalva da técnica de expropriação forçada, entende-se que não é preciso subordinar o início da execução ao pedido do credor.¹¹⁸ Cabe então ao juiz eleger o meio mais adequado à tutela do direito que está sendo buscado e, se a técnica expropriatória for escolhida, deve-se esperar o requerimento do credor. Caso contrário, pode o magistrado iniciar a execução com outras técnicas que tiver elegido sem a necessidade de novo requerimento do exequente.¹¹⁹ Esse entendimento é o que se reputa mais correto.

Ainda, aponta Fredie Didier que é vedado ao magistrado utilizar a cláusula de atipicidade para impor de ofício medidas típicas às quais o legislador prevê o requerimento da parte interessada. O autor elenca quais seriam essas medidas:

Há determinadas medidas executivas *típicas* que a lei exige que somente possam ser determinadas após requerimento da parte. Três exemplo: a) prisão civil do devedor de alimentos (art. 538, *caput*, do CPC); b) penhora *online* (art. 854, *caput*, CPC); c) inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes (art. 782, §3º, CPC); d) a constituição de capital na execução de alimentos indenizativos (art. 533, *caput*, CPC). Se a lei exige provocação da parte para que uma medida executiva seja tomada, não pode o órgão julgador, valendo-se do seu poder geral de efetivação, determiná-la *ex officio*, sob a rubrica da *atipicidade*.¹²⁰

Assim sendo, a possibilidade de imposição de ofício das técnicas executivas, com as ressalvas acima mencionadas, tem por consequência a possibilidade de mudança da técnica que não se revelar adequada ao longo do processo. Sobre a ideia da fungibilidade dos meios executivos atípicos, Fredie Didier refere que, apesar do art. 537, §1º, referir-se apenas à multa, pode ser interpretado para que seja

¹¹⁷GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p.105.

¹¹⁸MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 425.

¹¹⁹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 426.

¹²⁰DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 122.

modificada qualquer medida direta ou indireta que se mostrar ineficaz. O raciocínio é o de que, se o juiz pode, de ofício ou por requerimento determinar medidas atípicas, também as pode modificar quando elas forem insuficientes ou excessivas, sendo possível também reforçar ou cumular as medidas.¹²¹

Nesse sentido, também entende Roberto Sampaio Contreiras Almeida:

Como consequência da liberdade de escolha que o juiz terá ao determinar as medidas para assegurar o cumprimento das suas ordens judiciais, é lícito alterá-las quando verificar que não se prestam mais a alcançar o fim almejado, ou que outra medida se mostre mais eficaz, ainda que não tenha sido provocado pelas partes.¹²²

Ainda, além da alteração da medida, é possível que ela seja atenuada, conforme o devedor demonstre que está no caminho para cumprir a obrigação, ou seja, tomou as medidas necessárias ou que cumpriu em parte a ordem. Por outro lado, entende-se que a cumulação de medidas pode ser realizada se uma for posterior a outra.

Nas palavras de Fredie Didier, utilizando o exemplo da multa, “[...] é natural que a eficácia da nova medida se some aos efeitos já produzidos pela medida anterior [...].¹²³ O que se quer dizer é que, mesmo com a superveniência de outro meio, a multa, por exemplo, ainda seria devida em relação ao tempo em que foi programada para incidir, sendo cumulados o novo meio e a multa. Todavia, a questão da cumulatividade requer uma análise sob o postulado da proporcionalidade no caso concreto, pois não parece proporcional em sentido estrito e nem necessário que sejam cumuladas medidas desde logo, investigação que será realizada adiante.¹²⁴

Vale mencionar que a possibilidade de modificação da técnica executiva preserva o comando do magistrado, alterando apenas o meio pelo qual a decisão será efetivada. Segundo Fredie Didier:

¹²¹DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 120.

¹²²ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras. *Op.cit.* 2016.

¹²³DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 120.

¹²⁴RODOVALHO, Thiago. **O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos**, 2016. Disponível em: <https://jota.info/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>. Acesso em 20 maio 2017.

A alteração das medidas de efetivação não implica alteração da norma jurídica individualizada contida no comando decisório. Não se pode alterar, por exemplo, o fazer ou não fazer impostos, mas nada impede que se alterem as medidas de apoio à sua efetivação.¹²⁵

Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero esclarecem que o meio executivo não se insere no “pedido” da parte.¹²⁶ Assim, os autores entendem que, independentemente do tipo de prestação (fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar soma em dinheiro), o juiz pode ordenar a medida que julgar mais efetiva; e, ainda, havendo meios igualmente efetivos, deve-se dar preferência àquele que menos onere o devedor.

Não importa, portanto, “se a parte pede uma técnica específica.”¹²⁷ Dessa maneira, no pagamento de quantia, cabe à parte especificar a sua pretensão, ou seja, a quantia de dinheiro que pretende receber e ao magistrado indicar a técnica mais correta para que seja atingida a pretensão do credor no caso concreto, não importando se a parte pediu ou não uma técnica específica.

Assim, imposição da técnica pode se dar de ofício, ressalvados os casos já mencionados. Como consequência, é possível modificar a técnica escolhida, substituí-la ou atenuá-la, sem ofensa à coisa julgada.¹²⁸

2.5 SUBSIDIARIEDADE

Parece evidente a escolha do legislador pela tipicidade dos meios, tanto quando se trata de título judicial, como quando se trata de título extrajudicial, conforme são observadas as opções do legislador em relação à execução pelo pagamento de quantia. Isto porque à execução por quantia certa é aplicada a regra de que a execução é suspensa quando o executado não possuir bens penhoráveis (art. 921, III do CPC) e, findo o prazo de um ano do artigo, começa a contar a prescrição intercorrente do art. 924, V do CPC na qual, ao final de cinco anos, acaba com a extinção do processo de execução.

Se a atipicidade fosse regra, bastaria que, na ausência de bens, o juiz ordenasse outras medidas aptas à satisfação do crédito. No cumprimento de sentença, por sua vez, há um rol de artigos que regula pormenorizadamente a

¹²⁵DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 121-123

¹²⁶MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2017. p. 426.

¹²⁷Ibidem.

¹²⁸Ibidem.

execução, resguardando a penhora de alguns bens, como bem de família, de maneira a, segundo Fredie Didier, resguardar o devido processo legal.¹²⁹

No mesmo sentido, entende Thiago Rodovalho, ao explicar que o patrimônio continua a ser a regra como garantia do cumprimento das obrigações, sendo possível que se utilizem medidas atípicas apenas na hipótese de terem sido tentados todos os meios típicos previstos em lei, ou seja, o pressuposto autorizador da utilização de medidas atípicas é o de que já se tenha, sem sucesso, despendido esforços para a aplicação de medidas típicas no processo.¹³⁰

A utilização de meios atípicos deve ser a exceção, se for pensado que a utilização de meios não previstos deve passar pelo crivo da proporcionalidade, de maneira que primeiro deve-se tentar lograr êxito usando o meio já existente na legislação, em que o legislador já previu situações e prescreveu soluções para aquele caso. A oposição entre interesses inerentes à lide manifesta-se de forma mais expressiva na execução, em que estão em jogo de um lado o interesse do credor e, de outro, os direitos do executado. No procedimento executivo, o credor deve obter uma tutela satisfativa de seu direito e ao executado deve ser garantido um processo pautado pela ampla defesa e pelo contraditório. São princípios antagônicos entre si.¹³¹

Dessa forma, Eduardo Pinheiro Darce entende que, para serem balizados os interesses do credor e do devedor, é necessária a intervenção de postulados normativos aplicativos, entre eles, a proporcionalidade. Assim, não se pode ignorar as situações em que o legislador já ponderou sobre os interesses em jogo e decidiu por certa solução. Existem casos em que só existem poderes atípicos, não havendo prescrição ou detalhamento de poderes típicos. Em outros casos, existem poderes típicos e, ainda, fica autorizada a utilização de meios atípicos.

No primeiro caso, em que só há atipicidade, o intérprete deverá sopesar os interesses, trabalhando com princípios constitucionais antagônicos. No segundo caso, onde há um detalhamento de poderes executórios típicos, reconhece-se que talvez eles não sejam suficientes, autorizando a utilização de medidas atípicas. Nesse sentido, deve ser primeiro constatada a falta de efetividade dos meios típicos

¹²⁹DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 107

¹³⁰RODOVALHO, Thiago. *Op.cit.*2016.

¹³¹PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Op.cit.*

por força das especificidades do caso concreto e, somente após essa constatação, é que deve ser aplicada a técnica atípica.¹³²

Conforme o entendimento acima, está o Enunciado nº 12 do Fórum Permanente de Processualistas:

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.

Outro argumento relevante é o do respeito ao princípio da integridade, em que o art. 139, IV do CPC, não pode ser compreendido como não subsidiário, o que faria todo o regramento acima citado tornar-se opcional, o que violaria o postulado hermenêutico da integridade, conforme o art. 926 do CPC. Ainda, pode ser perigosa a interpretação de que não é subsidiária a atipicidade, pois deixaria que a execução corresse de acordo com o que entende cada julgador.¹³³

Entende-se, ainda, que o modelo típico é pertinente se as situações materiais forem parecidas, se os problemas que surgem na sociedade e precisam ser solucionados por meio da tutela jurisdicional guardarem certa semelhança entre si. Se assim o for, é mais segura a possibilidade de previsão das medidas a serem aplicadas. Porém, se o modelo típico não for mais eficaz diante das especificidades do caso, é preciso que o procedimento também se adéque a essas diferenças, momento em que o sistema atípico, ou flexível, nas palavras do autor, deve entrar em jogo.¹³⁴

Para José Miguel Garcia Medina, a subsidiariedade das medidas atípicas deve ser considerada, pois, se não fosse dessa maneira, não haveria motivos para existirem medidas já previstas no Código de Processo Civil, além do fato de que, como observa o autor, na maioria dos casos levados a juízo, as medidas típicas são efetivas e satisfatórias, dando ao credor aquilo a que tem direito. No caso de o executado demonstrar alto padrão de vida e, mesmo assim, não indicar bens a serem penhorados em uma execução de título executivo extrajudicial. Como é o exemplo do autor, seria possível a aplicação de medida executiva atípica.

¹³²PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. *Op.cit.* 2015.

¹³³DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 107

¹³⁴MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 2017. p. 105

Além da aplicação de multa coercitiva, Medina sugere medidas como a prevista no art. 185-A do CTN, por meio de uma restrição de bens e direitos autorizada pelo artigo ou também uma intervenção na empresa, dada a autorização da Lei 12.529/2011, pois seriam medidas autorizadas pelo art. 139, IV do CPC.¹³⁵

Por outro lado, defende-se que, mesmo que seja possível proceder a execução forçada, nos casos em que ela se revele muito custosa, em homenagem ao direito fundamental à duração razoável do processo, é preferível seguir a via coercitiva ou outro meio que seja mais efetivo naquele momento, pois se estaria diante de uma situação de insuficiência do sistema. Acrescenta-se, ainda, que o direito fundamental à tutela executiva não só autoriza o magistrado a adotar medidas coercitivas, mas, também, se for o caso, a incrementar as medidas já previstas em lei, que atualmente é o caso de aplicação do art. 139, inciso IV do CPC.¹³⁶

Marcelo Lima Guerra diferencia as situações de insuficiência do sistema das situações em que há um limite natural à execução da seguinte maneira:

É o que pode ocorrer, por exemplo, quando o devedor apresenta sinais de riqueza aparente, mas não possui, ou não se consegue localizar bens expropriáveis. Pense-se, por exemplo, numa situação em que o devedor é filho de um notório milionário, mas que se revelaram frustradas todas as tentativas de localizar algum bem do próprio devedor sujeito à expropriação forçada. Pense-se, ainda, na hipótese de alguém que utiliza “laranjas” para conduzir seus negócios e, quando executado, apresenta-se como não possuindo em algum. Tais situações se deixam caracterizar, eventualmente, mais como *insuficiências do sistema de tutela executiva*, do que como um *limite natural* do mesmo sistema, porque a tutela executiva ainda é materialmente possível de ser realizada, mas não através do meio disciplinado na lei.¹³⁷

Nessa mesma linha, Flávio Luiz Yarshell analisa a subsidiariedade entre medidas coercitivas e sub-rogatórias traçando uma analogia com o procedimento adotado para o cumprimento de obrigação alimentícia, em que, por exemplo, não se exige a tentativa de penhora dos bens do devedor para, somente após o insucesso, demandar a sua prisão. Dessa sistemática conclui-se que é mais vantajoso para o Estado que ocorra o adimplemento por meio de coerção, uma vez que essa técnica é menos custosa para a máquina estatal, não havendo razão para ser utilizado previamente método mais custoso e menos eficiente. Por outro lado, o autor pontua

¹³⁵MEDINA, José Miguel Garcia. *Op.cit.* 2017. p. 106

¹³⁶GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 148

¹³⁷Ibidem.

que se pode argumentar pela desproporcionalidade da atuação sobre bem da vida que não é o devido ao credor quando não houver impedimentos à utilização de medidas sub-rogatórias.¹³⁸

Apesar das considerações favoráveis a não subsidiariedade das medidas atípicas, vê-se que é preciso que a interferência no âmbito extrapatrimonial seja justificada pelo insucesso das medidas já previstas no CPC. Nesse sentido, entende-se que as medidas atípicas são subsidiárias às medidas típicas.

2.6 UTILIDADE E MENOR ONEROSIDADE

O princípio da utilidade pauta-se na ideia de que só há sentido em buscar o cumprimento da obrigação na situação em que existam recursos materiais do executado para tal, ou seja, não serão realizados esforços que recairão sobre o executado se a obrigação for impossível de ser cumprida, uma vez que a execução, como bem lembra Daniel Amorim Assumpção Neves, não é forma de vingança privada, mas um mecanismo para que o crédito seja satisfeito.¹³⁹

Com o devido respeito aos direitos do executado, este princípio evidencia a diferença das posições das partes na relação processual executiva. Nesse sentido:

A execução - e, logicamente, também o cumprimento de sentença - se desenvolve no exclusivo interesse do credor, como afirma o art. 797, do Código. Ainda que se respeite, obviamente, os direitos do devedor, a atividade executiva se volta, exclusivamente, a satisfazer um interesse já *tido como existente* do credor. Por isso, não há “paridade de armas” entre as partes, nem elas estão em situação de igualdade que lhes permita as mesmas oportunidades ou o mesmo espaço de participação no processo.¹⁴⁰

Deve-se evitar meio muito oneroso para o executado toda a vez que existam meios menos gravosos que cheguem ao mesmo resultado (art. 805, CPC), porque

¹³⁸YARSHEL, Flávio Luiz. **Medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia**, 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/medidas-indutivas-e-coercitivas-nas-obrigacoes-de-pagamento-de-quantia/17692>. Acesso em 17 jul. 2017.

¹³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Princípios da Execução**. Disponível em <http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151812300.principiosdaexecucao.pdf>. Acesso em 2 nov. 2017.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015. p. 712. No CPC/73 o art. 797 era no sentido do interesse do credor apenas, como bem aponta Sérgio Mattos, “o sentido original da frase é o de que a execução proposta por um dos credores deve ser realizada em seu próprio interesse, e não no interesse dos demais credores do devedor comum”. Atualmente, a frase ganhou novo significado a ser somado ao original, que consiste na ideia de efetividade da tutela, como já visto, o exequente tem o direito fundamental a uma tutela efetiva. MATTOS, Sérgio. *Op.cit.* 2016. p. 2037.

não existe motivo para que o executado sofra mais que o necessário. Segundo Araken de Assis, o princípio do resultado tutela o executado no sentido de que “nenhum ato inútil [...] poderá ser consumado”¹⁴¹, já que a execução deve encontrar seus limites naquilo que é suficiente para adimplir a obrigação, ponto em que a atenção é voltada, então, ao princípio da menor onerosidade.

O princípio da menor onerosidade¹⁴² está previsto no art. 805 do CPC, o qual preceitua que, existindo um mesmo nível de eficácia entre duas ou mais medidas, a medida escolhida para fazer cumprir a obrigação deve ser aquela menos onerosa para o executado. Esse dever consiste em equilibrar os interesses das partes de maneira que o credor veja seu direito efetivado, e apenas isso, sob pena de o processo ser transformado em mecanismo de vingança do credor contra o executado, em que os meios serviriam como punição e não como medida apta a realizar o direito no plano concreto.¹⁴³

Nesse sentido, a menor onerosidade encontra respaldo constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana e da boa-fé processual. Fredie Didier afirma que “Esse princípio protege a ética processual, a lealdade, impedindo o comportamento abusivo do exequente. Trata-se de aplicação do princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC).”¹⁴⁴ E, nesse sentido, embora entenda que a menor onerosidade não protege diretamente a dignidade do executado, o autor reconhece que “Dessa forma, ao proibir a execução abusivamente onerosa, o princípio também serviria à tutela da dignidade da pessoa humana, ainda que mediata ou reflexamente.”¹⁴⁵

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, entende que a menor onerosidade relaciona-se com a dignidade da pessoa humana. O autor refere que:

¹⁴¹ASSIS, Araken de. *Op.cit.* 2017.

¹⁴²Sobre a classificação da menor onerosidade como princípio: “Em síntese: para a Crítica Hermenêutica do Direito – corrente que também denuncia o excessivo manejo dos princípios jurídicos na atualidade – não soa correta a caracterização antecipada da menor onerosidade como princípio. Há, porém, um argumento legítimo e que não pode ser desconsiderado: é que o revolvimento completo e contextualizado da história institucional da comunidade jurídica e dos demais institutos processuais em uma situação concreta de julgamento poderá revelar o cariz principiológicofundamentante da regra textualmente tratada pelo dispositivo legal em discussão.” SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva. **Revista de Processo**. v. 271, set 2017.

¹⁴³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015. p. 714-715

¹⁴⁴DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 80.

¹⁴⁵Ibidem.

É indispensável a harmoniosa convivência entre o direito do credor à tutela jurisdicional para a efetividade de seu crédito e essa barreira mitigadora dos rigores da execução, em nome da dignidade da pessoa física ou da subsistência da jurídica – a qual outra coisa não é que a personificação de grupos de pessoas físicas reunidas em torno de um objetivo comum. Ao juiz impõe-se, caso a caso, a busca da linha de equilíbrio entre essas duas balizas, para não frustrar o direito do credor nem sacrificar o patrimônio do devedor além do razoável e necessário.¹⁴⁶

Nesse sentido, também entendem Felipe Scalabrin e Guilherme Cardoso Antunes da Cunha, em recente artigo sobre a menor onerosidade e o direito à tutela efetiva:

Ainda nesta trilha, justo porque a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da sociedade (art. 5o, III, CF (LGL\1988\3)) é que o executado não pode ser alvo de medidas executivas que, de algum modo, reduzam essa esfera minimamente resguardada. Ao que tudo indica, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada a raiz de inúmeras disposições de contenção da execução, aí incluída a menor onerosidade e as regras relativas às impenhorabilidades.¹⁴⁷

É importante a identificação do fundamento constitucional do princípio da menor onerosidade para que se justifique a ponderação entre esse princípio e o princípio fundamental à tutela efetiva. A menor onerosidade deve ser sopesada com o dever de efetividade da tutela executiva, pois, apesar da garantia de menor onerosidade que deve existir, o credor também tem direito a ver seu crédito satisfeito, o que passará pela modificação da esfera patrimonial do executado, gerando obviamente certos gravames, mas esses devem ser calculados na medida estritamente necessária ao cumprimento da obrigação.¹⁴⁸

A aplicação desse princípio recai na adequação e na necessidade do meio a ser utilizado, mas não sobre o resultado, de maneira que não se pode querer obter um resultado menos oneroso para o executado, que deverá cumprir exatamente aquilo que é devido. Nesse caso, não se pode tentar utilizar a não onerosidade para deixar de pagar certa parcela da obrigação, no caso da obrigação pecuniária, por exemplo. O caminho é que deve ser menos oneroso, não o resultado, pois o princípio visa a impedir uma execução abusiva, na expressão utilizada por Fredie Didier.¹⁴⁹

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 290-291.

¹⁴⁷ SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. *Op.cit.* 2017.

¹⁴⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op.cit.*

¹⁴⁹ DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 79-80

Mas, ainda que adequada e necessária, a ação pode, diante das circunstâncias do caso concreto, significar uma proteção injustificada diante do gravame imposto ao direito do réu. Note-se, porém, que nesse último caso não se está analisando a adequação e a idoneidade da restrição ao direito do réu, mas sim se verificando se o direito do réu, em face do caso concreto, pode ser objeto de restrição. Ou seja, nos dois primeiros casos se parte da premissa de que a restrição é possível, sendo importante apenas analisar a sua adequação e a sua idoneidade, ao passo que no último se busca concluir se a própria restrição é justificável.¹⁵⁰

O princípio da menor onerosidade pode ser aplicado de ofício pelo magistrado. Não é necessário que se siga o meio indicado pelo credor se ele for mais oneroso. De qualquer forma, o executado pode impugnar o meio escolhido, devendo indicar quais outros meios ele considera que sejam menos gravosos, mas eficazes de igual maneira, sob pena de preclusão se essa manifestação não for realizada tempestivamente.¹⁵¹

Relacionando o princípio do resultado com o da menor onerosidade, tem-se que a tutela jurisdicional executiva visa a ver o direito do credor efetivado, mas o caminho para se alcançar esse propósito deve respeitar a menor gravosidade para o executado.¹⁵² Conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni:

[...] se é inegável que o meio executivo deve ser hábil para proporcionar, em abstrato ou em termos de efetividade social, a tutela dos direitos, esse meio executivo deverá gerar a menor restrição possível à esfera jurídica do réu. Seria até dispensável dizer – por ser óbvio – que a regra de que a execução deve ser feita da maneira menos gravosa ao réu se aplica em qualquer lugar em que se esteja frente à utilização de meio executivo. A execução deve ter os seus graus de efetividade e de interferência medidos de acordo com o caso conflitivo concreto.¹⁵³

2.7 EXAME DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE

Sobre os conflitos de direitos fundamentais, Marcelo Lima Guerra refere que foi exatamente da tentativa de solucionar os conflitos entre direitos fundamentais que, no direito alemão, surgiu a elaboração do dever de proporcionalidade. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins referem que a proporcionalidade foi desenvolvida pela

¹⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Op.cit.* 2005.

¹⁵¹ DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 80-81

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* 2015. p. 715

¹⁵³MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva...** *Op.cit.*

jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão a partir de 1950 e, gradativamente, chegou ao restante da Europa e à América Latina.¹⁵⁴

Em relação ao enquadramento utilizado para se referir à proporcionalidade, o presente trabalho opta pela proporcionalidade entendida como postulado normativo aplicativo, embora se reconheça a existência de outras classificações.¹⁵⁵ Humberto Ávila considera que “os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam.” Assim, observa que os postulados normativos são “metanormas ou normas de segundo grau”.¹⁵⁶

Entende o autor que os postulados normativos são diferentes dos princípios, já que princípios são normas finalísticas que impõem a promoção imediata de certo objetivo por meio de uma prescrição de comportamentos, ainda que indireta, enquanto os postulados vão estruturar a aplicação da promoção do objetivo e não ditam comportamentos, mas estabelecem raciocínios acerca da norma que prescreve comportamentos indiretamente. Da mesma forma, não se pode confundir, segundo o autor, regras e postulados normativos, isso porque as regras são “normas imediatamente descritivas de comportamento devidos ou atributivas de poder. Distintamente, os postulados [...] estruturam a aplicação de normas que o fazem.”¹⁵⁷

Para Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila, não havia posituação do dever da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e o dever de utilização do parâmetro da proporcionalidade encontra respaldo na estrutura dos direitos fundamentais. Ao entender os direitos fundamentais como princípios, eles se tornam mandamentos de otimização e a proporcionalidade é o modo como esse dever deve ser aplicado.¹⁵⁸ Assim descreve Humberto Ávila:

Do exposto resulta claro que o dever de proporcionalidade é implicação do caráter principal das normas como bem demonstrou ALEXY. Isso explica em grande parte o desacerto doutrinário em querer buscar um fundamento

¹⁵⁴DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 176.

¹⁵⁵Virgílio Afonso da Silva entende que o termo correto é regra da proporcionalidade. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. v. 798. abril 2002. p. 26. Também enquadram a proporcionalidade como regra Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Op.cit.* 2014. p. 178.

¹⁵⁶ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 177.

¹⁵⁷Idem. p. 178.

¹⁵⁸SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.* 2002. p. 43.

positivo do chamado princípio da proporcionalidade no *texto* constitucional (dedução dos direitos ou dos princípios fundamentais, p. ex.) quando só a *implicação lógica* da estrutura principal das normas pode esclarecer.¹⁵⁹

Com a entrada em vigor do CPC, inseriu-se o dever de proporcionalidade quando ao magistrado é endereçado o seguinte comando:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência¹⁶⁰.

Nesse sentido, com as ressalvas de enquadramento, é possível definir o dever de proporcionalidade como:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições.¹⁶¹

Ainda, a proporcionalidade é dividida em suas três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁶², que se organizam de acordo com uma ordem pré-definida, em que primeiro analisa a adequação, depois a necessidade e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito. Dessa maneira, pode-se dizer que uma é subsidiária da outra, ou seja, na análise da proporcionalidade não são sempre analisadas todas as sub-regras.

Virgílio Afonso da Silva observa que essa subsidiariedade representa a razão de existir das sub-regras, pois não haveria motivo para haver essa divisão se não tivesse que ser observada certa ordem na sua aplicação.¹⁶³ Nesse sentido:

¹⁵⁹ 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. jan./mar. 1999.

¹⁶⁰BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

¹⁶¹SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.* 2002. p. 24.

¹⁶² GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 91.

¹⁶³SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.* 2002. p. 34.

[...] com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação: e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.¹⁶⁴

Assim, o autor quer explicar que, se a medida for considerada inadequada, não é preciso seguir com o exame da proporcionalidade, bem como é o caso se for adequada, mas desnecessária e assim por diante.

A sub-regra da adequação é entendida como o fomento a certo objetivo, ou seja, sob a ótica dos meios a serem escolhidos, será adequado o meio mesmo que o objetivo não seja totalmente alcançado. Assim, inadequado é o meio que não contribui para fomentar o fim que se deseja. Assim, “O teste da adequação da medida limita-se, como já visto, ao exame de sua aptidão para *fomentar* os objetivos visados.”¹⁶⁵

Sobre a necessidade, considera-se necessário o ato quando não exista outro que promova o fim com a mesma intensidade, mas com menor restrição ao direito fundamental a ser atingido. Ponto importante para diferenciar a adequação da necessidade é o de que “o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto.”¹⁶⁶

Por fim, o exame da proporcionalidade, em sentido estrito, dá-se quando ocorre o sopesamento entre os direitos fundamentais envolvidos, de modo que o que se deve pensar é se a restrição que ocorrerá a certo direito justifica-se pela importância da realização de outro. Como existe subsidiariedade entre as sub-regras, a proporcionalidade em sentido estrito só será analisada caso a medida tenha sido anteriormente considerada adequada e necessária, nessa ordem.¹⁶⁷

Nas palavras de Humberto Ávila:

Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é

¹⁶⁴SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.* 2002. p. 34.

¹⁶⁵Idem. p. 36.

¹⁶⁶Idem. p. 38.

¹⁶⁷Idem. p. 40.

proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.¹⁶⁸

O juiz deve observar o critério da proporcionalidade na escolha das medidas que o art. 139, IV do CPC, autoriza, de maneira que a medida atípica a ser aplicada deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.¹⁶⁹ Fredie Didier exemplifica a aplicação da proporcionalidade no âmbito da execução e diz que, no que concerne à adequação, é necessário que exista uma relação de meio e fim entre a medida atípica e o resultado que se deseja alcançar. Como exemplo, a multa coercitiva, dependendo do devedor, pode não surtir efeito, se o montante não representar grande valor perto de suas condições econômicas. Já a suspensão do passaporte para o mesmo devedor talvez seja mais adequada para alcançar o resultado desejado.¹⁷⁰

Enquanto na adequação o critério é voltado para o credor, quando se fala em necessidade, a atenção é ao devedor. Nesse caso, é preciso que a medida a ser escolhida gere a menor onerosidade possível ao executado. Esse critério estabelece um limite à medida que será aplicada, que é não ir além daquilo que é necessário.¹⁷¹ Por fim, chega-se à proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Didier, essa é a perspectiva não do credor, não do devedor, mas do equilíbrio. É preciso que as vantagens de se aplicar o meio atípico sejam maiores que as desvantagens.¹⁷² Sobre a aplicação da proporcionalidade ao caso concreto, Luiz Guilherme Marinoni também se manifesta nesse sentido:

Porém, o meio executivo não pode deixar de atentar para eventual colisão, no plano substancial, entre os direitos do autor e do réu. Se é inegável que o meio mais idôneo é aquele que deve proporcionar a menor restrição possível, é necessário admitir que esse pode variar de acordo com a dimensão dos valores colidentes. Isso quer dizer, em outras palavras, que nos casos em que a tutela do direito do autor depender da restrição de um direito fundamental, como o direito à liberdade, o juiz, na escolha do meio executivo, não pode esquecer de que está harmonizando bens em conflito. Entretanto, no caso em que não se trata de harmonizar, no plano substancial, bens em colisão, o meio mais idôneo deve ser encontrado apenas diante das necessidades de tutela do direito material e do direito de

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Op.cit.* 2016. p. 202.

¹⁶⁹ DIDIER JR., Fredie et al. *Op.cit.* 2017. p. 113.

¹⁷⁰ *Ibidem.*

¹⁷¹ *Ibidem.*

¹⁷² *Ibidem.*

defesa. Tais necessidades nada mais são do que as tutelas prometidas pelo direito material, as quais, assim, devem obrigatoriamente ser proporcionadas pelo processo. Daí, aliás, o interesse pelo seu resultado jurídico-substancial e, enfim, pela sua instrumentalidade substancial.¹⁷³

Marcelo Lima Guerra entende que os elementos da regra da proporcionalidade funcionam não apenas no momento da elaboração da decisão, mas são de suma importância na sua justificação, de maneira que servem como teste de correção da decisão.¹⁷⁴ Nesse sentido, considera que, no momento da decisão, “Os elementos parciais que compõem a regra da proporcionalidade funcionam como verdadeiros ‘testes’ da correção (ou melhor, da constitucionalidade) daquela decisão, consistindo, assim, em critérios justificativos”.¹⁷⁵

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva...** *Op.cit.*

¹⁷⁴ GUERRA, Marcelo Lima. *Op.cit.* 2003. p. 94.

¹⁷⁵ *Ibidem.*

3 APLICAÇÃO DO ART. 139, IV DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA

Ao aplicar o art. 139, IV do CPC, os juízes de primeira instância têm adotado medidas inovadoras para a efetivação dos direitos no processo. Essas medidas, como restou evidenciado ao longo do trabalho, dizem respeito à busca pela efetividade da tutela jurisdicional executiva, visando ao direito que tem o exequente de obter uma tutela adequada e efetiva. Entretanto, esse direito entra em colisão com o direito que tem o executado de ter a execução pautada na menor onerosidade. Nesse sentido, é a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

[...] a execução deve pautar-se por duas balizas fundamentais, antagônicas, mas necessariamente harmoniosas, que são (a) a do respeito à integridade patrimonial do executado, sacrificando-o o mínimo possível e (b) a do empenho a ser feito a plena realização do direito do exequente.¹⁷⁶

Nesse raciocínio é que se encontra a importância do exame da proporcionalidade para a aplicação das medidas atípicas à obrigação de pagar quantia, uma vez que existem dois direitos opostos entre si que devem ser equilibrados. Por isso, cumpre destacar que a utilização ou não de medidas atípicas no que concerne à obrigação de pagar quantia depende do caso concreto em questão e as análises que seguem foram realizadas com o intuito de demonstrar como deve ser o raciocínio que determina a aplicação dessas medidas, por meio da proporcionalidade e dos aspectos já pontuados no trabalho.

Porém, ressalta-se que, para os limites e objetivos do estudo, não se considerou viável esgotar todas as possibilidades de medidas a serem aplicadas a cada caso concreto. Por essa razão, foram escolhidos quatro casos em que foram analisadas a suspensão da CNH e do passaporte.¹⁷⁷ Considera-se que esses

¹⁷⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.* 2003, pp.290.

¹⁷⁷Nos Agravos de Instrumento de nº 70075389619 do TJRS e no de nº 2116063-84.2017.8.26.0000 do TJSP foi também deferida a medida de bloqueio dos cartões de crédito dos executados. Apesar de não ter sido analisada a medida em questão, deixa-se aqui uma análise que se entende ser acertada acerca dessa medida. Nesse sentido, Thiago Rodovalho: “De igual sorte se passa com a medida restritiva (iii) o cancelamento dos cartões de crédito do executado. Também não nos parece haver qualquer violação a direito fundamental ou social, nem a direito da personalidade ou colocação do devedor em situação «desproporcionalmente detrimetosa». Tanto assim o é, que ser titular de um cartão de crédito pressupõe ter crédito, o que é analisado e concedido por instituições financeiras; mais do que isso, se, porventura, passando por dificuldades financeiras, a pessoa deixa de honrar com pagamentos, a mesma instituição financeira concedente do cartão de crédito pode, sponte própria, cancelá-lo ou recusar-lhe a concessão. Ora, parece-me contraditório que instituições financeiras, para sua proteção patrimonial, possam ferir esse suposto “direito fundamental” ou esse suposto “direito da personalidade”, mas não possa o Poder Judiciário igualmente fazê-lo contra aquele devedor moroso que, instado ao pagamento, e frustradas todas as tentativas de constrição patrimonial, leva vida luxuosa, valendo-se de cartões de crédito, que prescindem de dinheiro em conta, é dizer, podem justamente funcionar como forma de ocultar renda e patrimônio.” RODOVALHO, Thiago. *Op.cit.* 2016.

mecanismos são representativos na jurisprudência atual e, por meio deles, é possível um caminho para que a aplicação do artigo em estudo seja mais segura.

3.1 MEDIDA DE SUSPENSÃO DO PASSAPORTE

3.1.1 Agravo de Instrumento nº 0041463-42.2016.8.16.0000 - TJPR

3.1.1.1 *Resumo do Caso*

O primeiro caso é de utilização de medida de apreensão de passaporte que foi encontrada na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná¹⁷⁸, na qual foi deferida a suspensão do passaporte do executado.¹⁷⁹ No Agravo de Instrumento de nº 0041463-42.2016.8.16.0000 julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, o exequente insurgiu-se contra decisão proferida em Execução de Título Extrajudicial referente à venda de animais ao executado que não pagou o valor total devido em razão do negócio.

O relator refere que foram firmados dois acordos entre as partes com o intuito de ver a obrigação ser adimplida, porém não foram cumpridos pelo executado. Na sequência, foi realizada penhora de quantia via Bacenjud; porém, não o suficiente para quitar a dívida. Como não foram encontrados bens móveis ou imóveis a serem expropriados, a exequente pugnou pela apreensão do passaporte e suspensão da carteira de motorista do executado, além do bloqueio dos cartões de crédito, com fundamento no art. 139, IV do CPC.¹⁸⁰

¹⁷⁸Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 14ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0041463-42.2016.8.16.0000. Relator: Themis Furquim. DJ: 07.03.2017.

¹⁷⁹ No caso também foi deferida a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação e indeferido o bloqueio de cartões de crédito do executado.

¹⁸⁰ Para melhor compreensão do caso, o relatório: Asustentação da agravante, em apertada síntese, é no sentido de que: (i) em 17, 18 e 19 de março de 2012, a agravante vendeu ao agravado animais de sua propriedade pelo valor total de R\$ 177.000,00 (cento e setenta e sete mil reais), sendo que deste valor o agravado pagou o montante de R\$ 61.737,50 (sessenta e um mil, setecentos e trinta e sete reais e cinquenta centavos), restando inadimplente do restante, motivo da distribuição da ação principal; (ii) as partes firmaram acordo em 03 de maio de 2013, momento em que o agravado se deu por citado e confessou a dívida, firmando compromisso de pagamento em quatorze parcelas; (iii) como garantia, o agravado ofereceu à penhora cinco animais e concordou com a manutenção da averbação da execução sobre todos os animais de sua propriedade junto a Associação Brasileira dos Criadores de Zebu; (iv) o acordo foi homologado pelo Juízo de origem; (v) contudo, o agravado pagou somente a primeira parcela, restando inadimplente nas outras treze, motivo pelo qual a ação teve prosseguimento na forma ajustada na composição; (vi) houve uma segunda composição na qual a agravante concordou em levantar a averbação da execução junto a ABCZ junto a três animais, de modo a possibilitar que o agravado pagasse a dívida mediante a venda destes, conforme solicitação do devedor, demonstrando assim a agravante sua boa-fé, bem como sua intenção de resolver o imbróglio de forma amigável; (vii) no entanto, o agravado não cumpriu o ajustado mesmo após o levantamento da averbação junto a ABCZ pela agravante; (viii) dado prosseguimento aos atos expropriatórios, logrou-se penhorar R\$ 14.121,59 (quatorze mil, cento e vinte e um reais e cinquenta e nove centavos) do valor total de R\$ 116.870,40 (cento e dezesseis mil, oitocentos e setenta reais e quarenta centavos) via Bacenjud; (ix) houve novo pedido de averbação da execução junto aos animais de propriedade do agravado perante a ABCZ; (x) a ABCZ informou que, atualmente, apenas um dos animais ofertados em penhor pelo agravado quando do acordo é de propriedade do devedor; (xi) não tendo logrado êxito encontrar qualquer bem móvel ou imóvel para dar seguimento às medidas expropriatórias, a agravante requereu a apreensão do passaporte do devedor, a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e o bloqueio dos cartões de crédito; e (xii) os pedidos têm fundamento no art. 139, inc. IV, do Código de Processo Civil, bem como no Enunciado nº 48 da Escola Nacional da Magistratura. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 14ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0041463-42.2016.8.16.0000. Relator: Themis Furquim. DJ: 07.03.2017

3.1.1.2 Análise do caso

Com o apoio do caso concreto, seguirá a análise do postulado da proporcionalidade aplicado a essa medida e conjuntamente se observará a influência de outros pontos já levantados no estudo, entre eles a subsidiariedade da aplicação das medidas, a importância da fundamentação e do contraditório.

Segundo Humberto Ávila:

O exame da proporcionalidade se aplica sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).¹⁸¹

No caso da aplicação de medidas executivas não previstas no CPC, por meio do art. 139, IV, quando se adota a ideia de que o dever de proporcionalidade apresenta uma ordem a ser seguida, a primeira sub-regra a ser analisada em relação à medida mencionada (apreensão do passaporte) é a sub-regra da adequação. No âmbito da adequação, a exigência é de que a medida promova o fim.¹⁸²

No caso analisado, é possível entender a medida como adequada, isso porque é provável que a medida leve ao adimplemento da dívida, pelo seu caráter coercitivo, visto que o executado experimentará certo dissabor sem permissão viajar e, na falta desse luxo, pensará em adimplir sua dívida, a fim de retomá-lo. Note-se que é possível entender pela adequação da medida porque ela fomenta o objetivo que é o adimplemento. Destaca-se que não seria esse o caso, por exemplo, se a suspensão do passaporte recaísse sobre um representante comercial que atuasse entre o Brasil e o exterior. Isso porque, nesse caso, o sujeito teria sua fonte de renda prejudicada e a medida não seria adequada para promover o fim, já que, sem renda, não conseguiria cumprir com a obrigação.

Ainda, o meio revela-se adequado no caso concreto, visto que não se trata de situação na qual o devedor não tem patrimônio para quitar a dívida. Como já

¹⁸¹ÁVILA, Humberto. *Op.cit.* 2016. p. 206.

¹⁸²SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.* 2002. p. 9. Nesse sentido, também Humberto Ávila afirma que “Um meio é adequado se promove o fim.” ÁVILA, Humberto. *Op.cit.* 2016. p. 202.

mencionado ao longo do estudo, há diferença entre insuficiência de patrimônio e insuficiência de meios aptos a fazer cumprir a decisão. No caso em análise, a situação, como bem fundamenta a decisão, parece ser a de um devedor com condições de adimplir a dívida:

[...]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 à 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).¹⁸³

Importante notar que o exame da adequação é absoluto; não é comparativo em relação a outras medidas.¹⁸⁴ Assim, quando se diz que a medida é adequada no caso concreto que está sob análise, não se está dizendo que não existem medidas mais aptas ou melhores para a promoção do fim, mas apenas que essa medida serve para o objetivo proposto. Virgílio Afonso da Silva indica que “o teste da adequação da medida limita-se, como já visto, ao exame de sua aptidão para *fomentar* os objetivos visados.”¹⁸⁵

Se a medida demonstrou-se adequada no caso concreto, ainda que possam existir outras medidas mais adequadas, passa-se ao exame da necessidade. Considera-se necessário o ato quando não exista outro que promova o fim com a mesma intensidade, mas com menor restrição ao direito fundamental, ou seja, ao contrário do exame da adequação, o exame da necessidade é comparativo.¹⁸⁶ Deve-se atentar a garantir a efetividade do direito do credor com a menor onerosidade para o devedor. Como exemplo, para embasar posterior análise:

¹⁸³ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 14ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0041463-42.2016.8.16.0000. Relator: Themis Furquim. DJ: 07.03.2017

¹⁸⁴Comenta Virgílio Afonso da Silva sobre a análise de caso concreto em relação à sub-regra da adequação. SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. ano 91. vol. 798. abril/2002. p. 10. Assim também, ainda que analisando a proporcionalidade em relação à Administração Pública, entende Humberto Ávila: “Em primeiro lugar, nem sempre é possível - ou, mesmo, plausível - saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, é o mais intenso, melhor e mais seguro na realização do fim.” ÁVILA, Humberto. *Op.cit.* 2016. p. 210. Também nesse sentido, o Ministro Luiz Fux ao analisar Recurso Extraordinário, sobre a adequação ponderou que “a adequação é satisfeita com a simples escolha de um meio que promova minimamente o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro.” STF, Tribunal Pleno, RE 586.224, rel. Min. Luiz Fux, j. 5.3.2014, DJe 85, 8.5.2015.

¹⁸⁵SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.* 2002. p. 9.

¹⁸⁶Idem. p. 10.

Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quando M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária.¹⁸⁷

Primeiramente, é necessário identificar qual direito fundamental do devedor está sendo atingido. No caso da apreensão do passaporte, o direito ameaçado é o da liberdade de ir e vir. A pergunta a ser feita é: existe outro meio que, restringindo menos o direito fundamental de ir e vir do executado, promova com igual eficiência o objetivo que é o adimplemento da obrigação de pagar quantia?

Pode-se pensar nas medidas típicas, previstas no CPC para os casos de inadimplemento na obrigação de pagar quantia, que parecem igualmente eficientes e menos restritivas. É o ponto em que ganha destaque a questão da subsidiariedade, pois uma medida atípica não será necessária se ainda não foram tentadas alternativas previstas na lei que se mostram menos restritivas e que podem ser igualmente eficientes. No entanto, no caso concreto, as medidas típicas foram esgotadas e não foram efetivas, segundo o relator:

Da análise detida dos autos, observa-se que a presente execução se arrasta há quatro anos sem que a exequente tenha logrado êxito em encontrar qualquer bem móvel ou imóvel suscetível à penhora.¹⁸⁸

Esgotadas as medidas típicas, uma alternativa seria a aplicação de multa por dia de inadimplemento. No entanto, apesar de menos restritiva, essa medida não parece igualmente eficiente, pois o executado já não paga o que deve, logo não se sentiria constrangido a adimplir a dívida apenas sob pena de multa, o que só aumentaria o montante devido sem o adimplemento. Assim, essa medida, apesar de não restringir o direito de ir e vir, não tutela com igual eficiência o direito do exequente.

Note-se que, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, infinitas possibilidades podem ser levantadas. No presente estudo, não cabe comparar todas as possibilidades existentes, mas apenas demonstrar que dessa maneira é que deve ser realizada a aplicação da proporcionalidade e não apenas ser reduzida a análise à simples afirmação de que a medida é ou não proporcional.

¹⁸⁷SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.* 2002. p. 38.

¹⁸⁸Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 14ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0041463-42.2016.8.16.0000. Relator: Themis Furquim. DJ: 07.03.2017.

Por fim, como a medida foi considerada necessária, passa-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Humberto Ávila, “[...]um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.”¹⁸⁹ Nesse sentido, o direito fundamental à tutela efetiva do exequente justifica a restrição ao direito fundamental de ir e vir do executado? Acredita-se que nesse caso concreto o que ocorre é uma restrição que não atinge o núcleo do direito fundamental de ir e vir do executado, mas, por outro lado, tem a capacidade de fazer com que a obrigação seja totalmente satisfeita.

Essa análise mostra-se extremamente subjetiva, de maneira que também se pode entender que essa restrição não se justifica. Daí a importância da correta fundamentação da decisão, como já referido. Segundo Virgílio Afonso da Silva:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. [...] Se a importância da não-realização de algum direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.¹⁹⁰

Acredita-se que, pelo sopesamento dos direitos fundamentais mencionados e pelas peculiaridades do caso concreto (por ex., foram tentadas as medidas típicas, o exequente aparenta ter alto poder aquisitivo), a medida justifica-se. Assim, no caso em análise, entende-se que a medida escolhida foi proporcional, com a ressalva de que também foi deferida a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação e, nesse sentido, pensa-se que apenas a medida analisada já seria apta a realizar o papel coercitivo ao qual se propõe.

Destaca-se que, como já mencionado, não há proibição à mudança da técnica que não se revelou eficaz (fungibilidade da técnica executiva), de maneira que poderia ser aplicada somente a medida de apreensão do passaporte e, se tal escolha não funcionasse no caso concreto, outra medida poderia ser pensada.

¹⁸⁹ÁVILA, Humberto. *Op.cit.* 2016. p.202.

¹⁹⁰SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.* 2002. p. 41

3.1.2 Agravo de Instrumento nº 70075402040 - TJRS

3.1.2.1 Resumo do Caso

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão que em ação de execução por quantia certa indeferiu o pedido de apreensão do passaporte e da CNH da devedora, bem como o bloqueio de seu cartão de crédito. A execução foi proposta em 01.11.2013. Em 29.07.14 foi firmado acordo entre as partes que restou descumprido. Em 2015 foi deferido bloqueio de valores pelo sistema BacenJud; porém, não foram encontrados valores disponíveis. Foi tentada a penhora no rosto dos autos em processo em que a executada era parte; porém, o processo estava baixado. Em 2017, foi lançada novamente ordem de indisponibilidade de valores via sistema BacenJud, que retornou negativa.

Ainda, foram realizadas pesquisas via RenaJud (sistema ligado ao DENATRAN que tem como objetivo localizar e informar acerca dos veículos de propriedade do devedor) também sem sucesso. Após essas tentativas, em 2017 foi pedida a aplicação da medida atípica pelo exequente, que restou indeferida sob o argumento de que não existe previsão legal de utilização das medidas requisitadas. Em sede de agravo de instrumento, também foi indeferido o pedido.

3.1.2.2 Análise do caso

Conforme se entende da sub-regra da adequação, é necessário que exista probabilidade de eficácia da medida. Nesse sentido, a medida pode ser eficaz no sentido de agir coercitivamente sobre a vontade da devedora que verá tolhida qualquer possibilidade de viajar ao exterior devido à suspensão de seu passaporte.

Não se pode aqui, com base nos dados do caso, aferir se a executada é pessoa que costuma viajar ou será afetada por essa medida tão diretamente; no entanto, não se pode negar que a restrição desse direito representa medida incômoda que, se não levar ao adimplemento da obrigação, poderá ser modificada. Ressalta-se novamente de que a análise da adequação não é comparativa e, nesse sentido, a medida parece encaixar-se no perfil de adequação esperado sob o conceito utilizado no presente estudo.

Em relação à necessidade, as medidas típicas foram tentadas sem sucesso; portanto, sob esse aspecto, está presente o quesito da necessidade. Reitera-se que não está ao alcance da pesquisa levantar todas as possibilidades existentes que seriam igualmente eficazes e menos onerosas, até mesmo porque para isso seriam necessários mais detalhes do caso concreto contidos no processo. Porém, cabe ressaltar que, nesse caso, as outras medidas deferidas parecem ser ou mais onerosas (caso do bloqueio do cartão de crédito) ou tão onerosas quanto à medida escolhida (suspensão do direito de dirigir). Isso porque a utilização do crédito é muito mais corriqueira do que uma viagem internacional e, nesse sentido, pode-se considerar que seria mais onerosa, embora mais eficaz, mas como já mencionado, a eficácia (adequação) não é feita por meio de comparação com outras medidas.

Já a suspensão do direito de dirigir parece ser tão onerosa quanto a suspensão do passaporte. Pode-se pensar até mais onerosa dependendo das atividades do devedor. Nesse sentido é que se entende pela não cumulação das medidas, que será tratada a seguir na análise da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito.

Pode-se dizer que, ao alcançar a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, visto que a medida já passou pelo teste da adequação e da necessidade, a questão torna-se estritamente sobre os direitos fundamentais em jogo. De um lado, a menor restrição possível ao direito do devedor e a maior eficácia possível ao direito do exequente. Assim, entende-se novamente que existe proporcionalidade em sentido estrito da medida escolhida, isso porque se esgotaram as tentativas de solução amigável (foi realizado acordo não cumprido), bem como os meios típicos para se obter o cumprimento da obrigação. Dessa maneira, não parece desproporcional uma interferência no direito de dirigir um veículo frente aos anos que se passaram e o credor não viu seu crédito adimplido.

Todavia, não foi nesse sentido a decisão do TJRS. O relator, embora tenha mencionado que “as exceções respectivas necessária e obrigatoriamente devem se pautar pelo princípio da proporcionalidade, de modo a não restringir, em demasia, o uso e gozo plenos desta liberdade (grifo do autor)”¹⁹¹, ao se referir à apreensão do passaporte da devedora, utiliza como argumento principal o chamado princípio da patrimonialidade. Nesse sentido, o relator:

¹⁹¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 12ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70075402040. Relator: Umberto GuaspariSudbrack. DJe: 27.11.17

O processo civil de execução rege-se pelo princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, de tal sorte que lançar mão da apreensão de passaporte, no âmbito de cumprimento de sentença, como forma de compelir o devedor a adimplir os seus débitos, constitui versão moderna e mitigada de inadmissível escravidão civil por dívida. Com efeito, conferir a interpretação pretendida ao art. 139, IV, do CPC/2015, para autorizar a apreensão de passaporte, caracterizaria uma restrição sobre o corpo do devedor, não sobre o seu patrimônio, o que o modelo liberal de processo civil de execução não tolera.(grifo do autor) ¹⁹²

Como contraponto, vale mencionar a lição de Thiago Rodovalho, que corretamente relaciona a importância da análise da proporcionalidade para resolver o argumento de que não seriam possíveis medidas coercitivas porque atuariam sobre a pessoa do devedor e não o seu patrimônio:

Ou seja, em alguma medida, as medidas compulsivas, coercitivas atingem a pessoa do devedor, mas não necessariamente o corpo do devedor, de sorte a merecer reflexão sobre quando elas excedem o admitido e tolerado pelo ordenamento jurídico. Em verdade, o que essa regra e esse brocardo (corretamente) proscrevem é o exercício de violência contra a pessoa do devedor para forçar o cumprimento da obrigação. Nesse contexto, proscrevem--se medidas executivas que se traduzam em violência física contra a pessoa do devedor ou o coloquem em situação desproporcionalmente detrimetosa.(grifado)¹⁹³

Nesse sentido, o autor menciona que a interferência no direito de viajar ao exterior, nos casos em que se mostrar proporcional, pode ser utilizada para forçar o adimplemento da dívida. Ainda, deve-se pensar que a patrimonialidade continua sendo a regra, tendo lugar as medidas alternativas quando as medidas típicas que adentram a esfera patrimonial já não são mais suficientes.

Por fim, faz-se novamente a ressalva de que para todos os casos as medidas atípicas serão utilizadas quando já tiverem sido tentadas as possibilidades típicas, quando a execução há muito tempo se arrasta sem que o executado demonstre que quer ao menos tentar saldar a dívida, ou nos casos mais extremos, quando demonstra ter vida luxuosa sem cumprir com suas obrigações. Nesse sentido é que foi feita a análise com os dados dos casos concretos, mas pode ser que o devedor realmente não tenha condições financeiras, hipótese em que deverá comprovar nos autos sua situação a fim de que a medida seja atenuada, modificada ou retirada.¹⁹⁴

¹⁹²Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 12ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70075402040. Relator: Umberto GuaspariSudbrack. DJe: 27.11.17.

¹⁹³ RODOVALHO, Thiago. *Op.cit*2016.

¹⁹⁴ Nesse sentido: "Isso quer significar que, esgotados e frustrados os meios típicos, o juiz se valerá dos meios atípicos se eles forem potencialmente hábeis a estimular ou forçar o cumprimento, o que pressupõe sua possibilidade, quando então eles poderão ser eficazes. Assim, nas obrigações de pagar, se porventura há demonstração da real impossibilidade financeira da parte obrigada, seria inócua, e daí um constrangimento inútil e desnecessário, a imposição de medidas atípicas para forçar o cumprimento." RODOVALHO, Thiago. *Op.cit*2016.

3.2 MEDIDA DE SUSPENSÃO DA CNH

3.2.1 Agravo de Instrumento nº 2116063-84.2017.8.26.0000 - TJSP

3.2.1.1 *Resumo do Caso*

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto perante a 14ª Câmara de Direito Privado do TJSP contra decisão que determinou a suspensão da CNH do executado. A ação de execução de título extrajudicial foi ajuizada em maio de 2010, fundada em cédula de crédito bancário no valor de R\$ 28.722,85. O executado foi citado para adimplir a dívida, ocasião em que se manteve inerte, o que ocasionou o bloqueio judicial e a penhora na sua conta bancária via BacenJud de R\$ 404,00, a penhora de uma televisão e de um aparelho de DVD e o bloqueio da transferência de dois veículos que eram de sua propriedade, tendo sido, posteriormente, a execução duas vezes arquivada pela insuficiência de bens para quitar a dívida.

Com o deferimento da suspensão da CNH pelo magistrado, o executado interpôs Agravo de Instrumento alegando que os meios típicos não se mostraram insuficientes. Mencionou ainda a inadequação do meio executivo de suspensão da CNH e, por fim, afirmou que tem problemas no nervo ciático, o que o impediria de andar a pé, razão pela qual necessita do veículo automotor. O recurso foi indeferido.

O agravo de instrumento foi indeferido, tendo sido impetrado *Habeas Corpus* com a tese de que a aplicação da medida era desproporcional e inadequada, e, ainda, teria violado o direito fundamental de locomoção do paciente.¹⁹⁵

3.2.1.2 *Análise do caso*

Seguindo a ideia de que a proporcionalidade no caso concreto deve ser analisada ordenadamente, passa-se à análise da adequação da medida de suspensão da CNH do devedor no caso em estudo. Nesse sentido, entende-se que a medida atípica foi adequada porque demonstra probabilidade de se alcançar o fim e, como anteriormente mencionado, a probabilidade é suficiente. Destaca-se que

¹⁹⁵ O *Habeas Corpus* não foi conhecido sob o argumento de que não é adequada a utilização de *habeas corpus* quando não há ameaça a direito de ir e vir do paciente, como na hipótese de restrição do direito de dirigir veículo automotor.

deve haver um cuidado para que a medida não recaia sobre atividade profissional do devedor, que prejudique sua fonte de renda e, conseqüentemente, o impeça de pagar a dívida. No caso da suspensão da CNH, seria essa a situação se o executado trabalhasse como motorista, por exemplo. Todavia, o único impedimento no plano material que alega o devedor é sua doença no nervo ciático, justificando que limitaria sua capacidade de locomoção a pé.

Essa questão é interessante, pois, se o executado não pudesse dirigir por conta da doença, a medida poderia ser considerada inadequada, visto que não seria problema a suspensão da CNH de uma pessoa que não pode dirigir. Todavia, o que alegou o executado foi a impossibilidade de se locomover diariamente sem ser por meio de transporte, o que deixa ainda mais adequada a medida, porque gerará um incômodo ao sujeito, uma vez que ele terá de se valer de outros meios de transporte, talvez menos confortáveis para se deslocar de um lugar a outro. Dessa maneira, entende-se que a medida serve para compelir o executado a pagar a dívida, ou seja, é adequada.

Da análise da adequação, passa-se à análise da necessidade. Nesse momento devem ser levantadas outras medidas que sejam igualmente eficazes, mas menos onerosas, em respeito ao princípio da menor onerosidade. Nessa senda, o direito fundamental que o executado alega estar sendo atingido, assim como no caso da apreensão do passaporte, é o direito fundamental de ir e vir. Pela análise da necessidade é que se entende que devem ser tentadas as medidas típicas antes de se utilizar mecanismos atípicos. Isso porque elas já foram previstas na legislação e, em regra, são menos onerosas, atingindo somente a esfera patrimonial do devedor.

No caso concreto, essas medidas foram tentadas e, apesar de serem menos onerosas, mostraram-se ineficazes. Segundo o relatório, o próprio executado admitiu que se manteve inerte quando citado na execução, além de ter havido penhoras que não foram suficientes para saldar a dívida. Cabe destacar a questão da cumulatividade, em que novamente se entende que não é necessária a cumulação de medidas como ocorreu no caso, em que também foi deferido o bloqueio dos cartões de crédito. Cabe ao magistrado escolher apenas uma medida atípica que julgar proporcional, dada a possibilidade de alteração posterior caso a medida não tenha atingido o objetivo.

Por fim, quanto à sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, igualmente não parece ser desproporcional a medida. Nesse sentido, o que deve ser

observado é se a utilização da medida está bem motivada, se a escolha justifica-se, dadas as circunstâncias do caso concreto. Nesse ponto, cabe mencionar importante ressalva feita por Thiago Rodvalho sobre a suspensão da CNH nos casos de inadimplemento de obrigação de pagar quantia:

Por fim, não nos parece ser o tipo de restrição – repita-se, estimulada pelo Estado-, que coloque o cidadão situação «desproporcionalmente detrimetosa», havendo à sua disposição o transporte público, esse, sim, fundamental e social, e cujo uso deve ser estimulado pelo Estado. Justamente por isso, não nos parece possível, como jocosamente aventado, a possibilidade de proibição de uso do transporte público, porque este, sim, é direito social constitucionalmente garantido. Logo, trata-se de medida atípica que, em nosso sentir, não é vedada pelo ordenamento jurídico, de tal sorte que, atendidos sempre os pressupostos autorizadores do NCPC art. 139 IV (esgotamento dos meios típicos e indícios de ocultação patrimonial), sua imposição parece-nos possível.¹⁹⁶

Dessa maneira, é possível argumentar que não se trata sequer de violação ao direito de ir e vir, pois outros meios de transporte podem ser utilizados pelo executado. Mesmo sendo acolhida a argumentação de que tal medida é uma afronta ao direito fundamental de ir e vir, tem-se que, como no caso da apreensão do passaporte, uma pequena limitação a esse direito justifica-se diante da não realização do direito fundamental à tutela efetiva. Nesse sentido, manifestou-se o STJ, quando foi impetrado *Habeas Corpus* pelo executado alegando que seu direito fundamental de ir e vir estaria sendo atingido:

Não obstante tal orientação jurisprudencial, existe a possibilidade excepcional de concessão da ordem de ofício, na hipótese em que se verificar que alguém sofre ou está sofrendo constrangimento em sua liberdade de locomoção em razão de decisão manifestamente ilegal ou teratológica, o que não é caso pois a suspensão do direito de conduzir veículo automotor, a meu sentir, não configura ameaça e nem sequer repercute no direito de ir e vir do paciente.¹⁹⁷

Vale retomar ponto já mencionado no trabalho quanto à aplicação das medidas atípicas e importante ao entendimento do caso. Apesar de não ter sido comprovado que o executado é pessoa que tenha alto padrão de vida, como foi mais facilmente aferido no caso anterior pela natureza do negócio do executado, o caso enseja a aplicação de medidas atípicas devido ao seu comportamento nos autos, já

¹⁹⁶ RODOVALHO, Thiago. *Op.cit.*2016.

¹⁹⁷ Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Habeas Corpus nº 411.519. Relator: Min. Moura Ribeiro. DJe:03.10.2017

que se manteve inerte em relação à execução, sem apresentar a mínima inclinação à cooperação, como, por exemplo, uma tentativa de acordo, de parcelamento da dívida, somado ao fato de já terem sido tentadas as medidas típicas possíveis. Todavia, nada impede que essa medida seja atenuada ou mesmo retirada se houver comprovação de que se trata de devedor sem condições de adimplir a obrigação, caso em que se estaria diante de uma execução infrutífera.

Por fim, a solução dada pelo TJSP foi em consonância com a análise aqui realizada sob o argumento de que:

Decerto, a intenção da lei não é prejudicar o devedor; o intuito é retirá-lo da inércia, pois lhe é muito cômodo esperar que o exequente busque por todos os meios satisfazer seu crédito, enquanto aquele aguarda placidamente pela prescrição intercorrente, mantendo intacto seu estilo de vida. O dever de cooperação não é obtido, como deveria ser num mundo ideal, por meio de atitude honrada de o devedor empenhar-se em cumprir com sua obrigação. Infelizmente, apenas quando ele é atingido de alguma forma em seus direitos é que entende que precisa buscar um meio de pagar seu débito, que não pode se esquivar de seus deveres.¹⁹⁸

Assim, mencionando que foram tentadas medidas típicas sem sucesso e dado o comportamento do executado no processo, restou decidido pelo deferimento da medida pleiteada pelo exequente.

3.2.2 Agravo de Instrumento nº 70075389619 - TJRS

3.2.2.1 Resumo do Caso

Trata-se de Agravo de Instrumento julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul interposto contra decisão proferida em sede de ação de execução de título extrajudicial que indeferiu a suspensão da CNH do executado. O exequente alega que o processo tramita desde 2015 e ainda não houve a satisfação da obrigação; todavia, o devedor ainda não foi citado no processo. Assim, requereu a suspensão da CNH com base no art. 139, IV do CPC.

¹⁹⁸Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 14ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 2116063-84.2017.8.26.0000. Relator: Melo Colombi. DJe: 03.08.2017

3.2.2.2 Análise do Caso

Em relação à sub-regra da adequação, como meio coercitivo, poder-se-ia dizer que a medida não é adequada. Isso porque não parece haver probabilidade de que o fim será atingido (o pagamento da dívida), visto que o executado sequer foi encontrado e citado. Nesse sentido, há chances de que, se citado, o executado cumpra a obrigação, ou seja, não se pode dizer, ainda, que a dívida não será paga. Nesse sentido, a relatora esclarece no acórdão que:

No caso concreto, as medidas requeridas pelo agravante mostram-se excessivas e desproporcionais para o fim pretendido, sobretudo porque o devedor sequer foi citado, inexistindo, por outro lado, indícios de ocultação.¹⁹⁹

Todavia, também é possível entender que houve tentativas de citação do executado no processo, desde 2015, em que não se obteve sucesso e, assim, pode-se argumentar que o devedor esteja se esquivando para não ser citado no processo de execução. Havendo essa possibilidade, a suspensão da CNH seria adequada, pois se entende que se abriria a possibilidade de coercitivamente o devedor apresentar-se no processo. Ainda que uma possibilidade pequena, pois pode ser que o devedor não tenha sido encontrado somente, apesar das tentativas de citação.

Havendo certa probabilidade, então se passa à análise da necessidade, que foi também examinada pelo TJRS, ao se referir à questão da subsidiariedade das medidas atípicas:

Marcelo Abelha Rodrigues explica que as medidas processuais coercitivas (mandamentais), tal como as medidas processuais sub-rogatórias, são atípicas no direito brasileiro, ou seja, o magistrado está “livre” para escolher uma medida proporcional (relação de causalidade entre meio e fim) - art. 139, inciso IV, e § 1º do art. 536, do NCPC. Todavia, há que se atentar ao fato de que a execução para efetivação das prestações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro é, como regra, atípica; *já a atipicidade na execução por quantia é subsidiária.*²⁰⁰

¹⁹⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 14ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70075389619. Relatora: Judith dos Santos Mottecy. DJe: 30.10.17.

²⁰⁰ Ibidem.

Nesse caso, existem medidas menos onerosas e que se mostram, pelo menos até o momento processual em que se encontra a situação, igualmente eficazes. O acórdão do TJRS menciona, inclusive, que já foi deferida a penhora, ou seja, existe medida típica em andamento.²⁰¹ Por esse motivo, em respeito à menor onerosidade é que não se pode dizer que a medida é necessária.

Conforme já referido, o exame do postulado da proporcionalidade esgota-se quando já não se enquadrar em uma das sub-regras de acordo com a ordem da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, como a medida não é necessária, não se passará à análise da proporcionalidade em sentido estrito. A solução encontrada pelo TJRS, como ficou evidenciado, vai ao encontro da análise feita. A relatora refere que “as medidas requeridas pelo agravante mostram-se excessivas e desproporcionais para o fim pretendido, sobretudo porque o devedor sequer foi citado, inexistindo, por outro lado, indícios de ocultação.”²⁰²

²⁰¹ A parte exequente deve se valer, inicialmente, das medidas processuais tipificadas como a penhora (já deferida), adjudicação e alienação do bem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 14ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70075389619. Relatora: Judith dos Santos Mottecy. DJe: 30.10.17.

²⁰² Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 14ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70075389619. Relatora: Judith dos Santos Mottecy. DJe: 30.10.17.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou compreender de que maneira as medidas atípicas autorizadas pelo art. 139, IV do CPC, devem ser aplicadas à obrigação pecuniária, tendo em vista o panorama atual do processo civil, que representa uma autêntica ferramenta para a efetivação dos direitos. Nessa senda, as decisões analisadas ofereceram exemplo prático de como deve ser feita a escolha da medida pelo magistrado. Destaca-se aqui que não se buscou esgotar o exame da proporcionalidade em todas as medidas atípicas possíveis, mas sim fornecer parâmetro para a aplicação mais consciente dessas medidas.

A partir disso, comprovou-se que as medidas atípicas devem ser aplicadas respeitando limites práticos e princípios inerentes à tutela jurisdicional executiva e observando o exame da proporcionalidade para a correta escolha e aplicação no caso concreto. Dessa maneira, são resguardados os direitos fundamentais dos litigantes e cumprido o objetivo ao qual a tutela executiva propõe-se: agir no plano material ao entregar para o exequente aquilo que lhe é de direito.

Dessa forma, é possível destacar as seguintes considerações acerca do estudo realizado:

1. Concluiu-se que o art. 139, IV, do CPC, tem incidência tanto no cumprimento da sentença quanto na execução de título extrajudicial, e as medidas executivas atípicas podem ser aplicadas de ofício pelo juiz a qualquer das partes. No entanto, dispor dessas medidas requer atenção ao contraditório não só como direito das partes, mas como dever do magistrado no processo. Além disso, há a exigência de que a decisão por meio da fundamentação adequada demonstre respeito ao contraditório e justifique a escolha de certa medida atípica.

2. Ainda, foi possível compreender que existe uma relação de subsidiariedade entre as medidas típicas e atípicas, de maneira que se mostra necessário constatar, diante do caso concreto, a insuficiência da medida típica já prevista pelo legislador para, só então, serem aplicadas outras medidas não previstas em lei.

3. Além da subsidiariedade, importa destacar a fungibilidade das técnicas executivas atípicas, no sentido de que é possível que sejam modificadas, retiradas e revistas de acordo com a situação do plano material, conforme se esteja diante de situação de cooperação do executado para cumprir a obrigação ou mesmo de uma execução infrutífera.

4. A cumulação das medidas só em possível no que tange aos seus efeitos que podem se estender dependendo da medida escolhida. Todavia, entende-se que é exagerada a cumulação *a priori* das medidas.

5. Assim, concluiu-se que, se escolhida a medida atípica, ela deve passar pelo exame da proporcionalidade em suas três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que envolvem a busca pela medida que equilibre os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto com a menor gravosidade possível ao executado e a maior efetividade possível ao exequente.

6. Nesse sentido, entende-se que a inovação que se tem visto na jurisprudência na aplicação de medidas atípicas à obrigação de pagar quantia é indissociável da análise da proporcionalidade, de maneira que a melhor redação para o inciso IV do art. 139 do CPC seria a de que o juiz dirigirá o processo incumbindo-lhe determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias *adequadas, necessárias e proporcionais* para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Por fim, de maneira geral e com o auxílio da doutrina, legislação e jurisprudência, acredita-se que o trabalho cumpriu com o objetivo de investigar as formas de aplicação do art. 139, IV do CPC, à obrigação pecuniária, tendo sido analisadas as questões controversas acerca de sua utilização e fornecidas diretrizes seguras para seu emprego.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras. Título IV – Do Juiz e dos auxiliares da justiça. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101497668/v3/document/116321290/anchor/a-116321290>. Acesso em 27 out. 2017.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&title=Key=rt%2Fmonografia%2F1037004%2Fv19.3&titleStage=F&titleAcct=ia744d7790000015830600eb40975c341#sl=0&eid=243ab77cddd6eae89a9267a8b7135db4&eat=%5Bbid%3D%2242%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016

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. jan./mar. 1999.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei 5.869. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BUENO, Cássio Scarpinella. Cumprimento da sentença e processo de execução: ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 113. 2004

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**. v. 126, ago 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**. v. 209, jul/2012.

DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 5. 7.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a fundamentação da Decisão Judicial**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso em 10 nov. 2017.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADO. Enunciado n. 48. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 22 nov. 2017.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. v. 1-2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MATTOS, Sérgio. Título II - Das diversas espécies de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Princípios da Execução**. Disponível em <http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151812300.principiosdaexecucao.pdf>. Acesso em 2 nov. 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. Poderes executórios atípicos no Projeto de Código de Processo Civil. In: ALVIM, Arruda. (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, 2015. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99307084/v1/document/99366105/anchor/a-99366105>. Acesso em 14 set. 2017.

RODOVALHO, Thiago. **O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos**, 2016. Disponível em: <https://jota.info/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>. Acesso em 20 maio 2017.

RODRIGUES, Daniel Colnago. RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Tutela Específica e a cláusula geral de atipicidade dos meios executivos: alguns parâmetros. In: ALVIM, Arruda. (Coord.). **Execução civil e temas afins** – do CPC/1973 ao Novo CPC [livro eletrônico]: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99307084/v1/document/99364109/anchor/a-99364109>. Acesso em 20 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCALABRIN, Felipe. CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva. **Revista de Processo**. v. 271, set/2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. v. 798, abril 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. **Habeas Corpus nº 411.519**. Relator: Min. Moura Ribeiro. DJe:03.10.2017

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. **Revista de Processo**. n. 59. ano 15. jul-set/1990.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 14ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento nº 2116063-84.2017.8.26.0000**. Relator: Melo Colombi. DJe: 03.08.2017

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. 14ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 0041463-42.2016.8.16.0000**. Relator: Themis Furquim. DJ: 07.03.2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 12ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 70075402040**. Relator: Umberto GuaspariSudbrack. DJe: 27.11.17

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 14ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 70075389619**. Relatora: Judith dos Santos Mottecy. DJe: 30.10.17

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**. v. 168, fev/2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia**, 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/medidas-indutivas-e-coercitivas-nas-obrigacoes-de-pagamento-de-quantia/17692>. Acesso em 17 jul. 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.