

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Marina Periolo Sudbrack

**A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS E OS PARÂMETROS
PARA O JUIZ NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV DO CPC**

Porto Alegre

2019

Marina Periolo Sudbrack

**A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS E OS PARÂMETROS
PARA O JUIZ NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV DO CPC**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais na
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin

Porto Alegre
2019

A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS E OS PARÂMETROS PARA O JUIZ NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV DO CPC

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais na
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin
(orientador)

Prof. Dr. Daisson Flach

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

EPÍGRAFE

Dedico este trabalho à minha mãe e ao meu pai que, todos os dias, ajudam-me a realizar meus sonhos.

Marina Periolo Sudbrack

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos vão para as pessoas que, de alguma forma, contribuíram para esta caminhada, não só de Trabalho de Conclusão de Curso como de toda a graduação no curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Agradeço a minha mãe e ao meu pai – Marilise e Jorge –, por todo o amor, suporte e confiança. Obrigada por todos os dias, ajudarem-me a realizar meus sonhos. Sem vocês nada disso teria sido possível. Vocês são meu grande exemplo.

Agradeço ao restante da minha família – Laura, Carolina, Livia, Francisco, Thiago e Aisha. Vocês são a minha base e, mesmo estando longe muitas vezes, levo sempre vocês comigo. Agradeço, ainda, ao meu companheiro de profissão e de vida, Bruno, alguém que me acompanhou fielmente nesta jornada. A tua ajuda e compreensão foram essenciais. Eu precisaria de um capítulo inteiro só para te agradecer. Obrigada por ser essa pessoa tão especial para mim.

Agradeço à faculdade de Direito da UFRGS que me proporcionou uma graduação, um grande crescimento pessoal e a possibilidade de conhecer pessoas incríveis. A todos os meus amigos, em especial, aqueles que se tornaram minha família porto-alegrense e fizeram destes cinco anos, um tempo feliz e especial de ser vivido. Um muito obrigado, ainda, a minha companheira de apartamento, Uhry, com quem eu dividi e divido há 16 anos minhas felicidades, angústias, conquistas e, principalmente, o sonho da federal.

Agradeço, também, a todos os professores que participaram da minha formação enquanto bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais. Em especial, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin, por toda ajuda na elaboração deste trabalho, pela atenção, por tantos ensinamentos e por ser um dos responsáveis a despertar em mim a paixão por processo civil. Tenho uma grande admiração pelo senhor.

Agradeço, por fim, a todos os professores que fizeram parte da minha vida de alguma forma. Grande parte do que eu sou hoje tem um pedacinho de cada um de vocês.

A todos vocês, meu mais sincero, muito obrigada.

RESUMO

A presente monografia objetiva analisar o art. 139, IV do Novo Código de Processo Civil, responsável por consagrar o princípio da atipicidade dos meios executivos, determinando que cabe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Assim, o artigo permite ao juiz a possibilidade de aplicação de medidas executivas não expressamente previstas em lei. A novidade do dispositivo referido está na aplicação de medidas executivas em prestações de pagar quantia, hipótese que não era antes prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro. A partir deste estudo, buscar-se-á entender quais são os parâmetros do magistrado na aplicação de tal dispositivo legal, de forma que a tutela jurisdicional seja efetivada para o exequente, sem que, contudo, haja arbitrariedades por parte do juiz que violem os direitos do executado. Trata-se de uma importante cláusula geral de efetivação que vem consolidando, cada vez mais, a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos. Para este estudo, predominantemente teórico, utilizou-se o método qualitativo, com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como elementos de informação.

Palavras-chave: Processo civil. Artigo 139, inciso IV, CPC. Meios executivos. Atipicidade. Tutela jurisdicional. Limites.

ABSTRACT

The present monography aims to analyze the article 139, IV from the New Code of Civil Procedure, responsible for consecrating the principle of atypicality of the executive means, establishing that is up to the judge to appoint all the inductive, coercive, writ and sub-rogatory means needed to secure the fulfilment of the judicial order, including the actions that aim pecuniary charge. This article allows the judge to apply the executive means not clearly defined by law. The novelty of this device is in the application of executive means in pecuniary charges, hypothesis that wasn't envisioned before by the Brazilian legal system. From this study, it will be sought to understand the magistrate parameters in the application of this legal device, in a way that the judicial protection is effective to the creditor without, however, having arbitrariness from the judge that violates the rights of the judgment debtor. It is an important consummation general clause that is consolidating, more each time, the adequate, effective and timely judicial protection. For this study, mainly theory, it was used a qualitative method based in bibliographic and judicial research as information elements.

Keywords: Civil procedure. Article 139, incise IV, CPC. Executive means. Atypicality. Judicial protection. Limits.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	parágrafo
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgInt	Agravo Interno
art.	artigo
arts.	artigos
CNH	Carteira Nacional de Habilitação
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IPVA	Imposto sobre a propriedade de Veículos Automotores
Min.	Ministro
n.	número
nº	número
NCPC	Novo Código de Processo Civil
p.	página
PT	Partido dos Trabalhadores
Rel.	Relator(a)
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A (A)TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS E A TUTELA DOS DIREITOS	16
2.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA: DO CPC/73 ATÉ O CPC/15.....	17
2.1.1 O Código de Processo Civil de 1973	18
2.1.2 A reforma do Código Processual Civil de 1973	19
2.1.3 O Novo Código de Processo Civil de 2015	20
2.2 A TUTELA JURISDICIONAL E OS INSTRUMENTOS PARA A PRESTAÇÃO DE UMA TUTELA ADEQUADA, EFETIVA E TEMPESTIVA DOS DIREITOS	22
2.2.1 O processo na concretização de direitos	25
2.2.2 Prestação de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos	27
2.3 PRINCÍPIOS DA TIPICIDADE E DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS	29
3 PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	35
3.1 APLICABILIDADE DO ARTIGO	37
3.2 OS PARÂMETROS DO JUIZ NA APLICAÇÃO DO ART. 139, IV	42
3.2.1 Postulados normativos	45
3.2.1.1 Proporcionalidade	45
3.2.1.2 Razoabilidade.....	48
3.2.2 Princípios e Regras	49
3.2.2.1 Menor onerosidade possível ao devedor.....	49
3.2.2.2 Contraditório.....	52
3.2.2.3 Fundamentação adequada.....	54
3.2.3 Outros critérios	56
3.2.3.1 Análise do caso concreto	56
3.2.3.2 Demais diretrizes.....	58
3.2.3.3 Negócio Jurídico Processual	59
4 A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO ART. 139, IV E AS CORTES SUPERIORES	61
4.1 A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES.....	61
4.2 ANÁLISE DE DECISÕES DO STJ	63

4.2.1 Cassação de Carteira Nacional de Habilitação e de passaporte.....	63
4.2.2 Medidas atípicas na execução fiscal	68
4.2.3 Substituição da prisão civil por outras medidas atípicas.....	70
4.2.4 Multa diária	71
4.3 ADIn nº 5.941	73
5 CONCLUSÕES	76
REFERÊNCIAS.....	79
Anexo A – Inicial ADIn 5491	85

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), alterações importantes foram consagradas na legislação, em que se buscou, sobretudo, ajustar o processo civil aos valores e normas fundamentais dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil.

No que diz respeito ao procedimento executivo, uma das notórias mudanças está no artigo 139, IV, que, nos moldes do artigo 461, § 5º do Código anterior, consagrou a atipicidade dos atos executivos ao dispor que incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. A principal novidade está, justamente, nas obrigações de pagar quantia.

A atipicidade dos meios executivos, apesar de ser um instrumento importante a viabilizar a satisfação da obrigação exequenda, bem como a efetivação da tutela jurisdicional, autoriza o juiz a utilizar qualquer meio para obrigar o executado a cumprir uma obrigação. Confere-se, assim, a possibilidade ao magistrado de aplicar meios executivos não expressamente previstos em lei, podendo o magistrado fazer uso de sua discricionariedade após analisar o caso concreto. O dispositivo 139, IV do NCPC contém, portanto, um rol meramente exemplificativo, ou seja, abarca meios não expressamente previstos na legislação, mas que, ainda assim, são permitidos. Trata-se de uma cláusula geral, ou seja, uma espécie de indeterminação legislativa, que proporciona ao magistrado uma maior participação criativa na busca pela efetividade do direito tutelado.

Alguns exemplos da aplicação deste artigo já podem ser verificados na jurisprudência, como, entre outros, suspensão do direito do devedor de conduzir veículo automotor, inclusive com a apreensão física da CNH; suspensão de passaporte; bloqueio de cartões de crédito; vedação de contratação de novos funcionários por empresa devedora de verbas salariais; proibição de participação em concursos públicos.

Todavia, o uso de tal dispositivo legal impõe a observação de preceitos normativos que limitam a atuação do magistrado, garantindo não somente a efetivação do direito do credor, como também a inviolabilidade de direitos do devedor durante o processo executivo. Ou seja, partindo-se dos pressupostos processuais e constitucionais – que serão analisados ao longo deste trabalho –, não se pode permitir que o executado fique à mercê da atividade criativa do juiz sem a existência parâmetros que delimitem sua atuação. Sem isso, ter-se-ia a sujeição do executado ao puro arbítrio judicial. Ou seja, faz-se necessário resguardar a segurança jurídica na relação processual, sobretudo na seara executiva.

Nesse contexto, o presente trabalho, como objetivo geral, pretende entender como aplicar devidamente o art. 139, IV do NCPC nas execuções, de forma que a tutela jurisdicional possa ser efetivada para o exequente, sem que, contudo, haja arbitrariedade por parte juiz, uma vez que esse pode atuar e aplicar medidas que podem não estar expressamente previstas em lei.

A partir disso, o problema central que este estudo busca responder é o seguinte: tendo em vista o art. 139, IV do NCPC, quais são os parâmetros para o magistrado na aplicação da atipicidade dos meios executivos no intuito de proporcionar a efetivação da tutela jurisdicional ao exequente?

A hipótese levantada para tal estudo é no sentido de que essa possibilidade facultada ao juiz, por meio do art. 139, IV do NCPC, é efetiva e benéfica, quando respeitados certos limites – estudados neste trabalho, considerando que a necessidade de concretizar o direito do exequente não pode suprimir os direitos do executado.

Quanto ao modo de abordagem dessa pesquisa, será utilizado o método qualitativo, buscando-se a análise dessas questões a partir de literatura técnica sobre o assunto. Será realizada uma revisão bibliográfica e jurisprudencial para o desenvolvimento do estudo, bem como uma construção de bases teóricas para a validação de resultados.

Considerando que o presente trabalho é predominantemente teórico, será utilizado como procedimento técnico a pesquisa bibliográfica baseada,

especialmente, na análise de materiais especializados, tais como livros e artigos científicos. Ainda, será utilizada a pesquisa jurisprudencial, usando-se como base, por exemplo, julgados dos tribunais, sobretudo do STJ, como elementos de informação. Não serão analisados julgados de Tribunais locais, tendo em vista que este trabalho visa examinar decisões de Cortes que possuem a importante função constitucional de unificar a interpretação da legislação e de emitir precedentes vinculantes nesse âmbito.

Ademais, possíveis hipóteses que surjam ao longo da pesquisa serão recolhidas, analisadas e interpretadas para que se possa concluir invalidando, confirmando, ou modificando a hipótese inicial.

Dessa forma, o presente trabalho será dividido em três momentos principais.

Inicialmente, em um primeiro capítulo, serão explanadas temáticas introdutórias, abordando-se momentos históricos de reformas legislativas que contribuíram para a construção do Novo Código de Processo Civil e, por conseguinte, para a elaboração do art. 139, IV na sua atual redação. Ainda, será explanado o conceito de tutela jurisdicional, bem como sua importância no âmbito da execução civil. Será também analisado o processo como um meio para realização de direitos, complementando-se com a busca por uma tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos. E, por fim, uma análise acerca dos princípios da tipicidade e da atipicidade dos meios executivos.

Em um segundo capítulo, será analisado o art. 139, IV de modo geral, bem como sua aplicação. A partir de então, serão levantados os contornos que delimitam a atividade do juiz ao fazer uso de tal dispositivo normativo, o que inclui a análise de postulados normativos, princípios e regras e demais critérios a serem estudados.

Após, em um terceiro capítulo, a concretização judicial será examinada, de forma que serão explanados casos contextualizados à pesquisa realizada neste estudo, a partir de julgados oriundos do Superior Tribunal de Justiça, bem como será exposto de que forma a construção de precedentes é importante para a aplicação do art. 139, IV. Por fim, será estudada a ADIN nº 5.941, que defende a inconstitucionalidade do artigo objeto deste estudo.

Ao final, serão expostas as conclusões obtidas a partir do estudo do art. 139, IV do Novo Código de Processo Civil, que permitirá avaliar a hipótese inicial.

2 A (A) TIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS E A TUTELA DOS DIREITOS

É inegável o fato de que nem sempre as pessoas cumprem as suas obrigações e, principalmente, no mundo jurídico, obedecem a imperativos decorrentes do direito. A partir deste contexto, constitui-se, no âmbito do processo civil, o importante instituto da execução cuja finalidade, basicamente, é garantir o resultado prático de uma regra jurídica que não foi obedecida.¹

Todavia, um crédito insatisfeito não é suficiente para que se possa requerer atos executórios. A execução fundamenta-se na regra segundo a qual “*nulla executio sine título*”, ou seja, na ideia de que é necessária a existência de um título executivo, qual seja o reconhecimento de um direito.²

Uma vez que reconhecida a existência de um título executivo judicial ou extrajudicial, muitas vezes, o próprio título, por si só, é suficiente para a satisfação do direito reconhecido. Contudo, como referido acima, nem sempre a existência de um título executivo implica na obtenção direta da tutela do direito, ou seja, a parte credora não tem o seu direito imediatamente efetivado. Tal situação decorre de que o simples reconhecimento da existência de um título executivo, seja por sentença – título judicial – ou por documentos específicos dotados do reconhecimento do crédito – título extrajudicial – não é suficiente para efetivação do direito material no mundo dos fatos e que, por consequência, necessita de execução e técnica executiva.³ Pode-se concluir, portanto, que a função jurisdicional de um juiz manifesta-se tanto no ato de julgar, como no ato de realizar direitos em geral.⁴

Nesse contexto, a atividade executiva pode ser espontânea, quando o devedor cumpre voluntariamente o direito reconhecido do credor, ou forçada,

¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 2-4.

² *Idem*. p. 8.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. 2. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 737-738.

⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo**. Atualizado por: SILVA, Jaqueline Mielke; SILVA, Luiz Fernando Baptista da. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 301.

quando necessário se faz o uso de medidas executivas.⁵ Essas atuam como instrumentos que impõem o cumprimento de um dever reconhecido judicialmente.⁶ Trata-se da função jurisdicional executiva exercida pelo juiz, que busca, sobretudo, a concretização de fatos a partir de uma regra jurídica, fazendo uso da força estatal - uma vez que a autotutela é, em regra, considerada proibida. Como consequência, pode haver uma invasão tanto na esfera patrimonial como na esfera pessoal do executado, a fim de se fazer cumprida a obrigação.⁷

Nesse contexto, antes de adentrar à especificidade deste trabalho – qual seja o art. 139, IV do CPC – serão explicitadas definições de conceitos jurídicos e noções fundamentais para a compreensão do tema. Com isso, o presente capítulo pretende demonstrar a importância da execução para a efetivação das tutelas, explanando-se um panorama histórico acerca da atividade executiva e sua evolução legislativa. Ainda, será estudada a importância da tutela jurisdicional, a função do processo na concretização dos direitos e a prestação da tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos. Por fim, serão analisados os princípios da tipicidade e da atipicidade dos meios executivos e sua influência na efetivação da tutela do direito.

2.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA: DO CPC/73 ATÉ O CPC/15

A evolução do processo executivo nos últimos tempos sofreu importantes modificações. Essas alterações, no que diz respeito às medidas executivas, podem ser divididas em três grandes momentos: a) o Código de Processo Civil de 1973; b) a reforma do Código Processual Civil de 1973; c) o Novo Código de Processo Civil de 2015, atualmente vigente.

⁵ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: execução, v. 5. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 45.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, v. 2. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 777.

⁷ ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 19 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 135-138.

2.1.1 O Código de Processo Civil de 1973

A concepção de execução no CPC/73 em sua versão original, mais especificamente acerca dos meios executivos, constituía um modelo dotado de baixa efetividade. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

um Código de Processo Civil que se omite em fornecer ao jurisdicionado e ao juiz as técnicas processuais executivas indispensáveis às tutelas prometidas pelo direito material, além de desconsiderar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, nega ao juiz o uso de instrumentos necessários ao exercício de seu poder.⁸

Ao juiz, por receio de arbítrio, bem como uso indevido do poder jurisdicional, fora concedida pouca liberdade. Nesse contexto, vigorava a ideia de que os meios executivos a serem aplicados deveriam estar expressamente previstos em lei, conforme estabelecia o denominado princípio da *tipicidade das técnicas executivas*⁹ não havendo qualquer espaço para a escolha de um meio executivo que fosse mais adequado ao caso concreto.¹⁰

Cada uma das obrigações – fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia – tinham seus procedimentos devidamente tipificados, dispondo rigorosamente em lei acerca de quais meios poderia utilizar o juiz e em qual circunstância.¹¹ O magistrado não poderia moldar o procedimento de acordo com a necessidade do direito, devendo limitar-se ao que estava disposto na legislação.¹²

Mitidiero entende que esse posicionamento se dava em virtude da busca pelas garantias da liberdade, uma vez que, com a previsão legislativa, garante-se a não violação na esfera jurídica da parte, possibilitando o ideal de não intervenção do Estado nos domínios do indivíduo, salvo quando expressamente permitido em lei.¹³

Trata-se de uma influência muito clara do processo civil clássico, momento em que se entendia que a lei deveria dar um tratamento igualitário a todas as

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, v. 2. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 758.

⁹ *Idem*. 762-763.

¹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29.

¹¹ *Idem*. p. 29-30.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 386.

¹³ MITIDIERO, Daniel. **La Justicia civil en el Estado Constitucional**: diálogos para un diagnóstico. v. 3. 1 ed. Peru: Palestra Editores, 2016. p. 43-44.

peçoas, sem muitas considerações acerca das particularidades da realidade social de cada um. Buscava-se, sobretudo, a certeza do direito. Ao juiz não caberia decidir com certa discricionariedade, mas sim, sempre atrelado a alguma norma preexistente, garantindo-se a segurança jurídica.¹⁴

A ideia de um direito liberal acabava por limitar os poderes do magistrado. Além de dispor quais eram os meios executivos possíveis de serem utilizados, a lei evidenciava que nenhuma outra medida que vislumbresse a efetivação de uma decisão judicial poderia ser tomada.¹⁵

Contudo, com a evolução da sociedade, a insuficiência do sistema típico de tutela executiva foi notória. A inexistência de meios executivos adequados a garantir a satisfação do direito acabava afetando a prestação de uma tutela devida. Ainda que a ideia de tipicidade dos meios executivos seguisse preceitos como da legalidade – visando à certeza e à segurança jurídica –, viu-se que não seria possível fixar em lei todas as medidas a serem aplicadas pelos juízes, diante das transformações constantes das relações sociais a serem tuteladas pelo direito.¹⁶

2.1.2 A reforma do Código Processual Civil de 1973

Em 1988, com a promulgação da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, a superação desse modo de pensar o processo foi inevitável. A nova Carta Magna zelou pelo direito processual, em especial, a tutela constitucional do processo, objetivando assegurar um processo justo, de resultados efetivos.¹⁷

Como consequência, em um segundo momento, a CRFB/88 acabou motivando o movimento de reformas do CPC/73 (“minirreformas”), com a inserção dos artigos 461, § 5º (Lei 8.952/94)¹⁸ e 461-A, § 3º (Lei 10.444/2002)¹⁹. Tais

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 25-28.

¹⁵ *Idem*. p. 29.

¹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 57-60.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2001. p. 27.

¹⁸ BRASIL. **Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm. Acesso em: out. 2019.

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10444.htm. Acesso em: out 2019.

dispositivos legais proporcionaram ao juiz um arsenal exemplificativo de medidas executivas, podendo o magistrado, julgando adequada, optar por alguma medida diferente das previstas em lei, em prestações de fazer, não fazer e entregar coisa.²⁰

Visando à efetividade do processo, a reforma do CPC/73 foi de extrema importância na busca por meios adequados que proporcionassem a devida prestação de uma tutela jurisdicional. Para Guerra, essa insuficiência do sistema de tipicidade das medidas executivas revelava-se, inclusive, como violadora ao direito fundamental à tutela efetiva.²¹

Iniciava-se um novo momento, em que os temores de o Estado atuar com excessos de poder foram substituídos por uma ideia de atuação em benefício do jurisdicionado. Ou seja, vê-se a prevalência da efetividade sobre a segurança. Como consequência, o juiz passou a receber do legislador uma maior liberalidade na participação da efetivação de direitos. Constatou-se mais uma vez que o legislador não poderia prever procedimento para todas as necessidades de direito material passíveis de tutela. Assim, o caso concreto passou a ser considerado um fator determinante na aplicação das medidas executivas. Dava-se, então, início à concretização do princípio da atipicidade dos meios executivos.²²

Tratava-se de um avanço importante – em que pese ainda não ideal – na efetivação das execuções. Dessa forma, inaugurou-se uma nova fase no sistema processual executivo, de *convívio dos princípios da tipicidade e da atipicidade das técnicas executivas*.

2.1.3 O Novo Código de Processo Civil de 2015

Mesmo que os avanços tenham sido significativos na efetivação da tutela do direito, ainda assim havia falhas em alguns pontos específicos, como por exemplo, na prestação de pagamento de quantia. A atipicidade dos meios executivos já se

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. 2, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 754-768.

²¹ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 61.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. 2., 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 754-768.

consolidava nas prestações que tinham por objeto fazer, não fazer e entregar coisa. Contudo, considerando o tratamento dado às prestações pecuniárias, o sistema processual brasileiro ainda se encontrava atrelado à tipicidade das técnicas executivas.²³

O resultado voltou-se para uma série de problemas envolvendo a efetivação das obrigações de pagar quantia. Havia dificuldade em encontrar bens para execução; o devedor, em muitos casos, ocultava seu patrimônio penhorável a fim de esquivar-se da obrigação; a lentidão dos atos executivos e a burocracia exigida do procedimento previsto em lei acabavam por onerar o credor, tendo em vista que seu crédito não seria satisfeito tão facilmente. Ou seja, considerando os novos ditames do Estado Constitucional de direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, as reformas do CPC/73 ainda mostravam-se insuficientes.²⁴

Entendeu-se, cada vez mais, que a natureza do direito material influenciava diretamente na técnica processual a ser utilizada. Guerra já enfatizava, no ano de 2003, a importância da atipicidade dos meios executivos nas prestações pecuniárias:

[...] não há nenhuma razão para se dispensar um tratamento privilegiado aos credores de obrigações de fazer ou não fazer, em relação aos demais. Revela-se, assim, anti-isonômico que o credor de obrigações de fazer ou não fazer possa receber tutela executiva de modo mais eficaz, com a utilização de meios executivos adequados à situação concreta e concebidos pelo Juiz caso a caso. Impõe-se, portanto, também em face do princípio constitucional da isonomia (igualmente dotado de status de direito fundamental), a extensão dos poderes reconhecidos ao Juiz no mencionado §5º do art. 461 do CPC/1973, a toda e qualquer situação de tutela executiva independentemente da natureza do crédito a ser satisfeito *in executivis*.²⁵

Iniciou-se, assim, um terceiro momento, marcado pela promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Apesar de muitos fatores do código anterior terem sido mantidos, houve um avanço importante no que diz respeito à aplicação de meios executivos, como consequência de um questionamento à tipicidade. Foram instituídas as regras processuais abertas, em que se permite ao juiz o uso de técnicas executivas conforme a exigência do caso concreto, inclusive em relação à

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 367-370.

²⁴ *Idem*. p. 370.

²⁵ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 152.

obrigação de pagar quantia (embora se discuta a extensão dessa abertura) contribuindo para uma grande efetividade da execução.²⁶ O grande avanço, nesse sentido, está presente no art. 139, IV do CPC/15, conforme será posteriormente analisado.

O novo Código processual proporcionou uma ressignificação da atividade jurisdicional, de forma que se valorizou a busca pela proteção dos direitos e a garantia da prestação da tutela postulada em juízo, de forma adequada e efetiva.²⁷

Evidenciou-se, assim, uma evolução legislativa no sentido de melhor atender as particularidades das mais variadas situações de direito substancial, permitindo-se o uso de medidas executivas de acordo com a tutela específica de direito.²⁸ Trata-se de uma importante ruptura de paradigmas no modelo processual civil brasileiro, em que há, de vez, a consagração do princípio da *atipicidade dos meios executivos*, como será visto nos próximos capítulos.

2.2 A TUTELA JURISDICIONAL E OS INSTRUMENTOS PARA A PRESTAÇÃO DE UMA TUTELA ADEQUADA, EFETIVA E TEMPESTIVA DOS DIREITOS

A devida prestação da tutela jurisdicional, inegavelmente, tornou-se uma das mais importantes concepções dentro de qualquer ordenamento jurídico. A partir da teorização de seu conceito, permite-se, cada vez mais, a consagração de seus objetivos dentro do sistema judicial e, mais especificamente, dentro do sistema processual civil.

A tutela jurisdicional, na visão de Yarshell, conceitua-se como “os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material – em favor do vencedor”. Ou seja, seria o resultado final da

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, v. 2, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 769-775.

²⁷ *Idem.* p. 370-371.

²⁸ *Idem.* p. 71.

atuação do Poder Judiciário em favor de quem tem razão na demanda discutida em juízo.²⁹

Não caberia estabelecer, contudo, que a tutela jurisdicional designa apenas o resultado do processo. Esse instituto, igualmente, precisa designar meios capazes de garantir a obtenção desse resultado, que estariam relacionados aos procedimentos necessários e adequados à natureza do direito substancial.³⁰

Cumprе ressaltar que a tutela jurisdicional está intimamente ligada à tutela dos direitos. O Estado possui o importante dever de proteger a tutela dos direitos, que se dá não somente pelas normas como também por atividades fático-administrativas. Pensando nesse dever, o Estado precisa dispor de condições que irão garantir a devida prestação da tutela dos direitos fundamentais. Dessa forma, cabe também ao legislador prever técnicas processuais que permitam o efetivo alcance da tutela jurisdicional. Inclusive, na ausência dessas técnicas, permite-se ao juiz suprimir a omissão da lei, tendo em vista o direito fundamental à tutela dos direitos.³¹

Basicamente, não basta somente garantir o acesso ao Judiciário, mas sim dar uma resposta efetiva à narrativa trazida, criando-se meios adequados para que a tutela jurisdicional buscada em juízo disponha de efetividade.³² Ou seja, não basta o reconhecimento do direito, é necessário a sua efetivação no mundo dos fatos.

Fatores como a qualidade dos serviços jurisdicionais, bem como a tempestividade e a efetividade da tutela requerida compõem habilitações para oferecer resultados úteis e satisfatórios àqueles que buscam seus direitos mediante o processo executivo. Cabe ao juiz dar efetividade ao direito, sob pena de o processo tornar-se um mero exercício ineficaz de lógica jurídica. Ou seja, não é suficiente garantir o mero reconhecimento do direito material. É necessário, ainda,

²⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 28.

³⁰ *Idem*. p. 30-32.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.75-79.

³² PEREIRA, Maurício. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: o recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/1015. **Revista dos Tribunais**. v. 286, p. 299-324, 2018.

garantir um tratamento adequado e efetivo, que possibilite a produção de bons resultados e, por conseguinte, a obtenção de Justiça.³³

Ademais, a prestação devida da tutela dos direitos passa por questões como a busca pela igualdade, a unidade do direito e a segurança jurídica, que fundamentam a organização de um processo destinado à prolação de uma decisão justa e a formação de precedentes judiciais. Dessa forma, a tutela dos direitos cabe não somente às partes no processo, mas também à sociedade em geral, por meio, respectivamente, de uma decisão justa – a partir de técnicas executivas adequadas para sua efetividade – e o precedente judicial. É possível tutelar os direitos em um âmbito particular e em um âmbito geral.³⁴ Essa matéria será, contudo, mais aprofundada no capítulo 4.1.

Neste contexto, é indispensável examinar o processo e suas técnicas. Uma vez que os procedimentos processuais se mostram inadequados para a concretização de direitos, é de se concluir que sua produção é insuficiente. Incumbe ao processo fornecer técnicas adequadas, para, assim, garantir a prestação de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos, conforme será posteriormente analisado.³⁵

Em suma, defende-se que o ordenamento jurídico – sobretudo no que diz respeito aos diplomas processuais – tenha instrumentos disponíveis e adequados que sejam efetivos na concretização de direitos.³⁶ Como enfatiza Barroso, na esteira de Rudolf von Jhering, todos os ramos da ciência jurídica, – e o conjunto de valores, bens e direitos que ele tutela – existem para realizar-se.³⁷

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 205-208.

³⁴ MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista dos Tribunais**, v. 229., 2014, p. 51-74.

³⁵ PEREIRA, Maurício. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: o recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/1015. **Revista dos Tribunais**, v. 286, p. 299-324, 2018.

³⁶ CORDEIRO, Carlos José. A era neoprocessual do processo civil e a relação com a teoria tridimensional do direito, ilustradas pela análise do inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 989, p. 349-376, 2018.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, n. 5, 2000. p. 42.

2.2.1 O processo na concretização de direitos

Neste contexto, entende-se o processo como um importante instrumento nessa busca pela efetivação da tutela dos direitos.

Do ponto de vista sociológico, processo conceitua-se, basicamente, como um mecanismo social organizado para julgar conflitos,³⁸ sendo destinado a um órgão específico – no caso, de poder estatal, o Judiciário – composto por mecanismos variáveis em cada ordenamento jurídico.³⁹ Do ponto de vista mais prático, trata-se de uma forma de heterocomposição de conflitos, em que, junto aos litigantes, há um terceiro na condição de representante da sociedade política que não possui interesses no conflito e, por isso, detém a condição de solucioná-lo, garantindo a legitimidade do processo.⁴⁰

Entretanto, cabe aqui um ponto de vista mais processual. Trata-se de um meio para que o Estado desenvolva seu poder-dever de prestar uma tutela jurisdicional, sobretudo tutela aos direitos. Não se trata somente de uma relação jurídica, mas sim, de um instrumento fundamental para o desenvolvimento da democracia.⁴¹ Sua finalidade está voltada essencialmente para a efetiva realização do direito material. É uma relação constituída que permite ao Poder Judiciário cumprir sua função de conservar e promover a efetivação da tutela postulada em juízo.⁴²

A importância do processo está justamente na sua finalidade. O autor, ao propor a demanda judicial, busca o reconhecimento da existência de um direito material e sua tutela,⁴³ possibilitando que seja feita a devida Justiça. O processo

³⁸ CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica**. Trad. Diego Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979. p.176.

³⁹ CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica**. Trad. Diego Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979. p.176. p.177.

⁴⁰ ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 19 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 109.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil, v. 1, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 440-441.

⁴² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e Prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 93.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil, v. 1, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 313.

deve ser visto como um meio para a garantia da tutela de direitos, movimentado de acordo com os ditames constitucionais.⁴⁴

Sendo o processo esse instrumento, devem-se considerar quais objetivos são buscados na sua utilização, uma vez que todo instrumento é um meio, e, assim sendo, legitima-se de acordo os fins a que se destina.⁴⁵ No caso do presente trabalho, tal raciocínio teleológico é fundamental quando se considera que o processo executivo tem a função essencial de buscar a efetivação de um direito que está sendo tutelado em juízo.

Outrossim, como referido anteriormente, considerando os ditames de um Estado constitucional baseado na segurança jurídica, a finalidade do processo civil também está na efetividade dos direitos proclamados pela ordem jurídica. Trata-se de uma importante função que não engloba apenas o reconhecimento da tutela de direitos em âmbito particular, com a proteção de direitos individuais ou transindividuais reconhecidos por decisão justa e, sendo necessário, adequadamente efetivados, mas também visa dar unidade ao direito mediante a construção de precedentes judiciais. Assim, são duas formas de dar tutela aos direitos e que se encontram diretamente vinculadas ao processo civil.⁴⁶

É o processo, aliás, que garante que o exercício da tutela dos direitos não seja arbitrário ou abusivo. A regulação processual auxilia o Estado na sua função de promover e garantir a ordem estatal, bem como preservar a segurança jurídica, garantindo a efetivação de direitos fundamentais. Sem o processo, caberia ao direito material à autotutela, em que a solução de conflitos dar-se-ia por uma relação de forças e não por uma justiça com poder e critérios legais garantidos pelo Estado.⁴⁷

Ademais, é essencial que, para bem atender a uma particular situação de direito substancial, faz-se necessária a variedade de procedimentos e, sobretudo, de

⁴⁴CORDEIRO, Carlos José. A era neoprocessual do processo civil e a relação com a teoria tridimensional do direito, ilustradas pela análise do inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 989, p. 349-376. 2018.

⁴⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 181.

⁴⁶MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista dos Tribunais**, v. 229., 2014, p. 51-74.

⁴⁷OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e Prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 92-94.

técnicas processuais. Para tal, por exemplo, são utilizadas técnicas executivas diferenciadas e qualificadas a concretizar o direito particular em questão.⁴⁸ Na visão de Mitidiero, o processo necessita adequar-se às peculiaridades dos direitos, garantindo Justiça à proteção do direito material.⁴⁹

De fato, no direito brasileiro, todas as tutelas são concretizadas de acordo com suas particularidades. Contudo, nenhuma se dá sem a colaboração do processo, seja em menor ou maior escala.⁵⁰

2.2.2 Prestação de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos

Não basta, contudo, apenas estudar o processo. Revela-se importante, também, atentar-se para a forma como ele se dá. Conforme já rapidamente mencionado, a prestação da tutela, por meio do sistema processual, deve ser, sobretudo, adequada, efetiva e tempestiva. Trata-se de um direito fundamental, previsto constitucionalmente, que visa estabelecer proteção a uma devida prestação jurisdicional.⁵¹

Quando há referência a uma tutela adequada, infere-se que essa atenda às necessidades do direito material discutido em juízo. É imprescindível a análise do caso concreto, para que, assim, seja dado um provimento adequado à situação posta em causa. Considera-se o vínculo teleológico entre o meio e o fim, qual seja, o instrumento processual e o direito material postulado. Como exemplo da adequação, citam-se os ritos especiais, a cognição adequada, bem como as técnicas processuais.⁵²

Cabe destacar que o CPC/15 permite não somente que o juiz faça a adaptação judicial, sendo permitindo que as próprias partes acordem sobre os

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos extraordinários, v. 3. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 43-44.

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos, v. 14, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 161.

⁵⁰ *Idem*. p. 163.

⁵¹ *Idem* p. 92.

⁵² *Idem* p. 92-93.

ditames do processo da forma que melhor lhes convenha.⁵³ Seria o caso, por exemplo, do negócio jurídico processual (art. 190, CPC) e do calendário processual (art. 191, CPC).

No que tange à efetividade, não basta que o direito seja reconhecido, é preciso que ele seja efetivado no mundo dos fatos. A prestação devida de uma tutela jurisdicional está ligada diretamente ao resultado do processo. Para tal, exige-se um sistema completo de tutela executiva, em que existam meios capazes de garantir a satisfação de um direito.⁵⁴ Trata-se de um direito fundamental – disposto no art. 5º, XXXV da CRFB⁵⁵ – que assegura o direito a mecanismos adequados capazes de dar eficácia às decisões judiciais, ou seja, fazer o direito reconhecido realizar-se no plano dos fatos. Trata-se de um elemento intrínseco à atividade judicial do Estado.⁵⁶

A efetividade dispõe de dois aspectos importantes: (I) vislumbrar o processo de acordo com o direito material; (II) garantir não somente uma tutela repressiva como também uma tutela preventiva dos direitos. Além disso, efetividade não é sinônimo de resolução de conflitos apenas via processo. A promoção da tutela jurisdicional pode se dar também a partir da solução consensual, por meio da autocomposição, instrumento que dispõe de ampla efetividade quando auxiliada por conciliadores e mediadores.⁵⁷

Quanto à tempestividade, há a notória necessidade de que o resultado do processo seja alcançado em tempo razoável. Não é considerada efetiva uma tutela prestada em destempo. Trata-se, inclusive, de um dever constitucional do Estado⁵⁸ e de um direito fundamental – o princípio da razoável duração do processo (art. 5º,

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 167.

⁵⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 102.

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: nov. 2019.

⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto?”. **Revista dos Tribunais**, v. 281, 2018. p. 141-167.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 167-169.

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 94-95.

LXXVIII).⁵⁹ Nesse sentido, leva-se em consideração a natureza do processo, a complexidade, o comportamento das partes, a atividade judiciária, bem como a fixação de prazos.

Tempestividade não é necessariamente sinônimo de instantaneidade, uma vez que alguns casos necessitam de mais tempo de tramitação. É preciso que o legislador disponha em lei e que o juiz aplique medidas processuais que garantam a prestação de uma tutela jurisdicional em tempo razoável. Não quer dizer, todavia, que o magistrado não deva zelar pela solução rápida do litígio.⁶⁰ Dessa forma, nas palavras de Nery, busca-se não uma “justiça ‘fulminante’, mas apenas uma ‘duração razoável do processo’, respeitados os demais valores constitucionais”.⁶¹

É inegável que a prestação de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos passa diretamente pelo uso das devidas técnicas executivas. Sendo assim, cabe aos próximos capítulos o estudo acerca de medidas executivas e sua importante atuação dentro de um processo de execução.

2.3 PRINCÍPIOS DA TIPICIDADE E DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

Liebman, ao comentar o art. 999 do Código de Processo Civil de 1939, já apontava para a necessidade de se buscar meios adequados para compelir o devedor a cumprir suas obrigações. Nesse sentido, citava as *astreintes*⁶² (origem francesa), o *contempt of court*⁶³ (origem inglesa) e possibilidade de prisão (origem alemã) como possíveis medidas. O teórico defendia que cabia ao direito brasileiro a

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: out. 2019.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 169-170.

⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Os Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 326-333.

⁶² Caracteriza-se como uma medida coercitiva que visa induzir o devedor a cumprir uma obrigação por meio de uma quantia determinada por cada dia de inadimplemento, detendo um caráter patrimonial. É uma obrigação acessória, uma vez que busca o cumprimento da obrigação principal. GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 108-115.

⁶³ Trata-se de uma técnica de execução indireta que visa dar maior efetivação às decisões judiciais, tradicional em países da *Common Law*. Os tribunais utilizam este instituto para preservar sua autoridade e garantir a prestação da tutela jurisdicional de forma eficaz. *Idem*. p. 70-73.

implementação de medidas nesse sentido, mediante o reiterado descumprimento de ordens judiciais.⁶⁴

Como já tratado anteriormente, por muito tempo, dentro do processo civil, vigorou a concepção de que, durante a execução, o magistrado deveria valer-se de meios tipicamente previstos em lei para garantir a concretização do direito reconhecido,⁶⁵ como é o caso do CPC/73. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o direito limitava-se à lei, ou seja, a uma norma geral e preexistente a ser aplicada aos casos concretos. Considerava-se o ordenamento jurídico algo completo e coerente, em que o juiz poderia solucionar qualquer caso aplicando as normas gerais.⁶⁶

Tal ideia era marcada pelo receio de que o juiz tomasse decisões arbitrárias, sendo uma maneira de controlar sua atividade.⁶⁷ Para Marinoni, a lei, ao limitar a atividade executiva do juiz, serviria como uma garantia de justiça no processo.⁶⁸ O detalhamento da legislação seria uma forma de garantir a imparcialidade do juiz, bem como a previsibilidade da atuação do Estado.⁶⁹ Trata-se do chamado princípio da tipicidade dos meios executivos.

Yarshell conceitua o termo “tipo” como “formas de ordenação da realidade em estruturas ou esquemas representativos do que é essencial entre os elementos que se põem ao conhecimento”, caracterizando não somente aquilo que é recorrente e homogêneo como também aquilo que é peculiar e próprio.⁷⁰ No Direito, trata-se de um mecanismo de pensamento que representa aspectos da realidade, auxiliando na resolução de problemas.⁷¹

⁶⁴ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 162.

⁶⁵ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 99-100.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, v. 1, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 104.

⁶⁷ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 99-100.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle do poder executivo do juiz**. Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.225.

⁶⁹ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 158.

⁷⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 39-40.

⁷¹ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 159.

Neste contexto, dentro de um ordenamento jurídico, é impossível para o legislador representar tudo o que há na realidade, todas as particularidades dos casos concretos e, por conseguinte, todas as medidas executivas que tornem possíveis os direitos merecedores de execução.⁷²

Assim, o princípio da tipicidade dos meios executivos vem sendo substituído pelo princípio da atipicidade dos meios executivos, ou seja, quando não há uma definição explícita e prévia pelo legislador acerca de quais medidas executivas podem ser utilizadas nas execuções.⁷³ Tal ideia confere mais poderes ao juiz, tratando-se de uma tendência que busca, sobretudo, considerar o meio executivo mais adequado para o caso concreto, de forma a melhor garantir a efetivação do direito material.⁷⁴ É uma novidade a ser constatada no Código de Processo Civil de 2015.

Como consequência, a atipicidade dos meios executivos confere maior poder ao magistrado, tornando a atividade do juiz mais complexa e sofisticada de ser controlada. Esse controle deve considerar não somente o direito do autor como também a esfera jurídica do demandado.⁷⁵

Trata-se de um movimento de inserção de cláusulas abertas que permite ao legislador depreende-se de formular um processo que preveja todas as situações possíveis dignas de tutela. Ao legislador caberia garantir ao juiz técnicas processuais sem nenhuma ligação a uma espécie predeterminada de direito.⁷⁶ É importante ressaltar que tal atipicidade, entretanto, não significa uma execução sem parâmetros de controle.⁷⁷

⁷² GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

⁷³ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 168.

⁷⁴ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: execução, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 100.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil, v. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 137-138.

⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. **La Justicia civil en el Estado Constitucional**: diálogos para un diagnóstico. v. 3, 1 ed. Peru: Palestra Editores, 2016. p. 94-97.

⁷⁷ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 158.

A lei brasileira não prevê expressamente a adoção da tipicidade ou da atipicidade no procedimento executivo. Essa informação deduz-se pela leitura do que foi estabelecido pelo legislador e pela classificação da doutrina.⁷⁸ Guerra é um dos autores que faz uma classificação doutrinária explicando a relação entre medida executiva e tipicidade:

Pode-se dizer, com relação a um conjunto qualquer de providências jurisdicionais, que ele consiste em um sistema:

- a) *típico*, quando as providências que o compõem são tipificadas em lei;
- b) *atípico*, quando as providências que o integram são determinadas pelo juiz;
- c) *misto*, quando é construído por providências típicas (predeterminadas na lei) e atípicas (determinadas pelo juiz, caso a caso).⁷⁹

Considerando que o processo executivo civil brasileiro adota tanto procedimentos típicos quanto atípicos, caberia dizer que se trata de um sistema misto, de acordo com a classificação de Guerra.⁸⁰

Quanto a esse tema que ainda gera divergências dentro da doutrina, cabe ressaltar ao menos três perspectivas de importantes processualistas e suas concepções acerca de qual seria a melhor maneira de aplicação da atipicidade dos meios executivos.

Didier Jr. compreende que o uso das medidas executivas nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa é, em regra, atípico. Contudo, esclarece que quando se trata de prestações de pagar quantia certa, a atipicidade deve ser aplicada de forma subsidiária à típica. Entende o autor que se mostra necessário observar o enunciado n. 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC),⁸¹ segundo o qual:

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

⁷⁸ *Idem*. p. 163.

⁷⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29.

⁸⁰ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 164.

⁸¹ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: execução, v. 5., 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 104-108.

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.⁸²

Ou seja, enfatiza Didier Jr. et al. (2017) para a necessidade de que, inicialmente, seja sempre observada a tipicidade dos meios executivos nas obrigações de pagamento de quantia certa, sendo permitido, entretanto, o uso da atipicidade de forma subsidiária.⁸³

Já Araken de Assis, por sua vez, compreende que a atipicidade dos meios executivos não seria cabível. Menciona haver possibilidade de violações constitucionais, entendendo como algo ilegítimo a tentativa de conceber uma medida executiva de acordo com o caso concreto, favorecendo uma ou outra parte. Defende o autor que a adequação do meio para efetivar a tutela que está sendo postulada em juízo não é dispensável, porém, deve ser feita no âmbito da tipicidade.⁸⁴ Araken (2015) refere que foi justamente a quantidade de execuções sem progresso algum no Judiciário que acarretou em arbitrariedades como essa – a atipicidade dos meios executivos. Aponta que sequer o uso subsidiário seria possível, uma vez que não há em lei qualquer indicação acerca de tal entendimento.⁸⁵

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, em contrapartida, entendem que o Código de Processo Civil de 1973 proporcionou uma quebra do princípio da tipicidade, especialmente a partir dos arts. 461 e 461-A. Apontam que de acordo com a evolução do sistema processual, a tipicidade, naquele período, não poderia ter mais espaço, de forma que, hoje, os meios típicos já estão superados dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, exaltam o uso da atipicidade das medidas executivas, ressaltando que para o processo ser efetivo, considerando as mais variadas formas de direitos substanciais que existem, é necessário não somente que existam procedimentos diferenciados como também que o juiz

⁸² FARIA, Marcio. Enunciado n. 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. 90 f., 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/38626407/Carta_de_Bras%C3%ADlia_FPFC_2019_-_Enunciados>. Acesso em: 01 nov. 2019.

⁸³ DIDIER JR. et al. **Curso de Direito Processual Civil**: execução, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 104-108.

⁸⁴ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 936-937.

⁸⁵ ASSIS, Araken, de. **Cabimento e adequação dos meios executivos “atípicos”**. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 129-130.

disponha da liberdade necessária para determinar o método executivo adequado ao caso concreto.⁸⁶

Dentro dessas perspectivas ainda não unânimes no âmbito processualista, um dos maiores exemplos da atipicidade dos meios executivos foi consagrado no Código de Processo Civil de 2015:⁸⁷ o art. 139, IV, objeto de estudo da presente pesquisa.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil, v. 2, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 762-764.

⁸⁷ Autores como Olavo de Oliveira Neto já defendiam a atipicidade dos meios executivos desde 2005, alegando ser possível ao juiz determinar uma medida não prevista em lei para garantir o cumprimento de uma decisão: “[...] como a suspensão de licença para conduzir veículos automotores. [...] Ora, quem não tem dinheiro para pagar o valor que lhe é exigido na execução, nem tem bens para garantir tal atividade, também não tem dinheiro para ser proprietário de veículo automotor e, por isso, não tem a necessidade de possuir habilitação. Com isso suspender tal direito só viria a atingir aqueles que, de modo sub-reptício, camuflam a existência de patrimônio com o deliberado fim de fugir à responsabilidade pelo pagamento do débito. [...] nada impede que aquele que necessita exercer tal direito para sua sobrevivência, como é o caso do motorista profissional, solicite ao juiz o afastamento da limitação de direitos”.

FLORES, Fábio Pereira; NETO, Pedro Bentes Pinheiro. Medidas executivas atípicas: um breve diálogo com as injunções na legislação dos estados da Califórnia e Nova Iorque. **Grandes Temas do Novo CPC** - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 162-163.

3 PARÂMETROS PARA APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O art. 139, IV do Novo Código de Processo Civil assim dispõe em sua redação:

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 [...].⁸⁸

Analisando o referido dispositivo normativo, cabe referir a classificação existente dos meios executivos como sub-rogatórios e coercitivos, uma vez que os meios mandamentais e indutivos inserem-se neles.⁸⁹ Sendo assim, esclarece-se, de forma sucinta, que meios sub-rogatórios – também denominados “meios de coerção direta” – são aqueles pelos quais o Estado-juiz prescinde da colaboração do executado para o cumprimento da ordem judicial, indo em desencontro com a vontade do devedor. Já a execução por coerção – também denominada “coerção indireta” – o Estado-juiz atua sobre a vontade do executado para forçá-lo ou incentivá-lo ao cumprimento da prestação devida.⁹⁰

Entende-se, ainda, que sua aplicação pode ser dar em ações que buscam efetivar prestação de fazer, não fazer, entregar coisa ou para efetivar prestação pecuniária, sendo essa a principal inovação trazida pelo artigo em questão.

Trata-se de um importante dispositivo normativo que visa garantir a efetividade das execuções, criando-se uma espécie de cláusula de poder geral de efetivação, o que, por consequência, amplia os poderes executivos do magistrado. Ao julgador caberá analisar profundamente e considerar a medida mais adequada para o caso concreto, observando-se as necessidades da tutela de direito

⁸⁸ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁸⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O Princípio da Patrimonialidade da Execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV do CPC. **Revista Diálogos**, Ceará, v. 2, n° 1, 2016.

⁹⁰ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: execução, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 50-51.

substancial.⁹¹ Inegavelmente, tal dispositivo proporciona um leque de possibilidades para o juízo.

Ao legislador, assim, coube a tarefa de buscar uma nova maneira de efetividade da decisão judicial, mediante a concessão de um poder de proporcionar medidas que não estão positivadas no ordenamento.⁹² Seria, portanto, uma atividade do legislador e do magistrado na busca pelo direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva.⁹³

A importância deste artigo está essencialmente na necessidade de a sociedade reivindicar uma tutela executiva mais satisfatória, capaz de adimplir a pretensão do credor. Entende que se não há a realização dos fatos no mundo empírico, as normas se tornam comandos vazios, algo que está em desacordo às garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.⁹⁴

Marinoni, Arenhart e Mitidiero apontam que a atipicidade dos meios executivos contribuiu para a celeridade dos meios executivos e a burocracia de procedimento, algo que, por consequência, implicava na insatisfação do crédito do credor e lhe causavam excessiva onerosidade. Essa insuficiência, os autores definem, inclusive, como inconstitucional.⁹⁵

Qualquer que seja o operador do Direito – seja ele juiz, advogado, membro do Ministério Público – não deve compreendê-lo como uma simples concatenação de proposições jurídicas, mas sim como um sistema complexo que abarca a realidade

⁹¹ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5., 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 102-104.

⁹² LEMOS, Vinícius Silva. A penhora e a sua função neutralizadora ao art. 139, IV, do CPC e as medidas atípicas. **Revista dos Tribunais Online**. v. 87, p. 123-148, 2018.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**. v. 1, nº 1, 2006. p. 68.

⁹⁴ NETO, Elias Marques de Medeiros. A aplicação das medidas executivas atípicas do art. 139, IV, do CPC/2015 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Revista dos Tribunais Online**. Revista de Processo, v. 286, p. 277-297, 2018.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. 2, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 768.

social. A interpretação da norma se dá de forma ideal quando considera os fatos históricos e sociais do caso concreto.⁹⁶

Basicamente, a ideia do legislador ao estipular regras nesse sentido é voltada, em especial, para o pensamento de que é impossível prever todas as necessidades que vão ser buscadas no Judiciário. Diante desse contexto, cabe dar aos juízes meios adequados para que possam ser identificados e utilizados de acordo com a necessidade do direito material. Conquistam-se, assim, mais chances de se garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.⁹⁷

3.1 APLICABILIDADE DO ARTIGO

A princípio, a implementação do artigo 139, IV no Novo Código de Processo Civil pode parecer algo trivial, entretanto, tal enunciado normativo veio para alterar significativamente a estrutura do processo civil, em especial, no que diz respeito à atividade executiva e à devida prestação de uma tutela jurisdicional.⁹⁸

Os meios executivos atípicos previstos em tal artigo podem ser determinados de ofício pelo juiz, requeridos pela parte exequente ou, até mesmo, pelo Ministério Público.⁹⁹

Importante referir que para alguns autores, o art. 139, IV, CPC aplica-se a qualquer atividade executiva, seja fundada em título executivo judicial, seja fundada em título executivo extrajudicial.¹⁰⁰ Todavia, esse pensamento não é unânime. Alguns entendem que pela redação do artigo dispor a ideia de ser aplicável a

⁹⁶ CORDEIRO, Carlos José. A era neoprocessual do processo civil e a relação com a teoria tridimensional do direito, ilustradas pela análise do inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 989, p. 349-376, 2018.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 1, nº 1, 2006. p. 70-71.

⁹⁸ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **A utilização da prisão civil como meio executório atípico**. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 95.

⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução da obrigação de pagar quantia certa - art. 139, IV, do NCPC. **Revista dos Tribunais**, v. 265, 2017. p. 107-150.

¹⁰⁰ DIDIER JR. et al. **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 105.

“ordens judiciais”, não caberia a utilização de medidas atípicas em execução de título extrajudicial, uma vez que não haveria, nesse caso, nenhuma “ordem judicial” veiculada.¹⁰¹

Não é de se desconsiderar, contudo, que o artigo 139, IV propõe claramente uma tentativa de ampliar as possibilidades do texto, e não de restringi-las.¹⁰²

Outros argumentos caminham no sentido de que, historicamente, nunca houve uma diferença entre a execução de uma obrigação reconhecida em um processo de conhecimento e um título executivo extrajudicial. Tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiram acerca do direito fundamental à execução, incluindo-se na tutela do crédito, de igual maneira, o título executivo judicial e o extrajudicial.¹⁰³

Interessante ainda citar a localização do artigo ora estudado. O dispositivo normativo 139, IV encontra-se na Parte Geral do CPC, nos preceitos em que discorre acerca dos poderes do juiz. Nesta senda, seria possível inferir que as medidas atípicas poderiam ser aplicadas em quaisquer procedimentos.¹⁰⁴ Quanto a este ponto, ressalta-se o enunciado n. 48 aprovado pela 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.¹⁰⁵

Vê-se que esse enunciado (como todos os demais), embora não tenha força vinculante, retrata o pensamento seguido por parte da doutrina.

¹⁰¹ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 191.

¹⁰² *Idem.* p. 191.

¹⁰³ ZANETI JR, Hermes. O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento a partir do caso concreto. **Revista Diálogos**, Ceará, v. 2, n° 1, 2016. p. 64-66.

¹⁰⁴ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 15.

¹⁰⁵ ENFAM. Enunciado n. 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

Ainda, a grande inovação do artigo trata-se de seu alcance, inclusive, em ações que tenham por objeto uma prestação pecuniária. Tal medida, antes mesmo de ser positivada, já era defendida por autores como Guerra, que, em suas obras, vislumbrava a ideia de que não haveria justificativa capaz de diferenciar o tratamento executivo dado os devedores de obrigações de fazer ou não fazer das demais. Em suas palavras “impõe-se, portanto, [...] a extensão dos poderes conferidos ao juiz [...] a toda e qualquer situação de tutela executiva, independentemente da natureza do crédito a ser satisfeito *in executivis*”.¹⁰⁶

Negar a atipicidade dos meios executivos em obrigação pecuniária e garanti-la nas demais espécies de obrigação, acarretaria em uma distinção da tutela jurisdicional. Não há cabimento permitir que a satisfação do direito dependa da espécie de obrigação exequenda.¹⁰⁷ Arenhart entende, inclusive, que tal distinção violava o instituto da isonomia, de forma que se dava mais atenção às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa do que às prestações pecuniárias.¹⁰⁸

Igualmente, grande parte da doutrina entende que o uso do artigo deve ser subsidiário, ou seja, em caso de ineficácia do meio típico. Entende-se que o certo seria uma tipicidade *prima facie*. Alguns autores entendem que a atipicidade utilizada como primeira tentativa para a efetivação de prestações implicaria em conferir muitos poderes ao juiz.¹⁰⁹

De igual maneira, no caso da tutela do crédito mediante pagamento de quantia certa, alguns autores entendem que se deve respeitar a seguinte lógica: aplicar, em primeiro plano, a regra procedimental típica dos arts. 824 do CPC e seguintes – penhora, avaliação e expropriação – e, em caso de inefetividade dessas

¹⁰⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 152.

¹⁰⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução da obrigação de pagar quantia certa - art. 139, IV, do NCPC. **Revista dos Tribunais**, v. 265, 2017. p. 107-150.

¹⁰⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto? ”. **Revista dos Tribunais**, v. 281, 2018. p. 141-167.

¹⁰⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto? ”. **Revista dos Tribunais**, v. 281, 2018. p. 141-167.

medidas, poderá o juiz buscar a adequação dos meios executivos, por meio do art. 139, IV e das medidas atípicas, visando a tutela do crédito.¹¹⁰

Ademais, dada a importância de tal artigo, na visão de Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira as medidas executivas atípicas poderiam ser impostas não somente ao executado, como também ao terceiro e ao próprio exequente. Entende o autor que, conforme disposto no art. 77, IV do CPC,¹¹¹ é dever de todos que de alguma forma participam do processo – o que inclui a execução – submeter-se aos comandos judiciais, cumprindo-os, quando lhes forem dirigidos, ou não obstante o seu cumprimento. Assim, o juiz lhes imporá algum meio executivo com o objetivo de ver cumprida sua ordem.¹¹² Logicamente, apesar desse entendimento, esclarece-se que o artigo ora estudado direciona-se, em regra, ao devedor. Dessa forma, a pesquisa analisará a aplicação do art. 139, IV sob a perspectiva de incidência sobre o executado.

Outrossim, conforme será demonstrado posteriormente, há o entendimento – inclusive jurisprudencial – acerca da possibilidade da aplicação de tal enunciado normativo nas ações penais.¹¹³ Quando necessário, o art. 3º do Código de Processo Penal¹¹⁴ autoriza o uso do Código de Processo Civil. Trata-se uma medida que pode auxiliar, sobretudo, em decisões que exijam alguma diligência, tanto na fase de investigação quanto na fase de instrução. Contudo, seu uso deve ser cauteloso. Aplicar o art. 139, IV, por exemplo, em sentença penal condenatória que determina prisão não seria cabível, uma vez que este procedimento já é devidamente regulamentado no âmbito penal.¹¹⁵

¹¹⁰ ZANETI JR, Hermes. O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento a partir do caso concreto. **Revista Diálogos**, Ceará, v. 2, nº 1, 2016. p. 63-64.

¹¹¹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

¹¹² DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 108-110.

¹¹³ Neste sentido: AgRg no RMS nº 54.105, Min. Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 09/05/2018 / AgRg no RMS nº 54.887, Min. Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/06/2018 / RMS nº 55.109, Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17/11/2017. AgRg no RMS 56706, Min. Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/06/2018.

¹¹⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹¹⁵ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 138-139.

Por fim, cita-se a possibilidade de aplicação do artigo contra a Fazenda Pública. Parte da doutrina entende que não haveria motivos para um tratamento diferente por simplesmente ser Fazenda Pública. Entende-se que quanto maior a quantidade de meios para a efetivação da prestação, melhor.¹¹⁶

A discussão, todavia, volta-se para qual poderia ser o prejuízo causado à sociedade diante da aplicação de meios atípicos contra a Fazenda, bem como a possibilidade de conflito de princípios como o da efetividade e da supremacia do interesse público.¹¹⁷ E é justamente da supremacia do interesse público que estão fundamentados alguns benefícios processuais que detém a administração – como prazos em dobro, remessa necessária, procedimento especial de execução em obrigações de pagar quantia, entre outros – sendo a vedação do uso da atipicidade mais uma dessas vantagens.¹¹⁸ Ainda que possível a aplicação do art. 139, IV, é importante observar que medidas que determinam a suspensão da atividade pública ou sua inviabilização estariam indo em desencontro com os princípios da administração, o que seria inviável e inconstitucional, sendo considerado esse o limite para a sua utilização.¹¹⁹

Por outro lado, também se discute a possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas em favor da Fazenda Pública. Já existe decisão do Superior Tribunal de Justiça neste sentido¹²⁰, conforme será posteriormente analisado.

Pondera-se que a inclusão deste dispositivo normativo no CPC proporcionou uma ruptura de paradigmas dentro do sistema processual. A decisão judicial passou a ser mais valorizada, de forma a conferir novos mecanismos de defesa dos direitos.

¹¹⁶ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 250.

¹¹⁷ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público: aplicabilidade e limites**. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 146-156.

¹¹⁸ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **O interesse público seria limite à aplicabilidade do art. 139, IV, do CPC, às execuções em face da Fazenda Pública?** Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 671.

¹¹⁹ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **O interesse público seria limite à aplicabilidade do art. 139, IV, do CPC, às execuções em face da Fazenda Pública?** Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 675.

¹²⁰ STJ, REsp nº 1.820.838, Min. Rel. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 16/09/2019. STJ, REsp nº 1.809.329, Min. Rel. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 16/09/2019.

O processo civil se aproxima, assim, cada vez mais para a prestação de uma tutela efetiva, adequada e tempestiva.¹²¹

3.2 OS PARÂMETROS DO JUIZ NA APLICAÇÃO DO ART. 139, IV

Uma vez que facultado ao juiz analisar e aplicar a medida que entender cabível ao caso concreto, entende-se que há uma maior liberdade ao magistrado, visto que esse não precisará necessariamente aplicar o que estiver previsto em lei.

Quando tal fenômeno acontece, é necessário que haja uma análise acerca da limitação da atuação do juiz, para que, assim, institutos como a segurança jurídica e os direitos do devedor sejam assegurados.

A segurança jurídica é definida por Humberto Ávila como:

[...] uma norma-princípio que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor de respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.¹²²

A cognoscibilidade significa a compreensão das pessoas acerca de normas gerais e individuais que regem determinada situação de vida. O sistema jurídico precisa garantir a certeza da forma que as pessoas devem se comportar, justamente diante daquilo exige um ordenamento jurídico. A confiabilidade garante que os direitos não sejam frustrados, assegurando o conhecimento prévio das pessoas acerca daquilo que pode ser alterado ou não em um ordenamento jurídico. Há necessidade de que sejam observados fatores como a intangibilidade de circunstâncias passadas; manutenção de um sistema jurídico; e irretroatividade de normas presentes. Por fim, a calculabilidade representa um *status* em que as

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, v. 2, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 775.

¹²² ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 704.

peças possam ter conhecimento acerca de quando e como mudanças podem ser feitas em um ordenamento jurídico, evitando possíveis surpresas.¹²³

Dadas essas considerações, frisa-se que segurança jurídica está intimamente ligada ao art. 139, IV. Há certo receio acerca de como essa cláusula aberta, com seu poder geral de efetivação, poderia acabar criando normas, gerando conclusões precipitadas, desiguais e contrárias ao ordenamento jurídico. Considerando o contexto da execução, teme-se quanto a possíveis atos agressivos contra o patrimônio ou a liberdade do devedor.¹²⁴

Trata-se de uma preocupação compreensível, pois a ideia de que o juiz, no exercício de sua atividade, realiza uma mera releitura de um texto normativo vem sendo, aos poucos, substituída pela ideia de que o legislador não tem como prever todas as possibilidades capazes de serem tuteladas em juízo, o que, por consequência, acarreta a necessidade de que um ordenamento jurídico tenha a presença de cláusulas abertas.¹²⁵ Inegavelmente, os atos executórios provocam inúmeras consequências à esfera jurídica do devedor. Dessa forma, é imprescindível que haja parâmetros de forma a evitar possíveis abusos, devendo a execução restringir-se somente ao direito efetivamente existente.¹²⁶

Feitas essas breves considerações, destaca-se que limites para a utilização de medidas executivas não foram expressamente dispostos na legislação. Contudo, é evidente que quando a lei determina uma cláusula geral tão aberta, há uma delimitação implícita dentro do ordenamento jurídico que dita toda a atuação do magistrado. Destarte, necessário se faz sistematizar a utilização deste artigo junto a outros dispositivos legais, junto a direitos fundamentais e, ainda, junto a postulados normativos e princípios, como será abordado em seguida.¹²⁷

¹²³ *Idem.* p. 704-706.

¹²⁴ PEREIRA, Maurício. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: o recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/1015. **Revista dos Tribunais**, v. 286, p. 299-324, 2018.

¹²⁵ PEREIRA, Maurício. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: o recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/1015. **Revista dos Tribunais**, v. 286, p. 299-324, 2018.

¹²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 1. Intelectus, 2003. p. 181.

¹²⁷ LEMOS, Vinicius Silva. A penhora e a sua função neutralizadora ao art. 139, IV, do CPC e as medidas atípicas. **Revista dos Tribunais Online**, v. 87, p. 123-148, 2018.

Inferir que o juiz poderia aplicar qualquer medida que lhe pareça necessária para a efetivação de um direito é incorrer em engano. O art. 139, IV garantiu sim uma maior escala de atuação ao magistrado, mas não uma liberdade total.¹²⁸ Se assim fosse, todos os procedimentos previstos em lei devidamente regradados e detalhados poderiam ser considerados uma mera *sugestão* para o juiz.¹²⁹ Nas palavras de Cascudo, seria erro definir a atipicidade “como qualquer medida que não esteja vedada em lei”.¹³⁰

Para Dinamarco, no momento da interpretação das leis ou da busca de novas soluções para o caso, é necessário observar a essência do mundo político e social em questão. Entende os juízes como cidadãos qualificados cuja experiência profissional pode garantir propostas inovadoras dentro do processo.¹³¹ Nessa situação, ao magistrado caberá estar preparado para identificar que algumas soluções não necessariamente estarão na norma, sendo preciso usar sua criatividade na resolução do caso.¹³²

Evidentemente, essa liberdade dada ao magistrado aumenta sua responsabilidade. Cabe dizer, por exemplo, que não seria possível que o juiz aplicasse alguma medida executiva que contrariasse a lei ou violasse algum princípio¹³³ – como, por exemplo, dever de fundamentação analítica (art. 489, § 1º, CPC), princípio da não surpresa (art. 10, CPC), contraditório prévio como regra geral (art. 9º, CPC), dentre outros. Em contrapartida, caberia também ao magistrado afastar, após analisar o caso concreto, alguma norma que esteja em desconformidade com os direitos fundamentais, diante de sua inconstitucionalidade.

Em suma, buscar a efetividade da tutela jurisdicional passa não somente pela criatividade do juiz na criação de novas medidas executivas, passa também

¹²⁸ CASCUDO, Leonardo Soares Matos. Atipicidade dos meios executivos (art. 139, IV) do novo CPC no Direito Tributário. **Revista dos Tribunais Online**, v. 13, p. 127-153, 2018.

¹²⁹ TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas atípicas e sua incidência**. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 28.

¹³⁰ CASCUDO, Leonardo Soares Matos. Atipicidade dos meios executivos (art. 139, IV) do novo CPC no Direito Tributário. **Revista dos Tribunais Online**, v. 13, p. 127-153, 2018.

¹³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 321.

¹³² CORDEIRO, Carlos José. A era neoprocessual do processo civil e a relação com a teoria tridimensional do direito, ilustradas pela análise do inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 989, p. 349-376, 2018.

¹³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 987.

elaboração de métodos que controlem a aplicação dessas medidas executivas atípicas.¹³⁴ Caberá, por exemplo, à doutrina – por meio de construções dogmáticas – e aos tribunais – por meio principalmente de precedentes – estabelecer critérios que otimizem o uso deste dispositivo normativo tão importante.¹³⁵ Assim, os próximos capítulos visam a expor alguns desses limites que estão sendo apontados pela doutrina e jurisprudência como principais norteadores do uso do art. 139, IV do CPC.

3.2.1 Postulados normativos

Inicialmente, cabe ressaltar que este trabalho adotará a teoria de Humberto Ávila acerca da definição e aplicação dos postulados normativos e dos princípios jurídicos.

A título de contextualização, destaca-se que o autor define postulados normativos como “critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas [...]”. Não podem ser considerados sinônimos de princípios e regras – normas objeto da aplicação –, uma vez que os postulados são normas que orientam a aplicação de outras.¹³⁶ Os postulados são diretamente destinados ao intérprete e ao aplicador do Direito, de forma a ordenar a interpretação e aplicação das regras e dos princípios.¹³⁷

Diante dessas considerações, passa-se à análise dos principais postulados normativos que norteiam a aplicação do art. 139, IV do CPC.

3.2.1.1 Proporcionalidade

A proporcionalidade trata-se de um postulado normativo de extrema importância dentro do processo civil, em especial, no que diz respeito às execuções e ao controle das atividades do Poder Público.

¹³⁴ ZANETI JR, Hermes. O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento a partir do caso concreto. **Revista Diálogos**, Ceará, v. 2, nº 1, 2016. p. 71.

¹³⁵ *Idem*. p. 66.

¹³⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 164.

¹³⁷ *Idem*. p. 226.

Está positivado no art. 8º do CPC¹³⁸ e, de acordo com Ávila, depende de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, ou seja, uma medida concreta para a satisfação de uma finalidade. Sem tal relação, seria impossível realizar o estudo acerca da proporcionalidade, visto que não estariam presentes seus elementos essenciais de referência.¹³⁹

Tal postulado representa um sopeso de princípios que podem entrar em conflito, podendo haver colisão entre direitos fundamentais. Em um processo executivo, isso se dá, em especial, entre os princípios da efetividade e da dignidade da pessoa humana, que, muitas vezes, encontram-se em conflito diante dos interesses do exequente e do executado.¹⁴⁰

Uma vez que existe uma cláusula aberta, como o art. 139, IV, cabe ao aplicador do direito fazer uso do princípio da proporcionalidade, em que será necessário impor uma execução efetiva, sem, contudo, violar a dignidade do executado.¹⁴¹ Não é possível que o magistrado busque a efetividade e um procedimento executivo a todo custo. De igual maneira, não é possível que haja uma proteção infundável do executado. Ainda que seja uma tarefa difícil estabelecer limites de um procedimento devido, é fundamental que se tenha uma atuação estatal de acordo com a proporcionalidade.¹⁴²

Normalmente, o controle de possíveis excessos do juiz em virtude de uma parte ou outra é delimitado pela tipicidade dos meios executivos, procedimento especificado em lei. Entretanto, diante da atipicidade, como na presente pesquisa, faz-se necessário buscar limites como o da proporcionalidade.¹⁴³

No âmbito da execução civil, quando o magistrado optar pelo uso art. 139, IV, a medida escolhida deverá ser adequada, ou seja, deverá procurar atingir sua finalidade. Ainda, será adequada quando não inibir a possibilidade de utilização de

¹³⁸ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

¹³⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 206.

¹⁴⁰ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: execução, vol. 5. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 82-84.

¹⁴¹ *Idem.* p. 82-84.

¹⁴² MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 121-122.

¹⁴³ *Idem.* p. 121-122.

um meio executivo lícito, sob o argumento de que será ineficaz sem antes ter sido testado.¹⁴⁴

A medida escolhida também será necessária, ou seja, deverá violar a menor quantidade de direitos fundamentais possíveis. Terá tempo determinado, quer dizer, terá duração até o cumprimento da prestação devida pelo executado ou até ser constatada como ineficaz para sua finalidade. Ademais, será limitada pela pessoa, alcançando somente aquele a quem se deve executar.¹⁴⁵ Em suma, seria garantir a possibilidade de meios alternativos que possam, contudo, promover o fim buscado de igual maneira sem restringir direitos fundamentais.¹⁴⁶

Por fim, a medida será proporcional em sentido estrito, levando em consideração fatores como o prejuízo causado – tanto ao executado como ao exequente –, os direitos fundamentais violados, os custos que a medida pode causar ao Estado, a observação da inefetividade dos meios tipicamente previstos e a falta de prestação de uma tutela devida por não haver procedimento específico para tal.¹⁴⁷ Basicamente, faz-se uma comparação entre a realização do fim e a quantidade de direitos fundamentais restringidos.¹⁴⁸

É importante observar que, ao se aplicar o postulado da proporcionalidade, é preciso ponderar se a restrição estabelecida ao executado compensa o direito do exequente a ser efetivado. Tal método não pode ser considerado infalível, porém, trabalha significativamente na redução de equívocos.¹⁴⁹

¹⁴⁴ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 225-226.

¹⁴⁵ *Idem.* p. 226.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 215-217.

¹⁴⁷ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 226.

¹⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 217-218.

¹⁴⁹ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 223.

3.2.1.2 Razoabilidade

Assim como o postulado da proporcionalidade, a razoabilidade visa controlar possíveis arbitrariedades por parte do Poder Judiciário, em que se buscam decisões equilibradas, justas, razoáveis e de acordo com o que prevê o ordenamento jurídico.¹⁵⁰ Ambos os postulados são orientadores da atuação do juiz, encontrando-se também positivados no art. 8º do Código de Processo Civil.

Apesar de parte da doutrina entender que esses dois postulados seriam sinônimos, cabe ressaltar que o princípio da razoabilidade, na sua função de limitar a atuação do magistrado na aplicação de medidas executivas de acordo com o art. 139, IV do CPC, caminha no sentido de procurar por aquilo que é razoável. Isso seria dizer que atua no bloqueio daquilo que é inaceitável ou arbitrário.¹⁵¹

Atua observando o dever de equidade, dever de congruência e dever de equivalência. Didier Jr. assim os conceitua:

[...] a) como *dever de equidade*, a exigir a harmonização da norma geral com o caso individual, impondo a consideração daquilo que normalmente acontece em detrimento do que é extraordinário e também impondo a consideração das especificidades do caso concreto ante a generalidade da norma; b) como *dever de congruência*, a exigir a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação (isto é, com a realidade com base em que foram editadas); c) como *dever de equivalência*, a exigir uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.¹⁵²

Trata-se de mais um critério considerado importante para a fixação das medidas executivas. Definitivamente, determinar um meio atípico não é uma tarefa fácil, mas é de extrema importância ressaltar estes postulados que atuam como contornos para melhor aplicar a atipicidade nos processos de execução.

¹⁵⁰ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 55-63

¹⁵¹ *Idem*. p. 55-63

¹⁵² DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 111-112.

3.2.2 Princípios e Regras

Como já supramencionado, considerando que este trabalho adota a teoria dos postulados normativos e dos princípios jurídicos de Humberto Ávila, é necessário fazer algumas considerações acerca da distinção entre princípios e regras.

O autor define regras como normas descritivas responsáveis por estabelecer obrigações, permissões e proibições de uma conduta específica. Seriam uma espécie de previsão de comportamento.¹⁵³

Já os princípios são normas que possuem uma característica finalística, uma vez que determinam a realização de um fim jurídico específico. Ao fazer isso, impõem uma conduta necessária à sua realização ou preservação. Seria dizer que os princípios designam uma situação que somente será alcançada se houver determinado comportamento.¹⁵⁴

Ambos envolvem uma conduta devida, bem como um fim. Segundo Ávila, “as regras preveem condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios preveem fins cuja realização depende de condutas necessárias”.¹⁵⁵

Ainda que considerável essa diferenciação, cabe dizer que, os parâmetros para os atos do juiz na aplicação do art. 139, IV do CPC passam, especialmente, por importantes princípios, conforme será demonstrado em seguida.

3.2.2.1 Menor onerosidade possível ao devedor

O princípio da menor onerosidade possível ao devedor visa, sobretudo, combater o abuso de direito. Trata-se de uma norma decorrente da interpretação – atribuição de sentido - do texto de uma cláusula geral. Está positivado no art. 805 do CPC¹⁵⁶ que dispõe sobre a necessidade de se optar pelo meio menos gravoso ao

¹⁵³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 95-97.

¹⁵⁴ *Idem*. p. 95-97.

¹⁵⁵ *Idem*. 97.

¹⁵⁶ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

executado quando há mais de uma possibilidade de se efetivar a execução *com idêntico resultado ao credor*.¹⁵⁷

Atua para auxiliar o juiz a encontrar a melhor medida executiva aplicável ao caso concreto, que resultará na satisfação do crédito. Para saber como utilizar este princípio, considera-se o exame da necessidade e da adequação, sem necessariamente levar em consideração o fim a ser alcançado.¹⁵⁸

Com isso, explica-se que a execução objetiva a satisfação do credor e não a punição do devedor. Quando necessário, a própria legislação prevê sanções punitivas se configurada a transgressão de direito. Trata-se de um princípio que mediante a existência de conflitos de interesses, deve cingir-se aos limites do estritamente essencial.¹⁵⁹

É importante esclarecer que não pode, contudo, o executado fazer uso deste preceito como forma de esquivar-se de sua obrigação. O artigo não permite que o devedor solicite todas as medidas possíveis para saber qual a melhor a ser aplicada, de alegar redução do valor a ser executado, direito de parcelamento da dívida, direito de abatimento de juros ou de correção monetária. Cabe dizer que o grande objetivo seria chegar ao resultado desejado – a tutela do direito material já determinado no título – da forma menos gravosa possível ao devedor. Basicamente, quando há mais de uma opção, optar pelo meio executivo que garanta a efetivação da tutela e menos onera o executado.¹⁶⁰

Trata-se de um importante meio que visa combater a execução abusiva, desnecessária. É aplicável em títulos executivos judiciais e extrajudiciais, bem como em qualquer tipo de prestação – fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia certa. Tal norma protege a boa-fé, a ética processual e a lealdade dentro do

¹⁵⁷ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: execução, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 78.

¹⁵⁸ *Idem.* p. 80-81.

¹⁵⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: execução, v. 2. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 185-186.

¹⁶⁰ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: execução, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 80-81.

processo, evitando que o credor onere o devedor nem necessidade ou sem receber nenhum benefício em troca.¹⁶¹

Ainda, a menor onerosidade possível ao devedor pode ser aplicada de duas formas: de ofício pelo juiz, quando constatado por ele que há abusividade na medida do exequente, ou sob impugnação do devedor, que deve ser feita na primeira oportunidade nos autos, sob pena de preclusão. Nessa última hipótese, a impugnação deverá vir acompanhada de sugestões menos onerosas e igualmente eficazes para serem aplicadas¹⁶² (art. 805, parágrafo único do CPC).¹⁶³

Este princípio decorre de uma tendência humanizadora da execução forçada – que já substituiu a execução pessoal pela execução real – e, hoje, já impõe limites a uma responsabilização patrimonial, como é o caso das execuções civis.¹⁶⁴ A título de exemplo, é possível citar a impossibilidade de expropriação de alguns bens para cumprimento de uma obrigação – como o bem de família e a verba salarial –, bem como a possibilidade de o devedor solicitar a substituição do bem indicado para a penhora, mediante comprovação de satisfação do débito e sua menor onerosidade.¹⁶⁵

Para Zavascki, trata-se de uma “regra de sobredireito cuja função não é a de disciplinar situação concreta, e sim a de orientar a aplicação das demais normas do processo de execução, com a nítida finalidade de evitar atos executivos desnecessariamente onerosos ao devedor”.¹⁶⁶

Em suma, busca-se um equilíbrio entre os interesses do exequente e do executado, na medida em que visa a efetivar a execução, gerando o menor impacto ao executado.

¹⁶¹ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 80-81.

¹⁶² *Idem.* p. 80-81.

¹⁶³ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

¹⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de execução** - arts. 566 a 645. v. 8., 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 399-400.

¹⁶⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: execução**, v. 2, 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 185-186.

¹⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de execução** - arts. 566 a 645, v. 8, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 399-400.

3.2.2.2 Contraditório

Este capítulo será responsável por tratar de um dos mais importantes pilares do novo processo civil (portanto, também das execuções): o contraditório. Previsto no art. 5º, LV da CRFB¹⁶⁷ e densificado nos arts. 7º, 9º e 10 do CPC¹⁶⁸, trata-se de um instituto que visa, sobretudo, conferir às partes igualdade de oportunidades para influenciar a convicção judicial.

De acordo com Didier Jr., o contraditório promove às partes seis direitos: direito de ser ouvido; de acompanhar os atos processuais; de produzir prova e manifestar-se sobre elas; de ser informado acerca dos atos processuais; de motivar as decisões; e, por fim, de impugnar decisões. Neste instituto, busca-se conferir uma participação conjunta entre o juiz e as partes, de forma que as partes tenham ciência do que ocorre no processo, bem como possam, de alguma forma, contribuir para o convencimento do magistrado.¹⁶⁹ O contraditório, hoje, é entendido até mesmo como direito de influência. O processo volta-se, cada vez mais, para uma ideia deliberativa e participativa, de forma que qualquer meio de influenciar, reivindicar e pressionar posicionamentos decisórios pode ser considerado uma importante forma de participação.¹⁷⁰

É um direito inviolável, que deve estar presente em todos os momentos do processo, sob pena de invalidade do ato judicial. Nas execuções, atua de forma mais eventual que no processo do conhecimento, servindo, contudo, diretamente para proteger a defesa do executado.¹⁷¹ No cumprimento de sentença, não serve para rediscutir a existência da obrigação, uma vez que o crédito devido já foi estabelecido na fase cognitiva do procedimento comum. Serve para guiar outras questões do

¹⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹⁶⁸ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

¹⁶⁹ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 76-78.

¹⁷⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 197-198.

¹⁷¹ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 76-78.

processo executivo, como a medida típica ou atípica a ser utilizada para o cumprimento da obrigação, uma vez que a esfera do devedor é atingida.¹⁷²

Assim, o contraditório age, especialmente, para garantir que o princípio da menor onerosidade ao devedor seja observado, bem como para garantir a participação do exequente no procedimento que visa à satisfação de seu crédito.¹⁷³ O devedor poderia, por exemplo, pedir a substituição do bem penhorado por outro. O credor poderia, por exemplo, pedir nova avaliação do bem. Isso seria o contraditório: o direito de participar da execução, sem ficar inerte diante dos poderes do juiz.¹⁷⁴

No caso do art. 139, IV, o exequente manifestar-se acerca de uma medida atípica que poderia acarretar a satisfação do seu crédito, bem como o executado manifestar-se acerca de uma troca do mecanismo atípico utilizado, diante de uma onerosidade excessiva, seria fazer uso do contraditório.¹⁷⁵

Neste contexto, considerando que a aplicação de uma medida atípica envolve uma norma de conteúdo semântico aberto, bem como opiniões divergentes, a observância do contraditório se faz indispensável, ainda que diferido, em pedido de reconsideração ou recurso cabível.¹⁷⁶ Sendo caso desse último, entende-se que o meio adequado para refutar a medida estabelecida seria o agravo de instrumento ou eventualmente o *habeas corpus* – quando há ameaça ou violação ao direito de ir e vir (liberdade de locomoção).¹⁷⁷

Ressalta-se que, sempre que possível, a discussão prévia com as partes sobre a medida executiva a ser utilizada é importante. Contudo, é necessário observar que isso nem sempre é absoluto. Em alguns casos, o diálogo antecipado pode frustrar a tutela pleiteada, como em casos em que o passar do tempo pode ser

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 343-349.

¹⁷³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: execução**, v. 2, 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 187.

¹⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 343-349.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. 2. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 789.

¹⁷⁶ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 116-117.

¹⁷⁷ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 217-223.

prejudicial ou quando o requerido está claramente tentando barrar a efetividade da medida. Nesse último caso, por exemplo, seria possível citar uma condenação de pagar quantia em que o devedor se desfaz de seu patrimônio visando ao descumprimento de sua obrigação. Quando este é o cenário, enfatiza-se que, de igual maneira, o contraditório está garantido, entretanto, em uma ocasião posterior (técnica do contraditório postergado ou diferido).¹⁷⁸

Sendo assim, cabe dizer que havendo escolha por uma medida executiva atípica é necessário observar o contraditório. Trata-se de uma importante prerrogativa na limitação dos poderes do juiz no uso do art. 139, IV do CPC e na efetividade do direito cuja tutela é postulada em juízo.

3.2.2.3 Fundamentação adequada

Toda decisão judicial precisa de fundamentação adequada. É o que dispõe o art. 93, IX da CRFB¹⁷⁹ e os arts. 11 e 489, II e § 1º, do CPC,¹⁸⁰ que dispõe sobre o dever de fundamentação analítica¹⁸¹. Quando essa decisão envolve o poder geral de efetivação possibilitado pelo art. 139, IV do CPC, ou seja, uma medida não expressamente prevista em lei, para forçar o cumprimento de uma obrigação, a fundamentação torna-se ainda mais importante.¹⁸²

Ao juiz cabe explicitar os motivos que o levaram a tomar essa decisão, momento em que será demonstrado se requisitos como o da proporcionalidade e

¹⁷⁸ *Idem.* p. 73-74.

¹⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹⁸⁰ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

¹⁸¹ A fundamentação analítica deve valer-se de decisões que não sejam genéricas. Não basta o juiz justificar seu posicionamento a partir de paráfrases da lei ou sem a devida demonstração de o porquê algum conceito jurídico específico está sendo aplicado àquele caso concreto. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. 2, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 160-161.

¹⁸² DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 116-117.

razoabilidade¹⁸³ foram devidamente observados.¹⁸⁴ Trata-se de mais uma maneira de fiscalização do exercício dos poderes executivos do juiz.

Entende-se que a fundamentação adequada da decisão pode esclarecer quanto ao raciocínio utilizado pelo juiz na escolha por uma medida específica, visto que é possível fiscalizar se o ato decisório foi tomado de modo intuitivo ou casuístico.¹⁸⁵ Tem como principal objetivo o controle da atividade jurisdicional, de modo a evitar decisões arbitrárias que possam violar princípios como o da segurança jurídica.¹⁸⁶

Nesta perspectiva, Zaneti Jr. propõe que o magistrado seria incumbido de fazer uma justificação interna – controle lógico-formal do raciocínio utilizado na decisão, decorrente de premissas – e uma justificação externa – fundamentação das premissas fáticas e jurídicas utilizadas na decisão.¹⁸⁷ Trata-se de uma teoria que visa encontrar uma maneira de utilizar os meios atípicos de forma responsável.¹⁸⁸

A fundamentação adequada torna-se, assim, uma “prestação de contas” das decisões tomadas pelo magistrado diante de um caso concreto. Em se tratando de medida não prevista em lei – ou seja, quando não há tipicidade, o que sempre foi uma maneira de controle dos meios executivos – este dever de fundamentar torna-se ainda mais importante. Logo, o juiz precisará elucidar os motivos que o levaram a decidir de tal maneira no caso concreto analisado.¹⁸⁹

¹⁸³ Dispõe o art. 489, §2º do CPC que “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Busca-se, portanto, identificar as normas – princípios e regras – a serem utilizados, bem como o postulado normativo que vai estruturar essa aplicação. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.615

¹⁸⁴ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 116-117.

¹⁸⁵ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 217-218.

¹⁸⁶ CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e. **Dos poderes do juiz na execução por quantia certa**: da utilização das medidas inominadas. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 253-256.

¹⁸⁷ ZANETI JR, Hermes. O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento a partir do caso concreto. **Revista Diálogos**, Ceará, v. 2, nº 1, 2016. p. 74-77.

¹⁸⁸ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 218-219.

¹⁸⁹ CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e. **Dos poderes do juiz na execução por quantia certa**: da utilização das medidas inominadas. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 253-256.

Ademais, elucida-se que, apesar de as medidas típicas gozarem da possibilidade de serem deferidas com uma fundamentação mais simples – uma vez que a própria posituação explica sua existência –, as medidas atípicas não usufruem deste poder, sendo imprescindível uma fundamentação adequada. A inexistência deste princípio pode gerar inclusive a nulidade do ato decisório, visto que poderia ser considerado arbitrário.¹⁹⁰

Considerando o exposto, inegavelmente o princípio da fundamentação adequada fixa-se como uma das mais importantes formas de limitar a atuação do poder jurisdicional na aplicação de medidas executivas atípicas, garantindo o uso devido do art. 139, IV do CPC.

3.2.3 Outros critérios

Além de parâmetros acima elencados, a atuação do juiz conta com outros critérios que auxiliam a sua atividade criativa na aplicação da atipicidade dos meios executivos.

3.2.3.1 Análise do caso concreto

Ao aplicar o art. 139, IV do CPC, o juiz, além de observar os ditames constitucionais e infralegais – como já supramencionados – deverá fazer uma análise minuciosa acerca das peculiaridades do caso concreto.¹⁹¹

Não seria possível, por exemplo, determinar a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação de um devedor – medida que tem se tornado comum, como

¹⁹⁰ LEMOS, Vinicius Silva. **A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo**. Grandes Temas do novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 491-494.

¹⁹¹ Há uma corrente de doutrinadores que, ao ser analisado o caso concreto, entendem pela necessidade de uma correlação direta entre a medida executiva e o objeto da prestação. Esclarece-se que este trabalho não adota esta teoria. Como exemplo, cita-se o caso em que o devedor de IPVA teria sua carteira de habilitação apreendida. Ao invés de ser feita uma análise acerca do meio-fim, é preciso antes verificar se a medida adotada será capaz de garantir a efetivação do direito requerido. Se a resposta for positiva, essa será considerada a medida adequada, mesmo que não tenha correlação com o fim esperado. Cabe citar o caso da prisão civil do devedor: a dívida de alimentos nada tem a ver com tal medida executiva. MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 61-66.

será visto posteriormente – que tem como seu sustento a condução de automóveis, como taxistas, motoristas de aplicativo ou motoristas de transporte público. Ainda, não seria possível, por exemplo, proibir que uma empresa devedora contrate novos funcionários quando tais contratações são indispensáveis à manutenção de seu funcionamento.¹⁹² Tais medidas resultariam em mais empecilhos para o cumprimento da obrigação devida, não sendo considerada efetiva tampouco adequada para os fins a que se destina. Cabe dizer que, aquilo que pode contribuir para a satisfação de uma prestação para um caso, pode não contribuir para outro, sendo imperiosa a análise do caso concreto.

Considerando que a execução interfere diretamente na esfera jurídica do executado, é preciso avaliar o fato narrado com muita cautela, para que não haja excesso por parte da medida executiva que provoque a violação de direitos fundamentais.¹⁹³ Neste contexto, é possível que haja colisão entre mais de um direito fundamental, sendo justamente a partir da avaliação do caso concreto que se poderá definir qual deve prevalecer.¹⁹⁴

Assim, quando o magistrado opta por alguma medida executiva, é importante observar não sua previsão em lei, mas sim se os critérios necessários para sua devida aplicação – proporcionalidade, razoabilidade, menor onerosidade possível ao devedor, entre outros – estão presentes a partir do caso concreto.¹⁹⁵

¹⁹² CORDEIRO, Carlos José. A era neoprocessual do processo civil e a relação com a teoria tridimensional do direito, ilustradas pela análise do inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 989, p. 349-376, 2018.

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e. **Dos poderes do juiz na execução por quantia certa**: da utilização das medidas inominadas. *Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 253.

¹⁹⁵ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 168.

3.2.3.2 Demais diretrizes

Citam-se, ainda, outras diretrizes que auxiliam o magistrado na aplicação de uma medida executiva atípica. São critérios mais gerais, mas não por isso menos importantes.

É o caso, por exemplo, da ideia de que o meio executivo atípico escolhido não pode inviabilizar a realização do direito tutelado. Da mesma forma, a medida atípica somente será possível quando a própria prestação devida for possível de realizar-se.¹⁹⁶ É necessário que o meio executivo tenha efeitos sobre o executado no sentido de efetivar a prestação devida, não podendo ser um mero mecanismo que restrinja direitos do devedor.¹⁹⁷

Ademais, não é cabível que o magistrado considere como uma medida executiva atípica um meio executivo típico realizado de outra maneira. Existem medidas que seu procedimento já é devidamente regulamentado, como é o caso da busca e apreensão. Considerando o teor do art. 536, §2º do CPC¹⁹⁸, não seria viável, por exemplo, que esse procedimento fosse realizado por outra autoridade que não por dois oficiais de Justiça. Nas palavras de Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira “as regras típicas da execução funcionam como limite à interpretação das cláusulas gerais executivas”.¹⁹⁹

Um tanto quanto lógico, porém de grande relevância, é a ideia de que a medida executiva atípica não pode configurar um ato ilícito. Como exemplo, é possível citar a violação de algum direito constitucional decorrente da aplicação da medida. Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira citam o exemplo da privação do sono²⁰⁰. Essa medida atípica foi imposta por um juiz do Distrito Federal visando à efetivação de sua decisão, que buscava a desocupação de uma escola. Foram determinadas técnicas para privar os estudantes de dormir, por meio de instrumentos sonoros

¹⁹⁶ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 263.

¹⁹⁷ CASCUDO, Leonardo Soares Matos. Atipicidade dos meios executivos (art. 139, IV) do novo CPC no Direito Tributário. **Revista dos Tribunais Online**, v. 13, p. 127-153, 2018.

¹⁹⁸ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

¹⁹⁹ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: execução, v. 5, 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 123.

²⁰⁰ *Idem.* p. 131.

contínuos. O magistrado determinou, ainda, a proibição de alimentos no local, bem como o corte de itens básicos como luz, gás e água, além de restringir o acesso de parentes no local, até que houvesse a desocupação. Privar alguém do sono e de acesso à água pode ser considerado forma de tortura. Tortura, pelo art. 5º, XLIII, CRFB²⁰¹, é crime, ou seja, ato ilícito.²⁰²

Outrossim, cabe ressaltar que o juiz não está vinculado às medidas executivas solicitadas pelo exequente. Pode determinar medida não pleiteada ou distinta da que foi requerida, visando o adimplemento. Trata-se de uma providência que está intimamente ligada à análise do caso concreto. Não é viável que o juiz, tendo de efetivar a prestação da tutela jurisdicional de forma adequada, efetiva e tempestiva, considerando o caso concreto, tenha de ficar limitado à medida executiva solicitada pela parte. Poderia, por exemplo, a parte requerer uma medida totalmente ineficaz, o que resultaria na não efetivação da obrigação exequenda.²⁰³

Os limites e as diretrizes que auxiliam o juiz na aplicação das medidas executivas atípicas não são exaustivos. Muitos, inclusive, são alvos de discussão na doutrina. Cabe salientar que existem outros critérios, tendo esta pesquisa apresentado os mais relevantes considerando os mais citados em âmbito doutrinário e jurisprudencial.

3.2.3.3 Negócio Jurídico Processual

Outra notável alteração no Código de Processo Civil de 2015 é o surgimento do negócio jurídico processual, como concretização do que, segundo Didier Jr., constitui o “direito fundamental ao autorregramento da vontade no processo civil”.²⁰⁴ Tal instituto está previsto no art. 190 do CPC²⁰⁵ e dispõe sobre a possibilidade de que as partes possam, conjuntamente, estipular mudanças no procedimento de

²⁰¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2019.

²⁰² DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: execução**, vol. 5. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 131.

²⁰³ *Idem.* p. 117-119.

²⁰⁴ *Idem.* p. 149.

²⁰⁵ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

acordo com as especificidades da causa, podendo ajustá-lo conforme seus interesses, quanto ao ônus, poderes, faculdades e deveres do processo.

Este acordo pode ser feito tanto antes quanto durante o processo e pode ser utilizado não somente na execução como também na determinação das medidas executivas atípicas cabíveis ao caso concreto. Sendo realizada esta convenção processual, seus efeitos independem de homologação. Trata-se de uma medida que permite uma participação mais ativa das partes e que retira a exclusividade do Estado-juiz.²⁰⁶

Considerando que grande parte da doutrina entende que as medidas executivas atípicas podem ser objeto de negócio jurídico processual, é possível citar alguns exemplos, como convenções que determinam a impossibilidade de ser determinado algum meio executivo atípico ou a até mesmo a proibição de que sejam aplicáveis ao caso concreto qualquer medida atípica.²⁰⁷ Ainda que não seja possível convencionar acerca de tudo que diga respeito ao processo ou, como neste estudo, à execução, é de se ressaltar que são inúmeras as possibilidades,²⁰⁸ de forma a, sempre que possível, contribuir para a prestação da tutela jurisdicional.

²⁰⁶ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 109-112.

²⁰⁷ DIDIER JR. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**: execução, v. 5. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 137.

²⁰⁸ Didier Jr. *et al.* assim entendem sobre o que não poderia ser previsto em negócio jurídico processual: “evidentemente, as partes não podem, por convenção, impedir que o juiz sancione os ilícitos processuais relacionados ao descumprimento de decisões judiciais e ao embaraço da atividade executiva (arts. 77, IV, e 774, CPC). Seria o mesmo que admitir a convenção das partes quanto à possibilidade de ambas praticarem ilícitos, o que é inadmissível”. *Idem.* p. 137.

4 A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO ART. 139, IV E AS CORTES SUPERIORES

4.1 A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES

Conforme referido anteriormente, cabe às Cortes Supremas – o Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Federal –, a importante função constitucional de unificar a interpretação da legislação e de emitir precedentes vinculantes nesse âmbito. Ou seja, basicamente, são Cortes voltadas para dar unidade ao ordenamento jurídico por meio da solução de casos que se tornarão precedentes e servirão como um guia de juízes e tribunais para a interpretação e aplicação do direito.²⁰⁹

Os precedentes constituem-se como uma forma de atribuir sentido ao Direito, acrescentando substância à legislação. Neste contexto, cita-se a sua importância nas decisões que envolvem o uso de cláusulas gerais,²¹⁰ como é o caso do art. 139, IV do CPC. A técnica da cláusula geral parte da premissa de que a lei é insuficiente, precisando ser complementada pela atividade do juiz.²¹¹ Assim, cabe analisar a importância da formação de precedentes que digam respeito à aplicação da atipicidade dos meios executivos. Trata-se de uma importante ferramenta para o direito brasileiro, em especial, diante do uso crescente da técnica de redação legislativa aberta.

Precedente não é qualquer decisão e nem toda a fundamentação tem caráter vinculante. A vinculação das decisões do STJ à *ratio decidendi*²¹² – elemento essencial de um precedente – é fundamental para um Estado que vislumbra a

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. 2, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 640-647.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 73.

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 61.

²¹² Cabe mencionar que a *ratio decidendi* configura-se, nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero como “uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz”. São abstrações feitas a partir da justificação de uma decisão. Refere-se à unidade do direito e não pode ser considerada sinônimo de fundamentação ou de raciocínio judiciário. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, v. 2, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 661-662.

igualdade de todos, uma vez que garante a previsibilidade jurídica.²¹³ Considerando a ordem jurídica vinculante do precedente, não pode o juiz ou o tribunal ignorar sua aplicação. É um sistema que imprescindível quando se entende seu papel na construção do direito e na regulação da vida em sociedade. Frisa-se que a lei não é suficiente para garantir a segurança em um ordenamento jurídico, uma vez que, do texto legal, é possível a retirada de várias normas. Consequentemente, cabe às Cortes Supremas - no presente caso, ao STJ – dizer qual seria a norma válida, ou seja, qual seria o sentido do Direito que irá regular a solução de casos concretos futuros.²¹⁴

Cabe, inclusive, uma comparação sobre a discussão do rol de possibilidades de interposição do agravo de instrumento, constante no art. 1.015 do CPC²¹⁵. Neste caso, via-se, claramente, a preocupação em se estabelecer um precedente acerca do assunto. A Corte Especial do STJ de 05/12/2018 julgou, em sede de recurso repetitivo, o Tema 988, o qual determinou que “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”²¹⁶. A importância da fixação desta tese jurídica foi fundamental para o entendimento acerca de como deveria se dar a aplicação do dispositivo normativo referido.

A construção de um precedente, segundo Marinoni, justifica-se por vários motivos, como a preservação de valores de um Estado de Direito, clareza e previsibilidade dos textos legais, tratamento igualitário, unidade do direito e, principalmente, limitação do poder do Estado.²¹⁷ Como já referido, estudar o art. 139, IV do CPC é também buscar tais fatores, de forma a garantir parâmetros, como o precedente, que determinem a sua devida aplicação para que não haja a violação de direitos fundamentais e para que o processo civil possa promover a prestação de uma tutela, adequada, efetiva e tempestiva dos direitos.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 75.

²¹⁴ *Idem*. p. 107-109.

²¹⁵ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

²¹⁶ STJ, REsp 1.704.520, Min. Rel. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 19/12/2018.

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 103-111.

4.2 ANÁLISE DE DECISÕES DO STJ

Após uma análise teórica acerca do art. 139, IV do CPC, faz-se necessário examinar a concretização judicial de tal artigo, ou seja, de que forma este dispositivo normativo vem sendo utilizado na prática pelos juízos. Como elemento de informação, serão utilizados acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que esta Corte tem a função constitucional de unificar a interpretação da legislação infraconstitucional e de emitir precedentes vinculantes nesse âmbito.

Antes da análise, é preciso que sejam feitas algumas considerações. Ressalta-se que a página virtual do STJ não segue um padrão específico de busca, bem como os termos utilizados como parâmetro para a pesquisa, em alguns casos, não estavam presentes na ementa da decisão de forma expressa. Sendo assim, não é possível garantir a análise de todas as decisões sobre o tema. Entretanto, de igual maneira, foi possível tirar conclusões importantes acerca do assunto. Também foram encontrados resultados com o mesmo parâmetro de busca em um contexto distinto do pretendido, ou seja, sem relação com a atipicidade dos meios executivos no âmbito do art. 139, IV do CPC. Esses julgados não foram considerados para fins desta análise. Ainda, explica-se que, para fins didáticos, as decisões podem se repetir, uma vez que foram separadas por temáticas, de forma a facilitar a explanação de cada assunto. Feitas tais considerações, passa-se ao exame dos casos, em que serão explanados trechos da fundamentação dos acórdãos.

4.2.1 Cassação de Carteira Nacional de Habilitação e de passaporte

Um dos temas mais polêmicos acerca da atipicidade dos meios executivos é a possibilidade de cassação da Carteira Nacional de Habilitação²¹⁸ para coagir o

²¹⁸ O direito de dirigir decorre do direito fundamental de liberdade, previsto no art. 5º, *caput* da CRFB. Tendo isso em vista, a principal controvérsia acerca da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação está na defesa de que a aplicação de tal medida estaria violando o direito de ir e vir do executado. Ressalta-se que as hipóteses de suspensão da CNH devidamente previstas estão na Lei Nº 9.503/97 e no Código Penal Brasileiro e são exercidas por meio de pena quando há o uso indevido do direito de dirigir. Ademais, é importante elucidar que a Carteira Nacional de Habilitação tem natureza de licença administrativa, ou seja, possui como característica básica a definitividade de sua concessão. CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 257-260.

devedor a cumprir a obrigação. Trata-se de uma medida cuja aplicação não é unânime. Na maioria dos casos, quando admitida, o entendimento é pelo seu uso subsidiário:

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário [...]. (STJ, REsp nº 1.788.950, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/04/2019) – grifado.²¹⁹

A ministra, em sua fundamentação, discorre que tal modalidade executiva não pode ser adotada de forma indiscriminada, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos. Coleciona, inclusive, doutrinas nesse sentido para sustentar seu voto. Acerca do uso de medidas atípicas, menciona que a adoção dos meios coercitivos indiretos na execução de obrigações de pagar quantia, muitas vezes, é entendida como violação ao princípio da patrimonialidade da execução. Contudo, aponta que não se pode confundir a natureza jurídica das medidas de coerção psicológica – medidas executivas indiretas –, com sanções civis de natureza material. Essas podem ofender a garantia da patrimonialidade, uma vez que configuram punições em face do não pagamento da dívida. Ressalta que a coerção indireta pode também mostrar-se desarrazoada ou desproporcional, sendo passível, nessas situações, de configurar medida comparável à punitiva. Pondera para a necessidade de que, na busca pela efetividade jurisdicional, sejam sempre observados os ditames constitucionais.

Ademais, os acórdãos apontam para que seja observado se o devedor está ocultando patrimônio ou se, de fato, não existem bens a serem expropriados:

“Frise-se, aqui, que a possibilidade do adimplemento – ou seja, a existência de indícios mínimos que sugiram que o executado possui bens aptos a satisfazer a dívida – é premissa que decorre como imperativo lógico, pois não haveria razão apta a justificar a imposição de medidas de pressão na hipótese de restar provada a inexistência de patrimônio hábil a cobrir o débito [...]. (STJ, REsp nº 1.788.950, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/04/2019)

²¹⁹ No mesmo sentido: STJ, REsp 1.782.418, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/04/2019. STJ, AgInt no REsp nº 1.785.726, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 22/08/2019. STJ, RHC nº 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 09/08/2018.

Ademais, entende o STJ que se trata de um meio executivo cuja impugnação não deve ser feita em sede *Habeas Corpus*, uma vez que a suspensão da CNH não estaria violando o direito constitucional de ir e vir do devedor:

A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem orientado que se torna inadequado a utilização do habeas corpus quando não há, sequer remotamente, ameaça ao direito de ir e vir do paciente, inclusive na hipótese de restrição ao direito de dirigir[...]. (STJ, HC nº 411.519, Min. Rel. Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 03/10/2017)²²⁰

Outra medida executiva atípica que vem sendo bastante utilizada é a cassação do passaporte²²¹, que, em muitas ocasiões, é aplicada juntamente com a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação. Na maioria dos casos analisados, entendeu-se como uma medida excessiva, conforme exposto abaixo. Contudo, há julgados no sentido de que é possível deferir a medida quando verificada a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir a obrigação a ele imposta, bem como em casos em que comprovada a subsidiariedade e a necessidade e a adequação ao caso concreto:

Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária [...] (STJ, RHC nº 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 09/08/2018)
[...] o STJ tem reconhecido que tanto a medida de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação quanto a de apreensão do passaporte do devedor recalcitrante – hipótese dos autos – não estão, em abstrato, obstadas de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo, desde que comprovada sua necessidade e adequação à hipótese específica dos autos [...] (STJ, REsp 1.782.418, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 26/04/2019).

Quanto a este assunto, cita-se um interessante caso de entendimento diverso dos demais julgados analisados. Trata-se de ação ajuizada pelo Ministério Público

²²⁰ No mesmo sentido: STJ, RHC nº 99.606, Min. Rel. Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 20/11/2018. STJ, RHC nº 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 09/08/2018.

²²¹ A controvérsia aqui também se cinge acerca da possibilidade de violação do direito de ir e vir. Entende-se que proibir a saída e a entrada em um país, especialmente o seu, seria não somente a violação de um direito constitucional como também de diversos tratados, convenções e pactos de direitos fundamentais. Diferentemente da CNH, não existe qualquer previsão legal acerca da possibilidade de se suspender um passaporte, documento individual e internacional. CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 260-263.

em virtude de grave dano ambiental ocasionado pelos executados cuja inadimplência da multa ambiental – objeto da execução – originou a cassação do passaporte do conhecido ex-jogador de futebol, Ronaldinho Gaúcho, e de seu irmão, Roberto de Assis Moreira, responsável pela gestão de sua carreira e negócios. Os pacientes alegaram que viajavam frequentemente ao exterior para cumprir agendas e compromissos profissionais, de modo que a restrição imposta implicaria não apenas violação do direito de ir e vir, mas também do direito de livremente trabalhar.

A decisão no Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de que a imposição de prévio exaurimento das medidas típicas – conforme já tratado anteriormente – é exigência que precisa ser relativizada em alguns casos. É o que deve ocorrer, por exemplo, quando o comportamento processual da parte demonstra a sua propensão à deslealdade ou à desordem. Assim, pode o juiz utilizar meios capazes de remediar tal conduta nociva quando constatada a atuação desleal da parte no processo.

O Ministro relator entendeu que os pacientes adotaram, no decorrer do processo que já perdura mais de 8 anos, uma conduta evasiva e não cooperativa. Ademais, ressaltou para a condição financeira dos devedores cujo patrimônio é mais do que suficiente para depositar o numerário devido nos autos. Ou seja, a adoção da medida de cassar o passaporte neste caso não significaria constrangimento ilegal

Diante deste contexto, assim decidiu o colegiado, conforme trecho da fundamentação:

O comportamento processual até aqui adotado é claramente sintomático de que a persistência no caminho executivo típico não alcançará sucesso, razão pela qual existe justo motivo para o emprego de medida coercitiva atípica antes da tentativa de outras providências previstas no CPC [...]. A diligência postulada é estritamente necessária ante a desídia reiterada no cumprimento das obrigações judiciais impostas aos agravados, o grave dano ambiental ocasionado pelas suas respectivas condutas e o desrespeito manifesto para com o Poder Judiciário, instituição símbolo do Estado Democrático de Direito [...] (STJ, HC nº 478.963, Min. Rel. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 21/05/2019)

Tal decisão foi, inclusive, mantida pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 173.332.²²² A defesa alegou constrangimento ilegal e afirmou que a apreensão dos passaportes é medida

²²² STF, RHC nº 173.332, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 02/09/2019.

abusiva e inconstitucional, uma vez que seus clientes estariam impedidos de entrar e sair do país e de trabalhar, aduzindo que possuem “compromissos profissionais junto a patrocinadores no mundo inteiro”. Todavia, a ministra relatora, Ministra Rosa Weber, ao indeferir a liminar pleiteada pela defesa dos executados, entendeu que não houve coação ou violência à liberdade de locomoção por abuso de poder na imposição da medida.

Ainda com relação à cassação do passaporte, o entendimento é de que tal medida configura uma violação ao direito de ir e vir do executado, podendo, assim, ser analisado em sede de *Habeas Corpus*, conforme trecho da fundamentação do acórdão:

A medida de anotação, pela Polícia Federal, de restrição de saída do país sem prévia garantia da execução, tem o condão [...] de ameaçar de forma direta e imediata o direito de ir e vir do paciente, pois o impede, durante o tempo em que vigente, de se locomover para onde bem entender. [...] O risco de concretização dessa ameaça e a efetiva ocorrência de abuso de poder ou de ilegalidade podem, portanto, ser examinados em sede de habeas corpus, haja vista existir, ao menos em tese, uma violência ou coação à liberdade de locomoção do paciente. (STJ, RHC nº 99.606, Min. Rel. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 20/11/2018)²²³

Quando se analisa a possibilidade de cassação da CNH e do passaporte (e demais medidas), é quase unânime a fundamentação das decisões no sentido de que sejam observados os parâmetros para aplicação das medidas atípicas, quais sejam proporcionalidade, razoabilidade, contraditório, fundamentação adequada e demais critérios apontados pela doutrina e anteriormente explanados:

[...] a fim de reforçar os atos tendentes ao cumprimento da obrigação reconhecida pelo título judicial, optou o magistrado por eleger medida indutiva e coercitiva que considerou adequada, necessária, razoável e proporcional. (STJ, AgInt no REsp nº 1.785.726, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 22/08/2019)²²⁴

[...] não foi observado o contraditório no ponto, nem tampouco a decisão que implementou a medida executiva atípica apresentou qualquer

²²³ No mesmo sentido: STJ, REsp nº 1.788.950, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/04/2019. STJ, RHC nº 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 09/08/2018. STJ, HC nº 478.963, Min. Rel. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 21/05/2019.

²²⁴ No mesmo sentido: STJ, REsp nº 1.788.950, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/04/2019. STJ, RHC nº 99.606, Min. Rel. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 20/11/2018. STJ, REsp 1.782.418, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/04/2019. STJ, RHC nº 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 09/08/2018. STJ, HC nº 478.963, Min. Rel. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 21/05/2019. STJ, AgInt no REsp nº 1.785.726, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 22/08/2019. STJ, HC nº 525378, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 11/10/2019.

fundamentação à grave restrição de direito do executado. (STJ, RHC nº 97.876, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 09/08/2018).

4.2.2 Medidas atípicas na execução fiscal

Tais medidas executivas estão sendo alvo de discussões também em ações de execução fiscal cujo entendimento é bastante controverso. Não se desconsidera o fato de que o executivo fiscal é destinado a saldar créditos que são titularizados pela coletividade, contando com a representação da autoridade do Estado, a quem incumbe a promoção das ações conducentes à obtenção do crédito. Entretanto, já se entendeu pela impossibilidade de aplicação de medidas atípicas em benefício da Fazenda Pública nesses casos, tendo em vista que o Poder Público já é superprivilegiado em sua condição de credor:

Dispõe de varas comumente especializadas para condução de seus feitos, um corpo de Procuradores altamente devotado a essas causas, e possui lei própria regedora do procedimento (Lei 6.830/1980), com privilégios processuais irredarguíveis. Para se ter uma ideia do que o Poder Público já possui *ex ante*, a execução só é embargável mediante a garantia do juízo (art. 16, § 1o. da LEF), o que não encontra correspondente na execução que se pode dizer comum. Como se percebe, o crédito fiscal é altamente blindado dos riscos de inadimplemento, por sua própria conformação jurisprudencial. [...]. Não se esqueça, ademais, que o crédito tributário é privilegiado (art. 184 do Código Tributário Nacional), podendo, se o caso, atingir até mesmo bens gravados como impenhoráveis, por serem considerados bem de família (art. 3o., IV da Lei 8.009/1990). Além disso, o crédito tributário tem altíssima preferência para satisfação em procedimento falimentar (art. 83, III da Lei de Falências e Recuperações Judiciais - 11.101/2005). Bens do devedor podem ser declarados indisponíveis para assegurar o adimplemento da dívida (art. 185-A do Código Tributário Nacional). (STJ, HC nº 453.870, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/08/2019)

Pondera o Ministro que, em se tratando de crédito privado, essas medidas constritivas atípicas são de grande importância para a esfera do mercado de crédito. Menciona no teor de seu voto que:

O crédito disponibilizado ao consumidor, à exceção dos empréstimos consignados, é de parca proteção e elevado risco ao agente financeiro que concede o crédito, por não contar com garantia imediata, como sói acontecer com a alienação fiduciária [...]. (STJ, HC nº 453.870, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/08/2019).

Entende Napoleão Nunes Maia Filho que, ao se conceder medidas atípicas nas execuções cíveis como a limitação do uso de passaporte e da licença para dirigir, se está sinalizando ao mercado e às agências internacionais de avaliação de

risco que, no Brasil, prestigiam-se os usos e costumes de mercado, com suas normas regulatórias próprias. Contudo, tais medidas não seriam igualmente cabíveis em execuções de crédito fiscal:

[...] em se tratando especificamente de execução fiscal, esta Corte de Justiça já teve oportunidade de se posicionar no sentido de que "as medidas atípicas aflitivas pessoais não se firmam placidamente no executivo fiscal. A aplicação delas, nesse contexto, resulta em excessos. (STJ, REsp nº 1.802.611, Min. Rel. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 10/10/2019).²²⁵

As medidas consideradas excessivas nestes casos dizem respeito à suspensão da CNH, apreensão do passaporte, cancelamento dos cartões de crédito²²⁶ e possibilidade de inscrição em cadastro de inadimplentes até a satisfação ou parcelamento do crédito exequendo. Os acórdãos nesse sentido não negam a existência do art. 139, IV, apenas obstam seu uso em ações de execução fiscal.

Cabe enfatizar, todavia, que esta não é a única compreensão acerca da busca pela obtenção de crédito fiscal. É o caso, por exemplo, da permissão de incluir o devedor em cadastros de inadimplentes – medida prevista em lei pelo art. 782, §3º do CPC – cujo entendimento tem sido de que, quando solicitada, é uma medida facultativa e não obrigatória,²²⁷ sob o fundamento do art. 139, IV do CPC:

O segundo aspecto a ser observado diz respeito à discricionariedade do julgador na aplicação do § 3º do art. 782: "A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes". O uso da expressão verbal "pode" torna claro que se trata de uma faculdade atribuída ao juiz, a ser por ele exercida ou não, a depender das circunstâncias do caso concreto. Essa interpretação encontra amparo no art. 139, IV, do CPC/2015 [...] (STJ, REsp nº 1.827.340, Min. Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/10/2019).²²⁸

²²⁵ No mesmo sentido: STJ, HC nº 453.870, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/08/2019.

²²⁶ Infere-se que o problema desta medida estaria no fato de que tal decisão judicial afeta diretamente a instituição bancária, violando-se princípios básicos do direito processual civil como a ampla defesa e o contraditório. Neste caso, não se discute os prejuízos causados ao terceiro atingido, que teria cancelada sua relação jurídica com um privado. CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 263-264.

²²⁷ Há quem defenda que não seria possível a inclusão do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito em execuções fiscais por serem execução de título extrajudicial, e não de título judicial, nos termos da previsão expressa do § 5º do art. 782 do CPC.

²²⁸ No mesmo sentido: STJ, REsp nº 1.827.617, Min. Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/10/2019. STJ, REsp nº 1.762.462, Min. Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 05/09/2019. STJ, REsp nº 1.736.217, Min. Rel. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 01/03/2019. STJ, REsp nº 1.799.572, Min. Rel. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14/05/2019.

Ainda, o Ministro Francisco Falcão proferiu um voto no sentido de que, em sede de execução fiscal, é possível como medida atípica a verificação de bens mobiliários em nome da parte executada para a satisfação do crédito tributário, sendo uma solução célere e satisfativa ao feito executivo:

“[...] incumbe ao Poder Judiciário promover a razoável duração do processo em consonância com o princípio da cooperação processual, além de impor medidas necessárias para a solução satisfativa do feito (arts. 4º, 6º e 139, IV, todos do CPC/2015), mediante a utilização de sistemas informatizados (sistemas Bacenjud, Renajud, Infojud, Serasajud etc.) ou a expedição de ofício para as consultas e constrições necessárias e suficientes, em sede de execução fiscal[.]” (STJ, REsp nº 1.820.838, Min. Rel. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 16/09/2019)²²⁹

Por fim, ainda com relação à execução fiscal, o STJ já decidiu no sentido de que a proibição de os devedores deixarem o local em que tramita o processo de insolvência civil viola o direito de livre circulação, não podendo ser aplicada como medida atípica nesses casos. De acordo com trecho da fundamentação:

No caso concreto, os pacientes estão impedidos de deixar o município do Rio de Janeiro, em virtude da tramitação de processo de insolvência civil. Dessa forma, não podem viajar ao exterior a trabalho e para participar de congressos. [...]. É profundamente lamentável a conduta do devedor, há mais de treze anos protelando o andamento da insolvência. No entanto, penso que tal medida coercitiva é ilegal, uma vez que restringe o direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. (STJ, HC nº 525378, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 11/10/2019).

Entende-se que ainda que a sistemática do Código de 2015 tenha admitido a imposição de medidas coercitivas atípicas, não se pode ignorar que a base do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, que garante o direito de ir e vir. Expôs o ministro que o juiz não pode considerar somente a eficiência do processo, mas também os fins sociais e as exigências do bem comum, devendo respeitar os limites da proporcionalidade e da razoabilidade.

4.2.3 Substituição da prisão civil por outras medidas atípicas

²²⁹ No mesmo sentido: STJ, REsp nº 1.809.329, Min. Rel. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 16/09/2019.

Outro caso importante foi o julgamento do STJ no sentido de que a prisão civil decorrente de dívida alimentar – medida executiva típica, devidamente prevista em lei – pode ser substituída por medidas atípicas, nos termos do art. 139, IV, quando entendido que a prisão não se mostra efetiva e adequada. Trata-se de caso em que o executado estava desempregado – o que não o exime da obrigação – e a exequente estava em plena atividade laboral. Considerando tais fatores, entendeu a Ministra Nancy Andrighi que a manutenção da prisão se mostrou desnecessária, uma vez que inexistia risco alimentar à credora:

Esse cenário fático revela que a medida coativa mais gravosa existente no sistema jurídico brasileiro – prisão civil do devedor de alimentos – mostra-se desnecessária na específica hipótese em exame, porque inexistente o risco alimentar à credora. Finalmente, pontue-se que está sendo vedado somente o uso da prisão civil como técnica de coerção, de modo que poderá o juízo de 1º grau empregar outras medidas típicas e atípicas de coerção ou de sub-rogação, como autoriza, inclusive, o art. 139, IV, do CPC/15”. (STJ, HC nº 422.699, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 29/06/2018).

Assim, como meio alternativo, sugeriu a ministra a possibilidade de utilização de medidas atípicas como forma mais efetiva e adequada de garantir a prestação da tutela jurisdicional, a fim de ver satisfeito o débito alimentar.

4.2.4 Multa diária

Finalmente, cita-se a manifestação do Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de aplicação de multa diária como medida atípica²³⁰, não só em processos civis como também em processos penais:

²³⁰ Durante algum tempo, a doutrina brasileira discutiu acerca da possibilidade de aplicação de multa coercitiva como meio atípico para forçar o devedor a pagar quantia. Autores como Mitidiero entendiam que seria possível a cobrança de astreintes para o cumprimento deste tipo de tutela, tendo em vista o advento do Estado Constitucional e o reconhecimento dos direitos fundamentais no processo civil, devendo-se ofertar uma devida prestação da tutela jurisdicional. Em contrapartida, autores como Rizzo entendiam que seria uma medida “perigosa”, uma vez que se estaria ampliando demasiadamente os poderes do juiz. O autor entende, inclusive, que o uso de astreintes seria impossível de ser aplicado mediante a inexistência de previsão legal. Pondera que “nenhum mecanismo processual pode levar ao exorbitante enriquecimento ilícito de um, ou empobrecimento de outro”. Quanto a este assunto, foi proferida uma interessante decisão pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Ação Rescisória Nº 599263183, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osvaldo Stefanello, Julgado em 26/04/2000), em demanda na qual se discutia o atraso na devolução de valores descontados do empregado para formação de reserva de poupança visando à complementação de aposentadoria. Na declaração de votos, o Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira entendeu que se cuidava de verdadeira obrigação de pagar, mas que, nem por isso, ficava

[...] empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil, cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3º do CPP.” (STJ, AgRg no RMS 56706, Min. Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/06/2018)²³¹

A situação acima descrita é em face da empresa *Facebook* – representante no Brasil do conglomerado de empresas do qual também faz parte o *WhatsApp* – que descumpriu ordem judicial determinando a quebra de sigilo de dados em inquérito. Entendeu a Corte para a possibilidade do uso de astreintes:

Não há que se falar, no caso, em afronta ao princípio da proporcionalidade, uma vez que foram considerados e inércia da agravante, bem como o fato de se tratar de empresa renomada, de conhecido poderio econômico, classificada como "a maior rede social virtual em todo o mundo [...]” (STJ, AgRg no RMS 56706, Min. Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/06/2018).

Ponderou-se, ainda, acerca da desnecessidade de cooperação internacional para que fossem fornecidas as informações requeridas, tendo em vista de que se trata de empresa instituída no país, devendo submeter-se às leis brasileiras.

Além disso, configuradas a resistência da empresa no atendimento à ordem judicial e considerando sua capacidade econômica, aferiu-se como devidamente fundamentado o valor da multa diária arbitrado:

[...] não se verifica ofensa ao princípio da proporcionalidade na imposição de multa diária reduzida pelo eg. Tribunal indigitado de coator, para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), diante da recalcitrância do recorrente e do seu elevado poder econômico [...]. (STJ, AgRg no RMS 56706, Min. Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/06/2018)

Como é possível perceber, há manifestações pontuais do Superior Tribunal de Justiça, contudo, nenhuma que se debruce sobre todos os aspectos do art. 139,

automaticamente afastada a incidência da astreinte. Defendeu que, “nos dias atuais, as medidas coercitivas vêm se caracterizando como instrumento de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de tal sorte que o seu emprego não pode ser excluído de maneira apriorística”. Enfatizou o desembargador que, em processos de execução, o magistrado tem o poder-dever de, havendo silêncio da lei, determinar medidas executivas que se revelem mais adequadas e efetivas para garantir a prestação da uma tutela jurisdicional. Ainda, determinou que, tratando-se de prestação de pagamento de quantia certa, o tratamento não pode ser diferente das demais obrigações, justificando-se o uso das astreintes. MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 95-98. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e Execução da Sentença**: sob ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 147-148.

²³¹ No mesmo sentido: STJ, AgRg no RMS nº 54.105, Min. Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 09/05/2018. STJ, AgRg no RMS nº 54.887, Min. Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/06/2018. STJ, RMS nº 55.109, Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17/11/2017.

IV. Apesar de não serem muitas as decisões proferidas por esta Corte até o presente momento, observa-se um uso cauteloso do dispositivo, havendo julgados muitas vezes contrários uns aos outros e que discorrem, geralmente, sobre as mesmas medidas atípicas, salvo raras exceções. Todavia, importante destacar que o STJ também não decidiu pela ilegalidade do artigo em questão.

É de se considerar, ainda, que o art. 139, IV somente passou a vigorar em março de 2015, o que influencia o número e as modalidades de decisões proferidas até o momento sobre tal assunto. Tais julgados foram analisados até o dia 11 de novembro de 2019, de forma que possíveis decisões posteriores a essa data não foram analisadas.

4.3 ADIn nº 5.941

O Partido dos Trabalhadores (PT), em maio de 2018, ajuizou junto ao STF uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 5.941²³²) cujo objetivo é a declaração da inconstitucionalidade do art. 139, IV do CPC – além de outros dispositivos normativos do mesmo Código.

Por meio da análise da petição inicial da ADIn, verificou-se que o partido concorda que o artigo ora estudado visa à efetividade, contudo, entende que o dispositivo normativo não estaria de acordo com os ditames constitucionais.²³³ Alerta que medidas como apreensão da CNH, apreensão do passaporte, proibição de participação em concurso público e proibição de participação em licitação pública, ainda que cumpram seu papel na busca pela efetivação de direitos, estariam violando direitos fundamentais. Entende que, de fato, a única medida possível de violar algum direito fundamental seria a prisão civil, em caso de devedor de alimentos:

É bem verdade que a responsabilidade patrimonial é excepcionada, em nosso ordenamento, pela prisão civil do devedor de verba alimentícia, resquício da responsabilidade pessoal romana. Há, contudo, uma justificativa para isso. 36. – É que, a par de a prisão civil encontrar previsão constitucional no inciso LXVII do artigo 5º, o raciocínio é o de que o direito do

²³² Anexo – Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.941.

²³³ Pg. 4 Petição Inicial da ADIn nº 5.941

alimentante à liberdade de locomoção cede diante dos direitos à vida e à dignidade, titularizados pelo alimentando e resguardados pelos alimentos.²³⁴

O partido se preocupa, ainda, com a criatividade das partes e dos magistrados a respeito das possibilidades a serem determinadas pelo art. 139, IV. Entende que o artigo, ao consagrar a atipicidade dos meios executivos, propicia interpretações muito amplas. Pondera que é imperiosa “uma melhor definição dos lindes a circunscreverem, a partir da interpretação da norma em comento, os resultados admissíveis juridicamente”, sendo necessária a existência de limites e controle.²³⁵ Ainda, cita que não o reconhecimento de um direito fundamental ao adimplemento de um crédito²³⁶, considerando como uma das principais preocupações o fato de que a medida executiva não pode incidir sobre a pessoa do devedor, devendo incidir sobre seu patrimônio. Em suma, pondera que:

[...] se a atipicidade das técnicas executivas mira o resultado, há limitação, decerto, pela impossibilidade de que interpretação extensiva de dispositivo infraconstitucional possa fazer ceder, em alguma medida, direitos de estatura constitucional.²³⁷

Tendo isso em vista, requer o Partido dos Trabalhadores que seja declarada a nulidade, sem redução de texto, do inciso IV do artigo 139 do Novo Código de Processo Civil, para declarar inconstitucionais medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias conforme disposto no dispositivo.

A Advocacia Geral da União manifestou-se contrária à ação de inconstitucionalidade, sob o argumento de que, na verdade, o art. 139, IV, visa à concretização de um processo mais justo e célere, sempre observando preceitos como os direitos fundamentais. Argumenta-se que a atipicidade dos meios executivos propicia também uma melhor percepção acerca das necessidades do caso concreto, de forma que o NCPD aprimorou os poderes-deveres do juiz, buscando sempre a efetividade do processo.²³⁸

²³⁴ Pg. 10 - 11 Petição Inicial da ADIn nº 5.941.

²³⁵ Pg. 13 Petição Inicial da ADIn nº 5.941

²³⁶ Pg. 14 Petição Inicial da ADIn nº 5.941

²³⁷ Pg. 15 Petição Inicial da ADIn nº 5.941

²³⁸ CARNEIRO, Luiz Orlando. AGU defende no STF medidas executórias como apreensão de passaporte e CNH. Jota, Brasília, 12 de jun. de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/agu-defende-no-stf-medidas-executorias-como-apreensao-de-passaporte-e-cnh-12062018>> Acesso em: nov. 2019.

Os argumentos trazidos pelo Partido dos Trabalhadores voltam-se para defender os direitos fundamentais do devedor em sua grande maioria. Contudo, é importante ressaltar que a insolvência da tutela do credor também fere direitos fundamentais. Aqui, é importante observar não somente a esfera do devedor, como também do credor. Ademais, reitera-se que medidas atípicas que dificultam a prestação da tutela devida não devem ser consideradas, como por exemplo – conforme apontado na petição da Ação Direta de Inconstitucionalidade – a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação de alguém que necessite de tal documento para realizar sua atividade laborativa. Prejudicar o exequente de ter sua tutela efetivada também é uma violação de direitos. A complexidade do tema merece uma análise profunda.²³⁹

Reitera-se que, apesar de pertinente a preocupação por parte do partido, as medidas executivas atípicas em nenhuma hipótese podem se valer de meios severos, que extrapolem os limites anteriormente estudados. Ainda, cabe ressaltar que toda medida executiva tem caráter temporário, tendo como única finalidade a efetivação dos direitos.²⁴⁰

Minami entende a petição da ADIn com uma certa simplicidade em seus argumentos, uma vez que, na maioria das alegações, não há grandes explicações. Pondera que tal ADIn não considera o direito fundamental à efetividade e não aprofunda o tema, de forma que reproduz pensamentos já ultrapassados ao invés de buscar pensamentos que considerem a realidade vigente.²⁴¹

Ainda não houve julgamento da ADIn. A ação está sob relatoria do Ministro Luiz Fux e tem como *amicus curiae* a Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Trata-se de mais uma importante circunstância a ser analisada sobre a aplicação do art. 139, IV, uma vez que se considerado inconstitucional afetará diretamente o conceito acerca da atipicidade dos meios executivos no processo civil.

²³⁹ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 286-292.

²⁴⁰ MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 286-292.

²⁴¹ *Idem*. p. 291-292.

5 CONCLUSÕES

Considerando que este trabalho pretendeu compreender a aplicabilidade do art. 139, IV – de forma que a tutela jurisdicional possa ser efetivada para o exequente, sem que, contudo, haja violação de direitos do executado –, bem como entender quais seriam os parâmetros do magistrado na aplicação da atipicidade dos meios executivos no intuito de proporcionar a efetivação da tutela jurisdicional, algumas conclusões podem ser retiradas deste estudo.

1. A concepção de execução no CPC/73 em sua versão original, mais especificamente acerca dos meios executivos, constituía um modelo dotado de baixa efetividade. O novo Código processual proporcionou uma ressignificação da atividade jurisdicional, de forma que se valorizou a busca pela proteção dos direitos e a garantia da prestação da tutela postulada em juízo.

2. Entendeu-se a importância da devida prestação jurisdicional e do processo na busca por uma tutela adequada, efetiva e tempestiva, que passa diretamente pelo uso das devidas técnicas executivas.

3. Observou-se que o legislador não tem a possibilidade de prever e dispor em lei todas as possibilidades de fatos a serem levados ao Judiciário, todas as particularidades dos casos concretos e, por conseguinte, todas as medidas executivas que tornem possíveis os direitos merecedores de execução. Assim, o princípio da tipicidade dos meios executivos está sendo substituído pelo princípio da atipicidade dos meios executivos, ou seja, quando não há uma definição explícita e prévia pelo legislador acerca de quais medidas executivas podem ser utilizadas nas execuções.

4. Criou-se, assim o art. 139, IV do CPC que visa, sobretudo, a garantir a efetividade das execuções, criando-se uma espécie de poder geral de efetivação, o que, por consequência, amplia os poderes executivos do magistrado. Ao julgador caberá analisar profundamente o caso concreto e considerar a medida mais adequada, observando-se as necessidades da tutela de direito substancial.

5. Ainda, tal dispositivo normativo traz como grande novidade a possibilidade de sua aplicação também em prestações que tenham por objeto o pagamento de quantia, o que proporcionou um tratamento igualitário entre os tipos de obrigações exequendas. Conseqüentemente, o resultado é uma maior efetivação das decisões judiciais, em especial, no que diz respeito ao direito fundamental à prestação de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva.

6. Ademais, apesar ainda haver muita divergência doutrinária sobre alguns aspectos do art. 139, IV – como a incidência em título executivo extrajudicial, aplicação em terceiros e uso subsidiário –, algumas questões já estão mais do que definidas e claras quando a sua utilização. Trata-se de um artigo que, apesar de conferir mais poderes ao magistrado, incorre em equívoco pensar que o executado fica a critério da atividade criativa do juiz sem a existência de algum parâmetro legal que delimite sua atuação. Ainda que não expressamente disposto na legislação, uma cláusula aberta como é o art. 139, IV está sim delimitada.

7. O dispositivo em questão mostrou-se um passo fundamental para a conquista de uma execução efetiva. Ainda que boa parte da doutrina entenda pelo seu uso subsidiário a medidas típicas, vale ressaltar que esse pode não ser o melhor entendimento, considerando que a análise do caso concreto sempre será determinante para a escolha da medida. Sendo assim, não faria sentido aplicar um meio executivo típico como primeira tentativa, sabendo que, de acordo com o caso concreto, demonstra grandes chances de tornar-se ineficaz. Negar uma medida sem antes considerar a sua efetividade prática parece algo temerário.

8. No caso do enunciado normativo estudado, conforme exposto, os parâmetros para sua aplicação abarcam critérios como: (I) a razoabilidade, que busca decisões equilibradas, justas, razoáveis e de acordo com o que prevê o ordenamento jurídico; (II) a proporcionalidade, que observa a necessidade, a adequação e a proporcionalidade sentido estrito de cada medida; (III) o princípio da menor onerosidade possível ao devedor, que dispõe sobre a necessidade de se optar pelo meio menos gravoso ao executado quando há mais de uma possibilidade de efetivação; (IV) o princípio do contraditório, que visa conferir uma participação conjunta entre o juiz e as partes, de forma que as partes tenham ciência do que ocorre no processo e contribuam para o convencimento do magistrado; (V) princípio

da fundamentação adequada, que incumbe ao juiz a necessidade de explicitar os motivos que o levaram a tomar uma decisão; (VI) a análise do caso concreto, que impõe avaliar o fato narrado com muita cautela, para que não haja excesso por parte da medida executiva, provocando a violação de direitos fundamentais; (VII) dentre outros.

9. De igual maneira, ainda não há um entendimento jurisprudencial consolidado acerca de como deve se dar o uso do art. 139, IV. Considerando as decisões analisadas, foi possível perceber que há certa proximidade com o que estabelece a doutrina. Contudo, há divergência de aplicação do artigo dentro do próprio STJ, de forma que é fundamental a construção de precedentes neste âmbito.

10. A fixação de precedentes seria importante para garantir a unidade do Direito e a limitação dos poderes do juiz. Ainda que haja manifestações pontuais do Superior Tribunal de Justiça, como analisado, não há nenhuma decisão que se debruce sobre todos os aspectos do art. 139, IV. Dizendo de outra forma, parece que ainda não existe um precedente sobre esse artigo, ao contrário do que (bem ou mal) já fez o STJ em relação ao elenco constante do art. 1.015, caput, do CPC.

11. Cabe evidenciar a importância de romper com o pensamento do Código processual antigo e suas nuances. O novo Código vigente é o de 2015, de forma que o art. 139, IV é inevitável, fazendo parte do ordenamento jurídico brasileiro e, junto a ele, uma nova concepção de efetivação das decisões judiciais, que, como já demonstrado, não é inconstitucional ou violador de direitos se devidamente aplicado.

12. Ainda que alvo de resistência, especialmente por parte da doutrina, diante de todo o exposto, a conclusão a que se chega é a de que as medidas executivas atípicas de acordo com o art. 139, IV do CPC podem e devem ser aplicadas nas execuções. A execução deve promover os interesses do credor, respeitando-se sempre as garantias constitucionais e processuais do devedor. Busca-se uma execução que não viole a dignidade da pessoa humana e que seja realizada pelo modo menos gravoso ao executado. Assim, respeitados os parâmetros já elencados no presente estudo, os meios executivos apenas contribuem para a construção de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **A utilização da prisão civil como meio executório atípico**. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela atípica de prestações pecuniárias**. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto?”. Revista dos Tribunais, v. 281, 2018.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken, de. **Cabimento e adequação dos meios executivos “atípicos”**. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018.

ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 19 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, n. 5, 2000.

BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **O interesse público seria limite à aplicabilidade do art. 139, IV, do CPC, às execuções em face da Fazenda Pública?** Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10444.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

CABRAL, Antônio do Passo. **Contraditório. Dicionário de Princípios Jurídicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Princípio da Patrimonialidade da Execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV do CPC. **Revista Diálogos**, Ceará, vol. 2, nº 1, 2016.

CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica.** Trad. Diego Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979.

CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da Gama e. **Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas.** Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018.

CASCUDO, Leonardo Soares Matos. Atipicidade dos meios executivos (art. 139, IV) do novo CPC no Direito Tributário. **Revista dos Tribunais Online.** Vol. 13, p. 127-153, 2018.

CORDEIRO, Carlos José. A era neoprocessual do processo civil e a relação com a teoria tridimensional do direito, ilustradas pela análise do inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 989, p. 349-376, 2018.

DIDIER JR. et al. **Curso de Direito Processual Civil: execução**, vol. 5. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil.** 4. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ENFAN. **Enunciado n. 48** da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

FARIA, Marcio. **Enunciado n. 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.** 90 f., 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/38626407/Carta_de_Bras%C3%ADlia_FPPC_2019_-_Enunciados>. Acesso em: 01 nov. 2019.

FLORES, Fábio Pereira; NETO, Pedro Bentes Pinheiro. **Medidas executivas atípicas:** um breve diálogo com as injunções na legislação dos estados da

Califórnia e Nova Iorque. **Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2018.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEMO, Vinícius Silva. A penhora e a sua função neutralizadora ao art. 139, IV, do CPC e as medidas atípicas. **Revista dos Tribunais Online**, v. 87, p. 123-148, 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. vol. 1. Intelectus, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle do poder executivo do juiz**. Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, vol. 2. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao Non Factibile**: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista dos Tribunais**, v. 229., 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos, vol. 14. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **La Justicia civil en el Estado Constitucional**: diálogos para un diagnóstico. vol. 3. 1 ed. Peru: Palestra Editores, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Os Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETO, Elias Marques de Medeiros. A aplicação das medidas executivas atípicas do art. 139, IV, do CPC/2015 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo**, v. 286, p. 277-297, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução da obrigação de pagar quantia certa - art. 139, IV, do NCPC. **Revista dos Tribunais**, vol. 265, 2017.

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

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almeida Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Das medidas atípicas de coerção contra o Poder Público: aplicabilidade e limites**. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018.

PEREIRA, Maurício. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: o recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/1015. **Revista dos Tribunais**, v. 286, p. 299-324, 2018.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo**. Atualizado por: SILVA, Jaqueline Mielke; SILVA, Luiz Fernando Baptista da. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas atípicas e sua incidência**. Grandes Temas do Novo CPC - medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: execução**, v. 2. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999.

ZANETI JR, Hermes. O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento a partir do caso concreto. **Revista Diálogos**, Ceará, vol. 2, nº 1, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo de execução - arts. 566 a 645. vol. 8. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Interno no Recurso Especial** nº 1.785.726, Min. Relator Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 22/08/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança** nº 54.105, Min. Relator Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 09/05/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança** nº 54.887, Min. Relator Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança** nº 56.706, Min. Relator Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus** nº 411.519, Min. Relator Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 03/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal Judicial, **Habeas Corpus** nº 422.699, Min. Relatora Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 29/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus** nº 478.963, Min. Relator Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 21/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus** nº 453.870, Min. Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/08/201.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus** nº 525.378, Min. Relator Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 11/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** nº 1.736.217, Min. Relator Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 01/03/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** nº 1.788.950, Min. Relatora Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** 1.782.418, Min. Relatora Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** nº 1.799.572, Min. Relator Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** nº 1.762.462, Min. Relator Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 05/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** nº 1.809.329, Min. Relator Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 16/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** nº 1.820.838, Min. Relator Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 16/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** nº 1.802.611, Min. Relator Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 10/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** nº 1.827.340, Min. Relator Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial** nº 1.827.617, Min. Relator Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso em Habeas Corpus** nº 97.876, Relator Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 09/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso em Habeas Corpus** nº 173.332, Min. Relatora Rosa Weber, DJe 02/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso em Habeas Corpus** nº 99.606, Min. Relatora Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 20/11/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso em Mandado de Segurança** nº 55.109, Min. Relator Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17/11/2017.

Anexo A – Inicial ADIn 5491



Excelentíssimo Senhor Ministro do Colendo Supremo Tribunal Federal, a quem esta
for distribuída

PARTIDO DOS TRABALHADORES (“PT”), partido político com registro definitivo no Tribunal Superior Eleitoral e com representação no Congresso Nacional (doc. n. 01), regularmente inscrito no CNPJ sob o n. 00.676.262/0001-70, com sede nesta Capital, no SCS, Quadra 2, Bloco C, n. 256, Edifício Toufic, 1º andar, Brasília/DF, CEP 70.302-000, por seus procuradores devidamente constituídos (doc. n. 02), vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos artigos 102, I, “a” e 103, IX da Constituição Federal e nos artigos 2º e seguintes da Lei n. 9.868/1999, ajuizar a presente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (com pedido de suspensão liminar de eficácia da norma)

com vistas à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto da Lei n. 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil (“CPC/2015”), promulgada pela Presidência da República, pelas razões de fato e direito a seguir delineadas.

I - O DISPOSITIVO LEGAL IMPUGNADO

1. - A presente ação objetiva impugnar vícios de inconstitucionalidade oriundos da interpretação judicial da Lei Federal n. 13.105/2015 (doc. n. 03) — notadamente em seu artigo 139, inciso IV —, promulgada pela Presidente da República e publicada no Diário Oficial da União (“DOU”) em 17.03.2015.

2. - O aludido artigo 139, inciso IV, a propósito, está localizado no Título IV, Capítulo I, da Parte Geral do CPC/2015, e consagra poder-dever do juiz destinado a instrumentalizar o cumprimento de decisões judiciais. Eis, aliás, o teor da norma:

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;

3. - A fim de facilitar a elucidação da inconstitucionalidade que será doravante mais bem demonstrada, convém, antes, fazer alguns registros concernentes (i) à tramitação da proposição legislativa que redundaria na Lei n. 13.105/2015 e, em particular, (ii) aos eventos que culminaram na atual redação do artigo 139, inciso IV.

4. - Nessa senda, a norma prevista no atual artigo 139, inciso IV, da Lei n. 13.105/2015 se fez inicialmente presente no artigo 107, inciso III, do anteprojeto que daria origem ao Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) n. 166/2010, e que futuramente resultaria no Código de Processo Civil vigente, *in verbis*:

Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)
III - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.¹

5. - Remetida à Câmara dos Deputados na condição de Casa Revisora, a proposição foi autuada como PL n. 8.046/2010, recebendo a proposta de Emenda (EMC) n. 859/2011, de autoria do Deputado Jerônimo Goergen², para o fim de limitar

¹ Disponível em <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> e em <https://www2.mpsa.mp.br/sistemas/jcsites/qpload/25/Texto%20PLS%20166.pdf>

² Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codtce=955741&filename=EMC-859/2011-PL602-805-+%3D%3E+PL+8046/2010

o âmbito de vigência material daquela norma. A sugestão de mudança, naturalmente, não passou ao largo do exame levado a cabo em parecer exarado pelo primeiro relator designado naquela Casa Legislativa, Deputado Sérgio Barradas Carneiro, que opinou pela necessidade de se reajustar o então artigo 118 para o fim de se evitarem arbitrariedades a partir da ampliação do poder-dever do juiz:

viii) Poderes do juiz A disciplina dos poderes do juiz, prevista no art. 118 do projeto, foi alvo de muitas críticas, sobretudo em razão de ela supostamente aumentar excessivamente o papel do órgão jurisdicional na condução do processo. De fato, alguns ajustes precisavam ser feitos. Em primeiro lugar, é preciso que melhorar a redação da cláusula geral executiva. O §5º do art. 461 do CPC em vigor já a prevê desde 1994 – trata-se de enunciado bastante conhecido e aplicado, portanto. O projeto do Senado transfere esta cláusula para o rol dos poderes do juiz, o que é tecnicamente correto. Mas essa transferência se deu com uma alteração na redação do enunciado, que o deixou preñado de imprecisões, que podem dar margem a arbitrariedades. Assim, este relatório propõe uma nova redação para o inciso III do art. 118. (...) Faz-se no inciso IV aperfeiçoamento técnico, na medida em que ou a medida é coercitiva ou é sub-rogatória. Além disso, convém retirar a menção à execução de quantia – o tema da antipicidade da tutela executiva para as obrigações de pagar quantia ainda não está maduro para a consagração legislativa. A formulação do texto como cláusula geral segue a antiga regra prevista no §5º do art. 461 do CPC/1973, já bastante conhecida. Acolhe-se, no ponto, a emenda n. 859/2011, de autoria do deputado Jerônimo Goergen.³ (Grifo não-original)

6. - O arrazoado acima transcrito, bem assim o acolhimento da EMC n. 859/2011, viriam a ser incorporados, *ipsis litteris*, ao parecer apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira, relator que sucedeu o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, produzindo a redação presente no artigo 120, inciso IV, do PL n. 8.046/2010, recebido pelo Senado Federal como Substitutivo da Câmara ao PLS n. 166/2010:

Art. 120. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV – determinar, de ofício ou a requerimento, todas as medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito;⁴

7. - No Senado Federal, por ocasião da apreciação do Substitutivo, o relator, Senador Vital do Rêgo, exarou relatório final em que rejeitou a restrição propugnada pela Câmara dos Deputados, para restabelecer a amplitude da norma, que passaria a constar, em definitivo, do artigo 139, inciso IV:

³ Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>

⁴ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>

2.3.2.56. Art. 139, IV, do SCD (Proposta do do Relator)

Convém rejeitar o inciso IV do art. 139, restabelecendo a versão do PLS para o dispositivo em pauta (inciso III do art. 118), por sua maior clareza, idônea a evitar dúvidas na definição do alcance das medidas coercitivas e sub-rogatórias. Assim, restabelecendo o inciso III do art. 118 do PLS, o inciso IV do art. 139 do SCD deverá ser assim vazado:

"Art. 139.....
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....."

8. - Pois bem. Feitos esses relevantes registros iniciais, que fornecem um genoma legislativo da norma impugnada, está a merecer destaque, ainda em caráter preambular, que o Autor não olvida que a norma inserta no artigo 139, inciso IV, nasceu sob o signo da efetividade, na esteira de propósito combativo constante de alerta feito na exposição de motivos do então anteprojeto do código processual civil:

Um sistema processual civil que não proporcione a sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.³

9. - Se o que dito acima é correto, não é menos verdadeiro afirmar que a efetividade almejada pelo atual Código de Processo Civil, nada obstante, deve imperiosa observância aos ditames constitucionais, como, aliás, também se faz constar daquela mesma exposição de motivos:

A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação a Constituição Federal da República faz com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de prova, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou "as avessas". (...)

Hoje, costuma-se dizer que o processo civil constitucionalizou-se. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni* (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais. (Grifo não-original)

10. - Tudo isso converge para o argumento que sintetiza os fundamentos da presente pretensão: se o artigo 139, inciso IV, da lei processual, veicula a chamada

³ Disponível em <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

atipicidade dos atos executivos, mirando maior efetividade, é certo que da leitura daquela norma devem naturalmente ser excluídos atos executivos que afrontem a Constituição Federal.

11. - Em outras palavras: se o referido artigo 139, inciso IV, como significante-normativo, comporta distintos significados, é indisputável que somente hão de ser prestigiados os significados constitucionalmente possíveis e rechacados os significados constitucionalmente defesos.

12. - É aquele, em suma, o fundamento que norteia o pedido e que será mais bem esmiuçado a seguir, não sem que, em nova prefacial, reste evidenciado o cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

II. - DO CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO

13. - Há destacar, de pronto, que a presente ação direta de inconstitucionalidade é a via adequada para se pleitear a declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei n. 13.105/2015 e que cabe a esta Corte a competência para seu julgamento, a teor do artigo 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal.

14. - Outrossim, o artigo 103, inciso VIII, da Constituição Federal — repetido pelo artigo 2º, VIII, da Lei n. 9.868/1999 —, preceitua que os partidos políticos com representação no Congresso Nacional são legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade⁶, não se lhes aplicando o requisito da demonstração de pertinência temática⁷.

15. - De mais a mais, avultam no caso em tela os caracteres da abstração e da generalidade, indispensáveis ao controle concentrado e abstrato, não restando dúvidas de que a presente ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como meio cabível para a impugnação do artigo 139, inciso IV, da Lei Federal n. 13.105/2015.

⁶ Art. 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁷ "Partido político. Ação direta. Legitimidade ativa. Inesigibilidade do vínculo de pertinência temática. Os partidos políticos, desde que possuam representação no Congresso Nacional, podem, em sede de controle abstrato, arguir, perante o STF, a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática." ADI 1.407-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 7-3-1996, Plenário, DJ de 24-11-2000.

16. - Estabelecidas essas premissas, e demonstrado o pleno cabimento da ação, o Autor passa às razões pelas quais o pedido deve ser julgado procedente.

III. - DO DIREITO: OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA IMPUGNAÇÃO

17. - Por conveniência argumentativa, o itinerário a ser traçado por esta petição passará por três epígrafes, adiante aduzidas.

III.1. - INTROITO: A CELEUMA CONSTITUCIONAL JÁ EXISTENTE

18. - Como dito em linhas volvidas, o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, consagrou a atipicidade dos atos executivos ao dispor que incumbe ao juiz “*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*”.

19. - Instrumento importante a viabilizar a satisfação da obrigação exequenda e a homenagear o princípio do resultado na execução, a atipicidade dos atos executivos não cuida, como adiantado, de ideia propriamente nova — presente que já se fazia no artigo 461, § 5º, do Código de 1973 —, mas é instituto, de fato, trazido de forma bem mais evidente e elastecida pelo Código vigente, alcançando, mesmo, a satisfação de obrigação de pagar quantia certa.

20. - A inovação não passou despercebida pelos mais atentos e foi objeto de glosa pelo enunciado n. 48, editado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), que anteviu um “poder geral de efetivação” outorgado aos julgadores:

48) 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.⁸

21. - Também o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis se posicionou a respeito, cuidando da questão em seus enunciados n. 12 e n. 396, a dispor que as

⁸ Disponível aqui: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%A3O-DEFINITIVA-.pdf>

medidas atípicas somente poderiam ser consideradas subsidiariamente às típicas, observado, em todo caso, o necessário contraditório:

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

22. - A doutrina, sem embargo, foi além daquelas incursões, chamando atenção posicionamentos externados⁹ no sentido de se buscar mais bem dimensionar o âmbito de vigência material do artigo 139, IV.

23. - Nessa senda, parcela da doutrina revisitou tese antiga e mais arrojada, a sustentar a possibilidade de o mencionado artigo 139, IV, fundamentar a adoção de técnicas de execução indireta, consubstanciadas na suspensão do direito de dirigir, apreensão de carteira nacional de habilitação do executado e/ou de seu passaporte, além da proibição de participação, de concurso ou de licitação públicos daquele de quem se exige a submissão à decisão judicial. A esse respeito, confira-se excerto doutrinário a respeito do tema, quando ainda sob a égide do Código de 1973:

(...) Ora, quem não tem dinheiro para pagar o valor que lhe é exigido na execução, nem tem bens para garantir tal atividade, também não tem dinheiro para ser proprietário de veículo automotor, e, por isso, não tem a necessidade de possuir habilitação. Com isso, suspender tal direito só viria a atingir aqueles que, de modo sub-reptício, camuflam a existência de patrimônio com o deliberado fim de fugir a responsabilidade pelo pagamento do débito. (...) nada impede que aquele que necessita exercer tal direito para sua sobrevivência, como é o caso do motorista profissional, solicite ao juiz o afastamento da limitação de direitos. Nesta hipótese, porém, inverte-se o ônus da prova no processo (...).¹⁰

24. - Mais recentemente, como dito, o entendimento foi revigorado, merecendo transcrição a posição de Fernando Gajardoni:

Ilustrativamente, não efetuado o pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito, e superados os expedientes tradicionais de adimplemento (penhora de dinheiro e bens), seria lícito o estabelecimento da medida coercitiva/indutiva de suspensão do direito

⁹ Há interessantes abordagens veiculadas nestes dois links: <http://www.vitor.com.br/legislacao/4661725Mecanismos-podem-ter-passaporte-e-carteira-de-habilitacao-apreendidos>; Ainda sobre o tema, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Editora JusPodium, 2016, p. 230-231.

¹⁰ *Novas perspectivas da execução civil – Cumprimento da sentença*. In: SHIMURA, Sérgio, e NEVES, Daniel Amorim Assumpção – coords. – *Execução no processo civil: novidades & tendências*. São Paulo: Método, 2005, p. 197.

a conduzir veículo automotor até pagamento do débito (inclusive com apreensão da CNH do devedor); (...) ou mesmo a participação do devedor em licitações (como de ordinário já acontece com pessoas jurídicas em débito tributário com o Poder Público); etc.¹¹ (Grifo não-original)

25. - O raciocínio foi igualmente repisado por Daniel Amorim Assumpção Neves, também já na vigência do atual Código:

O art. 139 do Novo CPC trata dos poderes do juiz, previsto em seu inciso IV ser um deles a determinação de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogoratórias necessárias para a assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. (...) Seriam assim admitidas medidas executivas que nunca foram aplicadas na vigência do CPC/1973 e que não estão previstas expressamente no novo diploma legal. Interessantes exemplos são dados pela melhor doutrina: suspensão do direito do devedor de conduzir veículo automotor, inclusive com a apreensão física da CNH, em caso de não pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito (incluindo as indenizações por acidentes ocorridos no trânsito); (...) proibição de empréstimo ou de participação e licitações a devedor que não paga o débito relativo a financiamento bancário.¹² (Grifo não-original)

26. - O entendimento doutrinário *supra* acabou repercutindo na seara jurisdicional, tendo sido amplamente divulgada decisão do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Pinheiros/SP, proferida nos autos do processo n. 4001386-13.2013.8.26.0011 (doc. n. 04):

O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Isso porque o processo tramita desde 2013 sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente. Todas as medidas executivas cabíveis foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens a penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a execução. Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva. Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado M. A. S., determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida. Oficie-se ao Departamento Estadual de Trânsito e à Delegacia da Polícia Federal. (Grifo não-original)

¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. In: <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>. Acesso em 27.9.2016.

¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único, 8ª ed. Salvador: JusPodium, 2016, p. 986-987.

27. - A referida decisão desafiou a impetração de *habeas corpus* perante a 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, autuado sob o n. 2183713-85.2016.8.26.0000, vindo posteriormente a lume decisão concessiva do pedido liminar, da lavra do Desembargador relator, Marco Ramos (doc. n. 05). Eis os termos:

Em que pese a nova sistemática trazida pelo art. 139, IV, do CPC/2015, deve-se considerar que a base estrutural do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, que em seu art. 5º, XV, consagra o direito de ir e vir. (...) Por tais motivos, concedo a liminar pleiteada.

28. - Como é de se notar, segundo o entendimento do Desembargador relator do *habeas corpus*, a leitura do artigo 139, IV, do diploma vigente, adotada pela instância de base, não se coadunaria com a Constituição Federal, merecendo reprimenda, a exemplo de outros arestos em igual sentido, oriundos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (doc. n. 06):

(...) Na hipótese, ainda que infrutíferas as tentativas de localização de bens do executado passíveis de penhora, inexistente nos autos evidência de que o agravado oculta seu patrimônio. Assim, não se revela razoável e adequada a adoção das excepcionais medidas coercitivas requeridas, quais sejam, a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, a apreensão do passaporte e o bloqueio de cartões de crédito, pois extrapolam o intuito patrimonial de satisfazer o crédito executando ao acarretar ingerência direta em outros direitos individuais, como na liberdade de locomoção.¹³

(...) A suspensão do direito de dirigir não se harmoniza ao comando contido no art. 139, inc. IV, do CPC, tratando-se de medida desconexa e excessiva que não pode ser determinada como meio de coarçar o devedor, pois interfere na liberdade do indivíduo, que só pode ser limitada diante de norma expressa que discipline a matéria, com a garantia do devido processo legal (art. 5º, incisos II e LIV, da Constituição Federal).¹⁴

29. - Sem embargo, ainda foi possível seguir divisando decisões, ilustradas por uma proferida pelo Juízo da Vara Cível de Planaltina/DF (doc. n. 07), em que se determinou a suspensão da CNH de executado e que, igualmente, mereceu atenção da mídia¹⁵. Provimentos de mesmo jaez foram exarados, ainda, pelos Juízos da 3ª Vara

¹³ TJDF, Segunda Turma Cível, 07006720520178070000AGI, Rel. Des. Sandra Reves, DJ de 21.3.2017.

¹⁴ TJDF, Terceira Turma, 20160020403562AGI, Rel. Des. Álvaro Clarlini, DJ de 6.12.2012.

¹⁵ Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-08/juiza-suspende-cnh-devedor-garantir-pagamento-divida>. Decisão disponível em: <http://cache-internet.tjdf.jus.br/cgi-bin/jepi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=shtm134&ORIGEM=INTER&CTRUN=5&SEQAND=256&CDNUPRDC=20140510096830>

Cível de Taubaté/SP¹⁶, da 5ª Vara Cível de Santos/SP¹⁷, da 45ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP¹⁸ e pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul¹⁹ e do Paraná.²⁰ (doc. n. 08)

30. - A todas as luzes, pois, as decisões judiciais a que se fez referência evidenciam que, para além de celeuma doutrinária, o escopo do inciso IV do artigo 139 da Lei n. 13.105/2015 já tem produzido decisões capazes de fazer surgir terreno fértil para controvérsia constitucional relevante e atual e, por isso, passível de enfrentamento, *in abstracto*, por esta vereda.

III.2. - A NECESSÁRIA LIMITAÇÃO DA ATIPICIDADE DAS TÉCNICAS EXECUTIVAS A RESULTADOS CONSTITUCIONALMENTE POSSÍVEIS; DA SEMÂNTICA A SISTEMATICIDADE

31. - Conceda-se que a apreensão de passaporte e de carteira nacional de habilitação como atos executivos atípicos poderiam ter, em princípio, o intento louvável e sedutor de funcionar como mecanismos eficazes de satisfação do crédito exequendo e, por consectário, de combate à ineficiência em sede executiva, já alardeada no passado pelo então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, na exposição de motivos da proposição que culminaria na Lei n. 11.232/2005:

A execução permanece o 'calcanhar de Aquiles' do processo. Nada mais difícil, com frequência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito. (...)

Lopes da Costa afirmava que a intervenção do juiz era não só para restabelecer o império da lei, mas para satisfazer o direito subjetivo material. E concluiu: "o que o autor mediante o processo pretende é que seja declarado titular de um direito subjetivo e, sendo o caso, que esse direito se realize pela execução forçada" (Direito Processual Civil Brasileiro, 2ª ed., v. I, n. 72).²¹

¹⁶ Notícia e decisão disponíveis em: <http://m.migalhas.com.br/quentes/247066/juiz-determina-bloqueio-de-contas-e-cartoes-de-credito-para-garantir>

¹⁷ Notícia disponível em <http://m.migalhas.com.br/quentes/250716/para-garantir-pagamento-de-divida-juiz-apreende-passaporte-de-mulher>

¹⁸ Notícia disponível em <http://m.migalhas.com.br/quentes/251620/juiz-suspende-passaporte-e-cnh-de-mulher-inadimplente>

¹⁹ TJRS, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 70074179649, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 14.9.2017.

²⁰ TJPR, 14ª Câmara Cível, AI 1616016-8, Rel. Des. Themis Furquim Cortes, Julgado em 22.2.2017.

²¹ EM/MJ n.º 34/2004, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projatos/EXPMOTIV/MJ/2004/34.htm

32. - É certo, contudo, que a busca pelo cumprimento das decisões judiciais, em especial na fase jurissatisfativa, não pode se dar sob o sacrifício de direitos fundamentais.

33. - Vem de longe a evolução no sentido de fazer a responsabilidade por uma obrigação migrar da pessoa do devedor para seu patrimônio. Merecem registro específico, como marcos históricos remotos da afirmação, a *Lex Poetelia Papiria*, de 326 a.C., que aboliu o *nexum* e a possibilidade de escravidão do devedor como garantia da obrigação²², e a *pignoris capio*, ou “ação por tomada de penhor”²³, que instituiu a possibilidade de o credor tomar parcela dos bens do devedor como forma de assegurar o adimplemento da dívida.

34. - Aqueles institutos culminariam, século depois, no artigo 789 do CPC/2015, a consagrar que o devedor responda pela satisfação da obrigação com seus bens presentes e futuros, observadas as restrições impostas pelas impenhorabilidades legais.

35. - É bem verdade que a responsabilidade patrimonial é excepcionada, em nosso ordenamento, pela prisão civil do devedor de verba alimentícia, resquício da responsabilidade pessoal romana. Há, contudo, uma justificativa para isso.

36. - É que, a par de a prisão civil encontrar previsão constitucional no inciso LXVII do artigo 5º, o raciocínio é o de que o direito do alimentante à liberdade de locomoção cede diante dos direitos à vida e à dignidade, titularizados pelo alimentando e resguardados pelos alimentos.

37. - Foi aquele mesmo raciocínio, aliás, que justificou, no passado, a edição do enunciado n. 309 da Súmula do STJ, agora positivado pelo artigo 528, § 7º, do CPC/2015, que limita a modalidade coercitiva às três últimas prestações vencidas e às prestações vincendas.

38. - A ideia é que, tendo o alimentando subsistido a despeito do não-pagamento de prestações mais antigas, essas verbas teriam perdido o caráter alimentar, que, na equação antes apresentada, justificaria a prisão civil do alimentante. Daí por que aqueles valores antigos remanesçam exigíveis, mas somente pela via da expropriação.

²² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 382.

²³ SCIALOJA, Vittorio. *Procedimento civil romano*. Buenos Aires: Europa-América, 1954. p. 154.

39. - Esse registro é relevante porque — e este é o cerne da *causa petendi* — a adoção de técnica de execução indireta para incursão radical na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, quando carente de respaldo constitucional, não merece acolhimento, sob o risco de encerrar restrição desproporcional, na medida em que não se justifica em defesa de nenhum outro direito fundamental, e de atentar contra o devido processo legal, inserto no artigo 5º, LIV, da Constituição.

40. - Pretendendo ainda maior clareza, direitos fundamentais não de ceder em ponderação somente quando houver, do lado oposto, outro(s) direito(s) fundamental(is), preservando-se, sempre, o núcleo essencial do direito fundamental relativizado.

41. - É verdadeiramente inegável que o aplicador do Direito, na tarefa de realização objetiva da norma, conquanto deva perseguir ao máximo os efeitos propugnados pela lei, deve fazê-lo sem descuidar da eficácia direta e imediata de direitos fundamentais, como bem lembra Juarez Freitas²⁴ ao enunciar que o intérprete do direito deverá ser:

(...) menos passivo que o exegeta obliterado por paradigmas tradicionais que se pretendam impor, despoticamente, ao julgador: paradigmas que insistem na identificação entre direitos e leis, como se os preceitos fundamentais não desfrutassem, no núcleo essencial, da proclamada eficácia direta e imediata.

42. - Na esteira dessa eficácia direta e imediata, é certo que o julgador há de conjugar a norma-significante com significados admitidos como possíveis pelo sistema normativo, assim compreendidos aqueles significados que, defrontados com princípios fundamentais, redundem, a um só tempo, nos efeitos almejados pela norma, mas, também, na preservação do núcleo essencial de direitos de igual ou maior estatura:

Ciente de que essa atividade [interpretação] há de ser eminentemente racional — recordando que se considera, nesta altura, assimilado o novo paradigma de racionalidade —, o intérprete sistemático precisa contribuir para o reforço da ideia de que, para além das antinomias em sentido amplo, uma proporcional aplicação dos comandos legais requer constante preservação da totalidade constitucional (mais do que lei!). (...) Deve o intérprete-sistemático saber garantir a coexistência, ao máximo, dos valores, dos princípios e das normas estritas em conflito, hierarquizando de sorte a obter a maior concordância sistemática possível, pautando sua visão pelos vetores mais altos e nobres do ordenamento, isto é, pelos princípios fundamentais.²⁵ (Grifo não-original)

²⁴ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 171-173.

²⁵ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 177.

43. - Todas essas considerações culminam na advertência de Eros Roberto Grau²⁶, no sentido de que a *“interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele — do texto — até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.”*

44. - Daí a questão que ora se põe, problema de rara complexidade, mas que foi muito bem sintetizado por Fábio Lima Quintas²⁷ em texto a respeito do artigo 139, IV, do CPC/2015:

Em verdade, a adequada compreensão e aplicação desse prohalado poder geral de efetivação não pode depender apenas da criatividade das partes e dos magistrados a respeito das possibilidades semânticas compreendidas na expressão “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”. Esse texto deve dialogar com outros referenciais normativos, para fixar os contornos da responsabilidade patrimonial e pessoal do devedor e das mães para tanto. Sendo insita ao ordenamento jurídico a ideia de coerência e integridade, cabe conferir unidade e harmonia aos modos de exercício do poder estatal de execução, sobretudo no contexto de que “o poder geral de efetivação” passa a atribuir ao intérprete papel relevante nessa tarefa.

45. - Vale nova transcrição: *“a adequada compreensão e aplicação desse prohalado poder geral de efetivação não pode depender apenas da criatividade das partes e dos magistrados a respeito das possibilidades semânticas”* compreendidas em lacônica expressão cunhada pelo inciso IV do artigo 139 do CPC/2015.

46. - Divisadas nas decisões judiciais mencionadas amíde leituras do aludido dispositivo que parecem transcender a fronteira entre o sistematicamente possível e o constitucionalmente reprovável, faz-se imperiosa, por esta via, uma melhor definição dos lindes a circunscreverem, a partir da interpretação da norma em comento, os resultados admissíveis juridicamente.

47. - O exercício do poder, para ser conservar legítimo, há de conviver com limites e com controle. O preenchimento de sentido das expressões *“medidas indutivas,*

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

²⁷ QUINTAS, Fábio Lima. *É preciso equilibrar meios de coerção ao executar obrigações pecuniárias*. In: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-18/observatorio-constitucional-preciso-equilibrar-meios-coercao-executar-obrigacoes-pecuniarias#author>. Acesso em 20.2.2017.

coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial” não pode ser relegada exclusivamente ao subjetivismo judicial:

A direção do processo implica o exercício de poder e de autoridade sobre as partes, os intervenientes e os auxiliares da Justiça, no processo. O governo dessas relações dá-se durante os atos procedimentais, com a emissão de ordens e a regência e controle do que se passa no processo. Para tanto, o texto normativo no-lo diz, **pode o juiz exercer o poder procedendo por raciocínio indutivo, obrigar as partes e os sujeitos da relação processual aos comandos que irradiam de sua autoridade, mesmo que esteja provisoriamente no exercício do poder, por ter assumido o lugar de outra autoridade de igual poder. O desvio que macularia o poder de mando é a arrogância, que pode tornar abusivo o mando, pois o poder da autoridade não é amplo.**”²⁸

48. - A ênfase não é despropositada: não se conhece um direito fundamental ao adimplemento de um crédito. O risco subjacente à aplicação desregrada do artigo 139, IV, é o de que possa ele se prestar como *“embasamento para medidas arbitrárias e autoritárias de restrição de direitos fundamentais, com o propósito utilitarista de satisfação de obrigações pecuniárias (...). O perigo é o art. 139, IV, ser transformado em instrumento de um quase deforço físico, só que com autorização judicial”*.

49. - Sob o patrocínio de uma sanha por efetividade — e esta máxima deve alcançar o Direito como um todo! —, não se pode admitir o sacrifício de direitos fundamentais. Objetivos pragmáticos, por mais legítimos que sejam, não podem atropelar o devido processo constitucional. Essa a *ratio* que constou do icônico julgamento do HC 45.232, por meio do qual se declarou inconstitucional o artigo 48 da Lei de Segurança Nacional e do qual se colhe a seguinte emblemática passagem, da pena do Min. Themístocles Cavalcanti:

*A vida não é apenas o conjunto de funções que resistem à morte, mas é a afirmação positiva de condições que assegurem ao indivíduo e aos que dele dependem, dos recursos indispensáveis à subsistência. Não quer dizer que o Estado deva proporcionar esses recursos, mas não pode privar o indivíduo de exercer atividades que o prive de obter esses recursos, sem que pelo menos haja uma decisão judicial que o prive legitimamente de sua liberdade de exercer atividade lícita.*²⁹

50. - Também infensa à efetividade desmedida, consolidou-se jurisprudência consagradora de entendimento relativizador da autoexecutoriedade no exercício do poder de polícia, a reconhecer como ilegal a imposição do pagamento como condição

²⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo: RT, p. 636-637.

²⁹ STF, Pleno, HC 45.232, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, DJ de 27.3.1968.

para prática de ato administrativo, presente o raciocínio na leitura combinada dos enunciados n. 127³⁰ e 312³¹ da Súmula do STJ e n. 21³² da Súmula Vinculante desta Corte.

51. - Eminentes Ministros, efetividade por efetividade, que se prefira, sempre e sempre, tornar efetiva a proteção dedicada pela Carta aos direitos fundamentais; não é menos jurisdição a atividade que os reafirma, preservando-lhes o núcleo, mas é mais constitucional.

52. - É com esteio nessas importantes lições, e à luz das decisões judiciais antes referidas, que exsurge a pretensão de que se imbuí a presente ação, a voltar-se, exatamente, para o descarte das leituras do inciso IV do artigo 139 do CPC/2015 que não se coadunem com a Constituição — estendido o descarte, de igual modo, pelos mesmíssimos fundamentos, aos artigos 297, 390, parágrafo único, 400, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536, *caput* e § 1º, e 773, todos também do CPC.

53. - Em suma, se a atipicidade das técnicas executivas mira o resultado, há limitação, decerto, pela impossibilidade de que interpretação extensiva de dispositivo infraconstitucional possa fazer ceder, em alguma medida, direitos de estatura constitucional.

III.3. - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA APREENSÃO DE PASSAPORTE E DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO COMO ATOS EXECUTIVOS ATÍPICOS: OFENSA AO ARTIGOS 1º, III, E 5º, XV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E A VEDAÇÃO AO RETROCESSO

54. - À partida quanto ao ponto: a liberdade de locomoção, inserta no inciso XV do artigo 5º, que abrange o direito de deixar o território nacional, sofre embaraço indevido pela apreensão de passaporte ou pela suspensão da carteira nacional de habilitação.

³⁰ “É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.”

³¹ “No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.”

³² “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.”

55. - Não se olvida que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência remansosa pelo descabimento de *habeas corpus* contra decisão que suspende direito de dirigir³³, aplicando analogicamente o enunciado n. 693 da Súmula deste STF³⁴.

56. - Não deve ser desconsiderado, todavia, que o entendimento consolidado se dá no sentido de inadequação da via eleita, à falta de constrangimento imediato ao direito de locomoção, **não pela inexistência de violação a direito fundamental**.

57. - Dito de outro modo, segundo o STJ, não é que a suspensão do direito de dirigir não atente contra o direito à livre locomoção; somente não seria o *habeas corpus*, isto sim, o instrumento cabível para enfrentamento da virtual ilegalidade.

58. - Feito esse singelo destaque, admitir, com fundamento no artigo 139, inciso IV, do CPC, a apreensão de passaporte ou da carteira nacional de habilitação como atos executivos atípicos enseja violação ao direito de liberdade de locomoção (artigo 5º, incisos XV e LIV) e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

59. - Nesse norte, a liberdade de locomoção, como direito fundamental de primeira dimensão que inegavelmente é, demanda uma atuação negativa do Estado para sua eficácia; é direito que, na distinção das funções clássicas dos direitos fundamentais na relação entre o Estado e o particular de Georg Jellinek, se enquadra no conceito de *status negativus*.

60. - É dizer: a garantia do direito de liberdade de locomoção se dá pela não intromissão do Estado em seu exercício, de forma a se impedirem ingerências, restrições e limitações indevidas.

61. - Bodo Pieroth e Bernard Schlink³⁵, ao comentar as funções dos direitos fundamentais na perspectiva de Jellinek, sobretudo no que toca aos direitos de liberdade, já aduziram que, “*sob o aspecto da defesa, pode ser exigido que as ingerências, caso tenham ocorrido, sejam eliminadas ou omitidas, se a sua ocorrência estiver iminente*”.

³³ STJ, Quinta Turma, HC 322.655, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJ de 15.4.2016; mais recentemente, já sob a vigência do artigo 139, IV, do CPC/2015, mereceu menção: STJ, Quarta Turma, RHC 88.490, rel. Min. Maria Isabel Galloti, DJ de 8.11.2017.

³⁴ “Não cabe ‘habeas corpus’ contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada”.

³⁵ PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernard. Direitos Fundamentais. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50.

62. - Noutra vertente de raciocínio, a liberdade de locomoção é a mais essencial de todas as liberdades, pois é dela que as outras se originam, bem vindo à balha, nessa senda, as lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A liberdade de locomoção, assim impropriamente chamada, pois é o direito de ir, vir e também de ficar — jus manendi, ambulandi, eundi uliro citroque — é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça.⁶⁶

63. - Essa é a linha que, inexoravelmente, há de pautar a análise do dispositivo legal ora impugnado.

64. - Evidentemente, a liberdade de locomoção, como todos os demais direitos, não é ilimitada e pode, eventualmente, sofrer restrições, que, contudo, nunca podem afetar o núcleo essencial do direito fundamental.

65. - Tenha-se presente, ademais, que, em um Estado que se pretenda constitucional, o respeito aos direitos fundamentais há de ser a regra, sendo apenas contingencial e limitadíssima a possibilidade de sua flexibilização.

66. - À vista disso, o direito à livre locomoção é de aceção ampla e assim deve ser encarado, conglobando diferentes manifestações que com ele se associem em alguma medida, ainda que indiretamente. Lapidar, nesse norte, o escólio de Sarlet, Mitidiero e Marinoni:

A sua relevância [liberdade de locomoção] para o exercício da liberdade pessoal (e para os demais direitos fundamentais) é de tal ordem que, mesmo se não houvesse disposição constitucional expressa que a garantisse como direito fundamental, a liberdade de ir e vir (como também é designada a liberdade de locomoção) estaria abarcada pelo âmbito de proteção do direito geral de liberdade, que, como visto no item respectivo, opera como cláusula geral e de abertura para o sistema das liberdades fundamentais. Por outro lado, diversamente de outras ordens constitucionais, em que a liberdade de locomoção é decomposta em diversas posições fundamentais (como o direito de sair e entrar no território nacional, a livre circulação econômica, entre outros), a Constituição Federal acabou por consagrar o direito de modo genérico, compreendendo, portanto, todas as possíveis manifestações da liberdade de ir e vir.⁶⁷ (Grifo não-original)

⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 264.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 566.

67. - Não se quer dizer que o direito de locomoção pressuponha locomoção motorizada, não — assim como nem todos possuem passaporte ou pretensão ou condições de viajar ao exterior. O que se sustenta é que esse exercício potencial ou atual daquela liberdade é desproporcional e indevidamente tolhido quando inexistente, por outro lado, direito fundamental a autorizar sua restrição.

68. - Vejam, eminentes Ministros: não se está aqui a se defender a perpetuação do inadimplemento ou, tampouco, que o devedor possa furtar-se do cumprimento das obrigações que assumiu. O que não se pode admitir, contudo, é que seja dado respaldo constitucional a interpretação de texto legal que resulte em ofensa clara aos direitos fundamentais do devedor e se aproxime perigosamente do instituto romano da *obligatio personae*, em que aquele que devia respondia com seu próprio corpo³⁸.

69. - A bem da verdade, a suspensão da carteira nacional de habilitação e do passaporte do devedor são medidas absolutamente desarrazoadas e desproporcionais, contrariando, inclusive, o princípio da ponderação, consagrado por Robert Alexy.

70. - A propósito, convém destacar, no ponto, a *ratio decidendi* da qual se valeu esta Corte quando do julgamento do recurso extraordinário n. 466.343/SP³⁹, em que se discutiu a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel.

71. - Na oportunidade, como muito bem apontado no voto do Min. Gilmar Mendes, a prisão civil do depositário infiel foi tida como inconstitucional porque “*não passaria no exame da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot), em sua triplice configuração: adequação (Geeignetheit), necessidade (Erforderlichkeit) e proporcionalidade em sentido estrito*”.

72. - Como cediço, a adequação e a necessidade se referem, respectivamente, à aptidão e à gravidade dos meios empregados para o alcance dos fins almejados, ao passo em que a proporcionalidade em sentido estrito versa sobre o equilíbrio entre a intervenção e o objetivo do legislador.

73. - Para a situação em questão, à primeira vista, a possibilidade suspensão da carteira nacional de habilitação e de passaporte poderia se mostrar um forte incentivo

³⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 376.

³⁹ RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165

para que o devedor que dirige e/ou que possua condições de viajar ao exterior cumprisse com a obrigação.

74. - Sem embargo, ainda que admitida como adequadas as medidas, são elas, indubitavelmente, desnecessárias e desproporcionais, mesmo em análise prévia e abstrata.

75. - A desnecessidade se mostra evidente porque o credor dispõe de diversos institutos (e.g., penhora, arresto, fraude contra credores, fraude à execução) para compelir o devedor a honrar a obrigação que assumiu, sem falar em medidas atípicas constitucionalmente admissíveis.

76. - Lado outro, a desproporcionalidade da medida surge porque, como já brevemente abordado, limitar a liberdade de locomoção de alguém pela simples existência de dívida não saldada remonta a prática deveras antiga e há muito superada.

77. - O raciocínio, indo além, ainda ignora situações em que o ato de dirigir ou de viajar seja parte do ofício do devedor, cometendo-se o contrassenso de privá-lo exatamente do meio hábil a permitir o adimplemento da obrigação. Exsurgiria verdadeiro paradoxo a partir da vedação à penhora dos bens necessários ao exercício do trabalho pelo devedor, *ex vi* do artigo 833, V, do CPC, admitido, porém, por outra vereda, o impedimento do exercício do trabalho em si, sob o signo de medida executiva atípica.

78. - Outro exemplo a ilustrar a desarrazoabilidade do entendimento está no caso de atletas devedores que, patrocinados, quisessem participar de competições internacionais, mas que estariam impedidos em razão da impossibilidade de viajar.

79. - Em resposta àquelas considerações, seria possível aduzir que as medidas executivas haveriam de ser sopesadas caso a caso, segundo as peculiaridades do caso concreto. Esse argumento, porém, não seduz.

80. - Repisada a premissa de que a preservação do direito fundamental é regra e que sua restrição há de ser excepcional, o fato de a constitucionalidade das medidas executivas em questão dependerem de tantas nuanças, condições e especificidades⁴⁰ é

⁴⁰ A fim de ilustrar o que se está a dizer, vale mencionar escrito verdadeiramente primoroso de autoria de Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira em que são estabelecidas diretrizes para a aplicação das técnicas executivas atípicas, das quais se extraem ao menos dezesseis condições para sua licitude/constitucionalidade (disponível em

dado que milita exatamente em favor de sua inconstitucionalidade, e não como requisito para sua constitucionalidade.

81. - Mais bem explicando, se o cabimento das técnicas em tela se revela algo tão complexo, peculiar e delicado, franquear esse exame à discricção do julgador fomenta um risco de inconstitucionalidade e de insegurança jurídica que há de reverter em favor não de seu cabimento como regra, mas de sua inconstitucionalidade prévia, abstrata e indiscriminada como imposição.

82. - Limitar o direito de ir e vir do devedor é lançar às favas os ditames da responsabilidade patrimonial do devedor para satisfazer o crédito às custas de sua liberdade; é admitir que a necessidade de satisfação de interesses contratuais, comerciais e/ou empresariais do credor poderia ser atendida restringindo-se a liberdade de locomoção do devedor.

83. - Isso, por certo, extrapola o esvaziamento do núcleo essencial do direito de ir e vir e, em último cenário, ataca a própria dignidade do devedor (artigo 1º, III, da CF), que se vê fisicamente limitado como resultado de coerção para o cumprimento de sua obrigação.

84. - É bem verdade que a tese do núcleo essencial funciona como limitação ao papel do Constituinte reformador, flexibilizando a vedação imposta pelas cláusulas pétreas. Aqui, inobstante se esteja à frente de hipótese muito mais grave — a vulneração ao direito fundamental se dá por legislação infraconstitucional —, calha invocar o racional a fim de que bem se demonstre a desproporcionalidade da interpretação que se está a conferir ao artigo 139, IV.

85. - Nessa toada, vale recorrer ao icônico voto da lavra do Min. Marco Aurélio no HC 82.959, que, ao fazer remissão à tese do núcleo essencial, teceu arrazoado didático e bastante importante para o caso em tela:

(1) Os adeptos da chamada teoria absoluta ("absolute Theoris") entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. (...) haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. (...) (2) Os sectários da chamada teoria relativa ("relative Theoris") entendem que o núcleo essencial

http://www.academia.edu/33168267/DIRETRIZES_PARA_A_CONCRETIZAS%268276%26830_DAS_CL_26834%26838IUSULAS_GERAIS_EXECUTIVAS_DOS_ARTS_139_IV_297_E_536_1o_CPC Acesso em 8.5.2018).

há de ser definido para cada caso, (...) mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prüfung*), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. (...) Tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa pretendem assegurar uma maior proteção dos direitos fundamentais, (...) Todavia, todas elas apresentam insuficiências. É verdade que a teoria absoluta, ao acolher uma noção material do núcleo essencial, insuscetível de redução por parte do legislador, pode converter-se, em muitos casos, numa fórmula vazia, dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial. (...) Por seu turno, uma opção pela teoria relativa pode conferir uma flexibilidade exagerada ao estatuto dos direitos fundamentais (...) Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (...) a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida.⁴¹ (Grifo não-original)

86. - O raciocínio é lapidar: a proporcionalidade é o parâmetro-paradigma segundo o qual há de se realizar o crivo sobre se tal ou qual norma ofende o núcleo essencial de dado direito fundamental. E essa análise, vale repetir, não há de ser feita “em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim pretendido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida”.

87. - Em outras palavras, é seguro dizer que a apreensão de CNH e de passaporte inegavelmente compelem o dever à satisfação da obrigação exequenda, mas o sacrifício para tanto transcende o constitucionalmente admissível no que toca ao núcleo essencial do direito fundamental à liberdade de locomoção? Aqui, se sustenta que sim!

88. - E nem se diga que o caráter meramente subsidiário daquelas medidas atípicas militaria em favor de sua constitucionalidade. O que aqui se defende é que, independentemente do momento, se de pronto ou apenas subsidiariamente, o fato é que aquelas técnicas são clamorosamente inconstitucionais.

89. - Mais bem explicando, o limite entre o constitucional e o inconstitucional, na hipótese vertente, não se observa a depender de momento, mas pelo só conteúdo da restrição; acolhida a premissa de sua inconstitucionalidade, não chegará dia ou seara processual em que a apreensão do passaporte a suspensão do direito de dirigir em razão de dívida se torne constitucional. O prévio exaurimento de tentativas outras não

⁴¹ STF – HC 82.959/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ de 01-09-2006. Transcrição do acórdão em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 350-355.

funcionará como justificativa como igualmente jamais funcionaria em favor da escravidão, da tortura ou da morte do devedor em função de seu débito.

90. - E não se pode olvidar que o inciso III do artigo 1º da Constituição, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, tem sua gênese também na tradição política e filosófica.

91. - Nessa toada, como muito bem retrata Ingo Wolfgang Sarlet, sobretudo na concepção estoica, a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada às liberdades pessoais do indivíduo:

(...) o pensamento estoico concebia as pessoas como igualmente dotadas de dignidade, que, nesta outra perspectiva, já era tomada por qualidade própria e inerente aos seres humanos e estava vinculada à ideia de liberdade pessoal de cada indivíduo.⁴²

92. - Dessa forma, a interpretação cuja inconstitucionalidade aqui se argui, por possibilitar desproporcional limitação na liberdade de locomoção dos devedores, fere também sua dignidade.

93. - Não se deu noutro sentido a fala do maior doutrinador vivo em matéria de execução, em recentíssima palestra proferida tendo por objeto precisamente o artigo 139, IV. Na ocasião, Araken de Assis asseverou que:

É evidentemente inconstitucional diante do princípio da dignidade da pessoa humana tirar o passaporte, carteira de habilitação. Que que tem isso com dívidas? Não tem absolutamente nada. Não é a correlação instrumental entre o objetivo da execução e o meio empregado. Isso é simples vingança, simples punição.⁴³

94. - De mais a mais, as aplicações inconstitucionais do artigo 139, IV, aqui impugnadas, esbarrariam na vedação ao retrocesso, que impede que *“diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial.”*⁴⁴ É falar, a norma, segundo a interpretação que tem merecido por parte de algumas decisões judiciais, implicaria verdadeiro retrocesso para a proteção constitucionalmente conferida à liberdade de locomoção.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. In: CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121.

⁴³ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI278711.11049-Professor+Araken+de+Assis+afirma+ser+totalmente+contrario+aos+poderes>. Acesso em 27.04.2018.

⁴⁴ STF, Pleno, RE 646.721, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, DJ de 11.9.2017.

95. - É exatamente isso que está a se atacar: a aplicação de interpretação que possibilita retrocesso social a permitir que, à míngua do princípio da responsabilidade patrimonial, o devedor seja compelido ao adimplemento de suas obrigações às custas de sua liberdade.

96. - E frise-se, ainda à exaustão, que não está aqui se defendendo a inadimplência ou a perpetuação das dívidas, mas, em verdade, apenas se buscando evitar que se consolidem interpretações manifestamente inconstitucionais do indigitado artigo 139, inciso IV.

97. - A todas as luzes, por conseguinte, o cenário que se afigura é o de que os Tribunais nacionais têm apresentado entendimentos dissonantes acerca da constitucionalidade da apreensão de passaporte e da suspensão do direito de dirigir como medidas executivas atípicas.

98. - Considerando tudo o que já exposto, há de prevalecer, após decisão desta Corte, posicionamento pela declaração de inconstitucionalidade, sem redução do texto, de forma a eliminar interpretações do artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, que admitam medidas executivas indevidamente limitadoras do direito fundamento de livre locomoção, nomeadamente de apreensão de passaporte e de suspensão do direito de dirigir.

III.4. - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO EM CONCURSO OU EM LICITAÇÃO PÚBLICOS COMO ATOS EXECUTIVOS ATÍPICOS: OFENSA AOS ARTIGOS 5º, II; 37, I E XXI; 173, § 3º; E 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E A VEDAÇÃO AO RETROCESSO

99. - Tendo presentes todos os argumentos já alinhavados acima, naquilo que aproveitarem à presente epígrafe, calha objetar, por outro lado, também a inconstitucional interpretação do artigo 139, IV, CPC/2015, que admita, a título de medidas executivas atípicas, a vedação à participação de devedores em concursos ou em licitações públicas.

100. - Nesse particular, vale ter em mente o artigo 37, I, da Constituição, que assegura o livre acesso aos cargos públicos àqueles que preenchem os requisitos estabelecidos em lei.

101. - O apelido *princípio do concurso público*, foi então alçado a norma de alto quilate; mais que uma imposição ao Estado, a norma, instrumentalizadora da própria isonomia, conduziu doutrinadores a situarem-na no rol dos direitos fundamentais: “o direito fundamental de concorrer, em igualdade de condições, aos cargos efetivos e empregos públicos, é decorrente do regime republicano-democrático e do princípio da igualdade⁴⁵”.

102. - Em verdade, e transcendendo a isonomia, o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos se prestaria, mais, a consagrar a democracia e a isonomia, também elencados no Texto Constitucional, como bem lecionado por Fabrício Motta:

O princípio constitucional da ampla acessibilidade este, com algumas variações, em todas as constituições brasileiras. A Constituição da República de 1988 inova ao estender o alcance do dito princípio para os cargos, empregos e funções públicas, na forma da lei. O princípio em referência objetiva realizar outros princípios consagrados em nosso sistema constitucional, notadamente democracia e isonomia. Também é possível vislumbrar ligação com as exigências do princípio da eficiência, neste momento entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada. O princípio, pode-se adiante, comporá a base do direito fundamental de concorrer, em igualdade de condições, as posições públicas estatais.⁴⁶

103. - Esse livre acesso, então, é regra a somente encontrar flexibilização por força da lei e da razoabilidade, como reforçam, aliás, os enunciados de n. 14⁴⁷ e de n. 683⁴⁸ da Súmula dessa Corte e também o enunciado n. 44 da Súmula Vinculante⁴⁹.

104. - O registro releva — e aqui adentramos o cerne desta seção: interpretação extensiva de dispositivo infraconstitucional, que não traz em seu bojo limitação expressa no sentido de obstar o livre acesso ao cargo público pela via do concurso, não

⁴⁵ “O direito fundamental de concorrer, em igualdade de condições, aos cargos efetivos e empregos públicos, é decorrente do regime republicano-democrático e do princípio da igualdade.” MOTTA, Fabrício. Direitos fundamentais e concurso público. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/926.pdf>>. Acesso em: 8.8.2016.

⁴⁶ “O direito fundamental de concorrer, em igualdade de condições, aos cargos efetivos e empregos públicos, é decorrente do regime republicano-democrático e do princípio da igualdade.” MOTTA, Fabrício. Direitos fundamentais e concurso público. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/926.pdf>>. Acesso em: 8.8.2016.

⁴⁷ “Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público.”

⁴⁸ “O limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do artigo 7º, inciso XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.”

⁴⁹ “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.”

tem o condão de constitucionalmente embaraçar a participação de candidatos-devedores.

105. - A bem da verdade, impedir que o devedor participe de certames públicos viola também o princípio da eficiência, criando-se barreira absolutamente desproporcional para o acesso aos cargos públicos e a se impedir que a Administração Pública selecione os cidadãos mais aptos para o exercício da função.

106. - Com efeito, esta Corte Constitucional, no julgamento do recurso extraordinário n. 898.450/SP³⁰, já se posicionou no sentido de que não podem ser criadas barreiras legais que importem desarrazoadas restrições ao número de candidatos nas seleções públicas:

(...) 3. O Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras legais arbitrárias e desproporcionais para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores. (...)

107. - *A ratio decidendi* do julgado acima, como muito bem destacado no voto do Min. Luiz Fux, é a de que “são inadmissíveis, porquanto inconstitucionais, restrições ofensivas aos direitos fundamentais, à proporcionalidade ou que se revelem descabidas para o pleno exercício da função pública objeto do certame”.

108. - Ora, é exatamente essa a hipótese na qual incorre a interpretação do artigo 139, IV, do CPC, que admite como válida a vedação à participação em certames públicos como ato executivo atípico.

109. - Isso porque, ao passo em que essa interpretação está a violar até mesmo direitos fundamentais basilares e garantias processuais, tais como a dignidade da pessoa humana e a execução menos onerosa ao devedor, também limita o acesso a cargos públicos com base em parâmetro que não guarda nenhuma relação com a aptidão para o desempenho de atividades junto à Administração Pública.

110. - Isto é, o inadimplemento de eventuais obrigações por um cidadão não interfere em sua capacidade de desempenhar trabalho em observância aos princípios regentes da Administração Pública.

³⁰ RE 898450, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-114 DIVULG 30-05-2017 PUBLIC 31-05-2017

111. - Aliás, a própria lógica subjacente àquela técnica inspira dúvidas, fazendo erodir qualquer remota proporcionalidade capaz de, em tese, escorá-la: uma vez empossado em cargo público, um dado cidadão inadimplente passará a auferir renda, o que lhe daria, em princípio, maiores condições de purgar sua mora e de satisfazer eventual crédito que estiver sendo objeto de ação executiva.

112. - Decorre daí, pois, a absoluta ausência de proporcionalidade — e, mesmo, de lógica — da interpretação do dispositivo legal que ora se impugna que admite a vedação à participação em concursos públicos como ato executivo atípico.

113. - Não discrepa o racional a orientar o tratamento do tema no que concerne também à vedação de participação em licitação, calhando anotar que os artigos 37, XXI, 173, § 3º, e 175, todos da Constituição, submetem a regência da matéria à reserva legal, sendo, assim, refratários a interpretação extensiva que insere em norma — no caso, o artigo 139, IV — restrição à participação em licitação não prevista expressamente em lei. A bem da clareza, são transcritos, abaixo, os dispositivos constitucionais a que se fez menção neste parágrafo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)
§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

114. - Como se observa, a Constituição estabelece que os serviços públicos poderão ser prestados sob os regimes de concessão ou de permissão, sempre se observando o devido processo licitatório, que há de ser regulamentado pela legislação ordinária.

115. - A licitação, por certo, e como muito bem aponta Celso Antônio Bandeira de Mello³¹, “é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abram disputa entre os interessados em com elas travas determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”.

116. - Exatamente porque seu intuito é possibilitar à Administração Pública a contratação cujos termos mais bem atendam ao interesse público, a licitação “estriba-se na ideia de competição”³².

117. - Assim, parece óbvio, quanto mais ampla for a competição entre os interessados na licitação, mais vantajosas tenderão a ser as ofertas formuladas pelos interessados em contratar com a Administração Pública e, assim, mais bem será tutelado o interesse público.

118. - É em razão desse estado de coisas que, até mesmo como consequência do princípio da legalidade, as eventuais limitações à concorrência em licitações devem estar necessariamente previstas expressamente na legislação. No ponto, se fazem novamente valiosas as lições de Celso Antônio Bandeira de Melo³³, a rezar que o princípio da legalidade é a essência do Estado de Direito:

Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Justifica-se, pois, que seja tratado – como será – com alguma extensão e detença. Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo aquilo como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei. (Grifo não original)

119. - Como se depreende do excerto acima, a legislação infraconstitucional que regula expressamente o tema veda restrições desarrazoadas que não guardem relação

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 524.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 524.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª Edição. Ed. Malheiros. São Paulo, 2010. p. 99-100.

com o objeto do contrato, na linha, aliás, do que dispõe o artigo 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.666/1993:

E vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato.

120. - Dai floresce a conclusão de que admitir a vedação à participação em concursos públicos como ato executivo atípico seria malferir frontalmente os artigos 5º, II, 173, § 3º, e 175 da Constituição.

121. - A decisão judicial, com base na norma aqui impugnada (art. 139, IV, do CPC/2015), que prevê mais uma hipótese de vedação à participação em licitação — o inadimplemento ou a resistência ao cumprimento de ordem judicial —, sem qualquer previsão legal — o rol de sanções na legislação infraconstitucional é taxativo⁵⁴ —, implica em **inconstitucionalidade “chapada”**⁵⁵, em franca violação aos princípios da legalidade, da livre concorrência nas licitações, da primazia do interesse público e, ao fim e ao cabo, até mesmo do devido processo legal, como se verá em derradeira epígrafe meritória.

122. - Indo além, rememore-se que o intuito da licitação é a seleção da proposta mais vantajosa em resguardo do interesse público, não havendo sentido em se descartar, de pronto, a possibilidade de que a pessoa jurídica morosa — passível, em tese, de exclusão do certame — seja aquela a apresentar a melhor proposta, raciocínio que redundaria na conclusão de que a supremacia do interesse público não poderia ceder a um direito creditório do exequente, por exemplo.

123. - Dito de outro modo: entre a possibilidade de a pessoa jurídica executada ser aquela a mais bem atender ao interesse público e a busca por satisfação de obrigação líquida, certa e exigível de que é credor o exequente, deve-se preferir aquela em detrimento desta.

124. - Caminhando para a conclusão, no particular, um último ponto deve ser trazido à reflexão que se propõe como forma de robustecer o arrazoado acima.

⁵⁴ Art. 87, da Lei nº 8.666/1993 e 7º, da Lei nº 10.520/2002.

⁵⁵ ADI 1802 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 13-02-2004 PP-00010 EMENT VOL-02139-01 PP-00064

125. - Com o desígnio de dar efetividade ao processo civil, o legislador trouxe a possibilidade de aplicação de atos atípicos de execução de forma genérica. O tino do intérprete haveria de ser, então, o de aplicar o instituto em conformação com as normas constitucionais, pressuposto lógico para qualquer um que pretendesse fazer incidir validamente o artigo 139, IV, do CPC/2015.

126. - Deste modo, na dúvida sobre a aplicação de determinado ato executivo atípico, o vetor de interpretação mais adequado a guiar o hermeneuta há de ser um preferir pecar pela falta a pecar pelo excesso, como mais didaticamente descrito por pertinente julgado do Tribunal Federal Alemão³⁶:

O Tribunal Constitucional Federal até constatou na decisão de 7 de maio de 1953 – BVerfGE 2, 266 [282] – que “na dúvida, uma interpretação da lei conforme a constituição” seria imperiosa. Porém, acrescentou que “evidentemente a finalidade da lei não pode ser desconhecida”. Ele mesmo precisou aplicar a época o mandamento da interpretação conforme a constituição no caso decidido apenas para rejeitar uma interpretação ampla da lei que não era mais compatível com a Constituição, ainda que uma tal interpretação ampla – o que pôde ficar em suspensão³¹³ – tivesse correspondido ao que pensava o legislador. Ao invés disso, o Tribunal Constitucional Federal declarou necessária uma interpretação mais estrita, que correspondesse à vontade da lei e, ao mesmo tempo, fosse compatível com a Constituição. Em sede de conclusão, aquela [interpretação estrita] manteve, da intenção do legislador, o máximo que podia ser mantido em consonância com a Constituição. (Grifo não original)

127. - Esse “*self-restraint* interpretativo” se ajusta à perfeição ao caso em apreço, de tal sorte que uma interpretação restritiva do artigo 139, IV, do CPC/2015, se mostra essencial, proporcional e mais razoável que qualquer elastecimento indevido que traga consigo a chaga da inconstitucionalidade e o vilipêndio a direitos tão caros.

128. - Por mais essas razões, é inexorável a inconstitucionalidade de atos executivos atípicos que frustrem a expectativa do jurisdicionado na participação de certames de seleção, seja concurso, seja licitação.

III.5. - À DERRADEIRA, DA VULNERAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL PELAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS EM QUESTÃO: INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR OFENSA AO ARTIGO 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

³⁶ ALEMANYA. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT; SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. *Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Decisão (Beschluss) do Primeiro Senado de 11 de junho de 1958 – 1 BvL 149/52 – 33 – p. 133.

129. - A essência da argumentação a que se dedica esta seção pode ser resumida neste parágrafo-síntese: restrições a direitos fundamentais como as que aqui são atacadas atentam contra o devido processo legal na medida em que surgem como elemento accidental de feito que possui, em verdade, outro objeto.

130. - Em outras palavras, mercê de sua envergadura, medidas como as referidas amiúde devem encerrar objeto autônomo; é falar, não há contraditório e ampla defesa em suas dimensões devidas quando a parte é confrontada e surpreendida, em processo judicial que veicula pretensões as mais diversas e variadas, com o iminente tolhimento de sua liberdade. O raciocínio é bem ilustrado, uma vez mais, por Sarlet, Mitidiero e Marinoni:

Um conjunto de restrições decorre da necessidade de salvaguardar outros direitos fundamentais ou mesmo bens jurídico-constitucionais, como é o caso do direito de propriedade, visto que a liberdade de locomoção não abrange o direito de livre ingresso na propriedade particular, notadamente em se tratando da residência de alguém, situação que chega a configurar ilícito penal, mas também existem restrições fundadas e justificadas na necessidade de salvaguardar a saúde, a segurança e a ordem públicas, impondo-se a ressalva de que, em qualquer caso, a legitimidade constitucional de tais restrições está condicionada à satisfação das exigências da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, já pelo fato de que, a teor do art. 5º, LIV, da CF, ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Tal entendimento corresponde, em linhas gerais, à orientação adotada pelo STF, que, ao mesmo tempo em que reconhece que a liberdade de locomoção não é absoluta, tem sido muito exigente no que diz com o controle da legitimidade constitucional das restrições, inclusive quanto à possibilidade de restrição da liberdade nas hipóteses previstas em lei, com destaque para os casos de prisão.³⁷ (Grifo não-original)

131. - Feitas essas considerações preambulares, convém rememorar que o devido processo legal — de raiz longínqua, no artigo 39 da Magna Carta de 1215³⁸ — encontrou, na nossa Constituição de 1988, morada fixa no artigo 5º, LIV, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

132. - Ao longo desses mais de 800 anos de evolução, compreendidos entre um e outro paradigmas normativos, o devido processo legal também se fez constar de outros importantes referenciais legais, nomeada e exemplificativamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de San Jose da Costa Rica.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 570.

³⁸ “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país.”

133. - Nesse constante processo de decantação e de ressignificação, seria possível sustentar que, atualmente, o devido processo legal alcança com seu âmbito de vigência material uma garantia aos litigantes a um processo justo, assim compreendido não *“apenas aquele que está formalmente preestabelecido em lei, mas o processo previsto de forma adequada e razoável para a consecução de sua finalidade primordial no Estado Democrático de Direito, que é a garantia e proteção dos direitos fundamentais”*³⁹, nas precisas palavras do Min. Gilmar Mendes.

134. - Não destoou daquela leitura o Min. Edson Fachin, que, na ADPF n. 378⁴⁰, teve a oportunidade de assentar que *“a lógica tradicional, em que se atribui ao processo a singela tarefa de servir como instrumento do provimento final, deve ser compreendida, portanto, como meio de concretização dos ideais democráticos, cuja materialização passa, necessariamente, pelo desenvolvimento de processos justos que observem as garantias constitucionais dos litigantes”*.

135. - Com arrimo nessa mesma premissa, Calmon de Passos antevia o risco da alusão à efetividade como recurso discursivo pretensamente justificador da relativização do devido processo legal, fazendo questão de repudiar o estratagema com sua peculiar argúcia:

Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir. (...)

Esquecer tudo isso e proclamar, com palavras retumbantes, a necessidade de efetividade, de celeridade, de desformalização, de diferenciação da tutela, e, em verdade, atrair-se com a isca tentadora da carne fresca o animalzinho para a armadilha. A democracia é mais que discurso, é compromisso, é permanente auto-disciplina e exigência de respeito à dignidade própria e à dignidade do outro, principalmente a do outro, porque ao cuidar de nós mesmos somos todos por demais diligentes.⁴¹

136. - É, pois, exatamente sob aquela ótica que aqui se observa a violação ao artigo 5º, LIV, da Constituição: a admissão de medidas executivas atípicas como as

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5º, LIV. In: CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 430.

⁴⁰ ADPF 378 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO D0s-043 DIVULG 07-03-2016 PUBLIC 08-03-2016.

⁴¹ PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo. Julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 69 e 72.

censuradas nesta ação torce o devido processo legal, franqueando ao julgador desenvoltura e arbítrio não consentâneos com a diretrizes constitucionais.

137. - Ao menos desde Büllow⁶² se reconhece o processo como relação jurídica autônoma, apartada do direito material. Dessa relação, não é despidendo dizer, decorrem direitos e deveres recíprocos para os seus sujeitos.

138. - É bem verdade que o artigo 139, IV, atribuiu aos juízes um poder geral de efetivação; igualmente certo, nada obstante, que essa prerrogativa, exercida em razão do processo, há estar necessariamente limitada pelo direito da parte atingida, notadamente quando esse direito está alçado ao nível de fundamental.

139. - Em suma, a tese advogada é a de que o poder judicial exercido no processo, quando encerra intromissão para além do constitucional, atingindo esfera jurídica individual da parte em dimensão intangível, contamina a relação jurídica de modo tal a produzir efeitos colaterais perversos. O processo, pois, deixa de ser o devido para se transmutar em indevido.

140. - Como já dito e repisado, algumas aplicações cogitadas ao artigo 139, IV, afetam direitos de liberdade do devedor e têm sido admitidas em procedimentos executórios cuja finalidade não é tolher aquela garantia, mas sim buscar coerção patrimonial apta à satisfação de crédito ou cumprimento de decisão judicial.

141. - O cerne dos procedimentos executórios é, pois, a toda evidência, eminentemente patrimonial, não se confundindo com os direitos de liberdade das partes neles envolvidas.

142. - Os direitos de liberdade são baluartes do Estado constitucional de Direito e, justamente em razão de sua relevância, somente podem ser afetados em procedimentos ou processos especificamente destinados a essa finalidade, oportunizando aos atingidos, assim, amplos contraditório e defesa.

143. - As medidas executivas atípicas ora denunciadas como inconstitucionais, nessa toada, passam a ser assim consideradas não mais apenas pelas razões já delineadas em cada uma das epígrafes acima desenvolvidas, **mas também porque**

⁶² VON BÜLLOW, Oskar. *La teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 5.

surpreendem o devedor com a restrição de seus direitos de liberdade em processo de cunho essencialmente patrimonial.

144. - Mais bem explicando, eventualmente inadimplida obrigação objeto de processo de execução, ao se aplicar, com fundamento na norma impugnada, qualquer das medidas executivas atípicas em questão, o magistrado estará se valendo de poderes que, conquanto lhe tenham sido atribuídos pela lei processual, se afastam da proteção aos direitos fundamentais — finalidade do Estado constitucional de Direito — e, assim, padecem de inconstitucionalidade por violação ao devido processo legal.

145. - A aplicação dessas medidas executivas atípicas decorre de interpretação da norma impugnada que traz resultados extremamente gravosos ao ordenamento jurídico, sendo de bom alvitre trazer à balha, nesse particular, os ensinamentos hermenêuticos de Carlos Maximiliano:

Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função de exegese os dados da Sociologia, com o resultado provável de cada interpretação. Toma-o em alto preço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar. Quanto possível, evita uma consequência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às ideias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigam as expressões de Direito sujeitas a exame.

Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave.⁶³

146. - É de se ver que, embora formalmente abrangidas pela norma impugnada, as técnicas executivas em questão, na medida em que permitem que o devedor seja surpreendido com restrições de sua liberdade em processo que outrora buscava atingir somente seu patrimônio, fazem com que o feito passe a carecer da justiça dele esperada e, assim, se afaste da proteção aos direitos fundamentais.

147. - Isso se observa especialmente no que toca à suspensão do direito de dirigir e à apreensão do passaporte do devedor, sobretudo porque, conforme asseverado pelo Min. Edson Fachin na já citada ADPF n. 378⁶⁴, “ações que almejam atingir o direito de locomoção, contudo, submetem-se a outra intensidade de garantia”.

148. - Não há como, então, reputar constitucionais interpretações da norma impugnada que admitam a aplicação, ao devedor no processo de execução, de sanções

⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 135.

⁶⁴ ADPF 378 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 07-03-2016 PUBLIC 08-03-2016

que, por extrapolarem os limites de sua responsabilidade patrimonial — efetivo objeto da execução —, afetam seus direitos de liberdade.

149. - Entender em sentido contrário, muito além de trazer resultados absolutamente desproporcionais (uma vez que estar-se-ia a admitir, por exemplo, que o cidadão fosse tolhido em sua liberdade de locomoção em razão de dívida civil), seria atentar contra a garantia de um processo que preze pelo respeito aos direitos fundamentais, o que nada mais é do que ferir de morte a disposição do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

IV. - DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

150. - De acordo com o disposto no artigo 102, inciso I, alínea “p”, da Constituição Federal e disciplinado pelos artigos 10 a 12 da Lei n. 9.868/1999, é autorizada a concessão de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade quando preenchidos os requisitos legais.

151. - Sendo assim, nos termos do entendimento jurisprudencial consolidado por este STF e confirmado pela mencionada Lei Federal que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade, a medida cautelar possuirá efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.

152. - Com efeito, caso (i) se mostre razoável a tese jurídica apresentada; (ii) esteja configurado o risco de dano em caso de demora dos efeitos que são buscados pela ação; e (iii) se revele conveniente o benefício esperado com a medida cautelar quando comparado ao seu ônus, deve esta ser deferida, a fim de que se previna o ordenamento jurídico de efeitos indesejáveis e facilmente constatáveis⁴⁵.

153. - Nessa direção, a Lei Federal n. 9.868/1999 estabeleceu procedimento no qual, uma vez pleiteada a concessão de medida cautelar, deverá haver a audiência das autoridades e/ou órgãos dos quais emanou o ato normativo impugnado, exceto em casos de extrema urgência e relevância, quando é invertida a ordem procedimental, com a postergação da audiência das respectivas autoridades e/ou órgãos.

⁴⁵ Nesse sentido se posiciona a doutrina majoritária, dentre a qual se pode destacar, entre outros, os seguintes autores: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009 e DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

154. - Por conseguinte, é inequívoca a possibilidade de concessão de medida cautelar, mesmo antes da manifestação das autoridades e/ou órgãos pertinentes, quando presentes os requisitos para deferimento excepcional da liminar.

155. - Esse é exatamente o caso dos autos, tendo em vista a necessidade de se evitar a ocorrência de graves danos à ordem pública decorrentes de algumas aplicações que têm sido conferidas ao dispositivo em questão.

156. - No que toca à robustez do direito invocado, essa exsurge da força dos próprios fundamentos constitucionais, uma vez que a contrariedade aos dispositivos constitucionais oriunda da restrição indevida a direitos fundamentais sob o signo de uma pretensa efetividade solapa direitos fundamentais dos cidadãos ao mesmo tempo em que vilipendia o devido processo legal.

157. - Lado outro, há que se ter presente o fato de que decisões já há, como evidenciado, efetivamente encampanando censuráveis aplicações do artigo 139, IV.

158. - O risco subjacente ao tempo que será consumido até o enfrentamento do mérito desta ação ainda resta mais agravado quando se percebe a potencialidade lesiva presente em todo e qualquer processo judicial, capaz, em seu bojo, de ter medidas executivas atípicas inconstitucionais determinadas de forma desmedida e indiscriminada.

159. - O que se vê, pois, é uma premente necessidade de tutela preventiva de direitos de liberdade, atualmente em risco em razão de uma situação de insegurança e de instabilidade que se criou a partir da celeuma constitucional já instaurada e ora posta a desate.

160. - Nesse sentido, mostra-se não só adequado como imperioso, para a preservação de direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal, o pronto deferimento — monocrático e *inaudita altera parte, ad referendum* do Plenário, nos termos do artigo 21, IV e V, do Regimento Interno desse STF (“RISTF”) — da medida cautelar, a fim de que sejam rechaçadas certas aplicações conjecturadas acerca do artigo 139, IV, do CPC, consoante, aliás, já feito noutras oportunidades por essa Suprema Corte.

(...) Ex positis, considerando a iminência dos efeitos da Resolução nº 130 do CNJ, diante da impossibilidade de apreciação imediata do feito pelo Colegiado, e com fulcro no artigo 21, incisos IV e V, do RISTF e no artigo 5º, §1º, da Lei nº 9.882/99, por aplicação

análoga (MC na ADI n.º 4465 da Relatoria do Min. Marco Aurélio). DEFIRO a medida cautelar pleiteada, a fim de determinar, ad referendum do Plenário, a suspensão dos efeitos da Resolução n.º 130 do Conselho Nacional de Justiça até o julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade.⁶⁶ (...)

(...) Nessas circunstâncias, tendo em conta os aspectos invocados pela autora, bem como os requerimentos deduzidos pelos amici curiae Federação Nacional dos Trabalhadores da Indústria do Fumo e Afins – FENTIFUMO e Sindicato da Indústria do Tabaco no Estado da Bahia/BA (petições n.ºs 45.695/2013 e 45.912/2013, também recebidas em 13.9.2013), concedo, forte no poder geral de cautela (arts. 798 do CPC e 21, IV e V, do RISTF) e a fim de assegurar tratamento isonômico a todos os potencialmente afetados pelos atos normativos impugnados, a medida liminar requerida para suspender a eficácia dos arts. 6.º, 7.º e 9.º da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n.º 14/2012 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária até sua apreciação pelo Plenário desta Corte. Destaco que o feito, submetido ao rito previsto no art. 12 da Lei n.º 9.868/1999, já se encontra em condições de ser apresentado ao Colegiado. Publique-se. Brasília, 13 de setembro de 2013. Ministra Rosa Weber Relatora⁶⁷

161. - Assim, com fulcro no artigo 10, § 3º, e 11, § 1º, ambos da Lei Federal n. 9.868/99, e artigo 21, IV e V, do RISTF, requer seja concedida, monocraticamente ad referendum do Plenário, medida liminar a fim de que, reconhecida inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 139, IV, do CPC, sejam rechaçadas as interpretações da norma que autorizem, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública.

162. - Requer, ainda, que o deferimento liminar alcance, igualmente, os artigos 297, 390, parágrafo único, 400, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536, *caput* e § 1º, e 773, todos do CPC, de modo a também rechaçar, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias oriundas da aplicação daqueles dispositivos, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação de concurso público e a proibição de participação de licitação pública.

V. - DOS PEDIDOS DEFINITIVOS

163. - Diante do exposto, requer seja julgado procedente o pedido para que essa Suprema Corte declare a nulidade, sem redução de texto, do inciso IV do artigo 139 da

⁶⁶ ADI 4998 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 30/06/2011, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-147 DIVULG 01/08/2011 PUBLIC 02/08/2011

⁶⁷ ADI 4874 MC, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 13/09/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 17/09/2013 PUBLIC 18/09/2013



Lei n. 13.105/2015, para declarar inconstitucionais, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias oriundas da aplicação daquele dispositivo, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública.

164. - Pelos mesmíssimos fundamentos enunciados acima, que seja também julgado procedente o pedido para que essa Suprema Corte declare a nulidade, sem redução de texto, também dos artigos 297, 390, parágrafo único, 400, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536, *caput* e § 1º, e 773, todos do CPC, de modo a rechaçar, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias oriundas da aplicação daqueles dispositivos, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública.

VI. - DOS REQUERIMENTOS

165. - Requer seja intimado, nos termos do artigo 170 do RISTF, o Presidente do Congresso Nacional, com endereço na Praça dos Três Poderes, Brasília/DF, CEP 70160-900, bem como o Presidente da República, com endereço na Praça dos Três Poderes, Brasília/DF, 70150-900.

166. - Outrossim, requer seja citada a Advogada-Geral da União, conforme determinado pela Constituição Federal em seu § 3º do artigo 103 da Constituição Federal e nos termos do artigo 8º da Lei n. 9.868/1999.

167. - Finalmente, requer que todas as publicações sejam feitas em nome dos advogados que esta subscrevem.

Nestes termos, pede deferimento.
Brasília/DF, 10 de maio de 2018

Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch
OAB/DF n. 26.966

Guilherme Pupe da Nóbrega
OAB/DF n. 29.237

Victor Hugo Gebhard de Aguiar
OAB/DF n. 50.240