

ROSELY VENÂNCIO DO NASCIMENTO

**MEDIDAS EXECUTÓRIAS ATÍPICAS: SUA CONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA
NO PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Evangélica Raízes, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. João Victor Mota Marques

Anápolis, maio de 2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

MEDIDAS EXECUTÓRIAS ATÍPICAS: SUA CONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA NO PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Faculdade
Evangélica Raízes, Curso de Direito, 2019.

BANCA EXAMINADORA

Membros componentes da Banca Examinadora:

Presidente e Orientador: Prof. Esp. João Victor Mota Marques
Faculdade Evangélica Raízes

Membro Titular: Prof. (a)
Faculdade Evangélica Raízes

AGRADECIMENTOS

A meus pais, que mesmo não estando vivos, são, sem dúvida, minhas inspirações.

A toda minha família, pela força incentivadora que me deu suporte emocional e coragem para continuar: Wendell, Alyssa, Enzo, Mozer, Nina e Zildo. Amo vocês! Muito obrigada!

A meus amigos, André e Wanessa, por todas as risadas que ajudaram amenizar a tensão, somente fortalecendo nossa amizade.

A Thaynnara Nascimento e Dra. Elaini Pires, que somaram tanto ao meu período de estágio junto ao Ministério Público de Goiás. Obrigada pela oportunidade de aprendizado.

Ao meu querido Professor Orientador Esp. João Victor Mota Marques, que exerce tão bem o seu legado. Obrigada por toda direção ao longo desse projeto.

A Deus que me fez um ser que acredita veementemente no seu amor e é cheia de esperança.

Por fim, agradeço a todos aqueles e aquelas que, de alguma forma, participaram da realização desse sonho. Obrigada.

A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.

Albert Einstein, 2009

RESUMO

MEDIDAS EXECUTÓRIAS ATÍPICAS: SUA CONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA NO PROCESSO CIVIL

Objetiva-se com este trabalho analisar se, de fato, as medidas coercitivas atípicas, como a retenção de passaporte e suspensão de CNH, são autorizadas pela Constituição Federal, ou seja, é constitucional cercear o direito de ir e vir ou, até mesmo, o direito ao trabalho e, ainda, verificar se tais restrições são capazes de se tornar garantidoras de efetividade creditória. Assim, analisando o inovador artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, percebe-se que ele é o responsável pela concessão de poderes subjetivos ao magistrado, permitindo a aplicação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias, atípicas para dar efetividade à tutela jurisdicional, inclusive à tutela de prestações pecuniárias. Apontando a forma e os critérios que a legislação traz em seu conteúdo, esta serve de amparo jurídico ao magistrado para optar, ou não, pela aplicação do instituto das medidas atípicas. Ademais, imperioso observar se esta disponibilidade de análise subjetiva não está a ferir garantias fundamentais dos cidadãos. Ainda, importante averiguar se o magistrado vem respeitando princípios constitucionais e se está agindo em conformidade com os direitos e garantias dos executados e exequentes. Por fim, resta-nos demonstrar se tais medidas vão, de fato, lograr êxito quanto à efetividade, fazendo o executado cumprir com sua obrigação de maneira forçada e o exequente tendo seu direito assegurado.

PALAVRAS-CHAVE: Execução civil. Medidas executórias. Atipicidade das medidas coercitivas. Efetividade no adimplemento do débito.

ABSTRACT

ATYPICAL EXECUTORY MEASURES: ITS CONSTITUTIONALITY AND EFFECTIVENESS IN THE CIVIL PROCES

The objective of this study is to analyze whether, in fact, atypical coercive measures, such as passport retention and CNH suspension, are authorized by the Federal Constitution, that is, it is constitutional to curtail the right to come and go, or even, the right to work, and also to verify if such restrictions are capable of becoming guarantors of creditworthiness. Thus, analyzing the innovative article 139, IV, of the Code of Civil Procedure of 2015, it is perceived that he is responsible for granting subjective powers to the magistrate, allowing the application of inductive, coercive, mandatory and sub-rogatory measures, atypical to give effect to judicial protection, including the protection of pecuniary benefits. Pointing out the form and the criteria that the legislation brings in its content, this serves as legal protection to the magistrate to opt or not for the application of the institute of atypical measures. In addition, it is imperative to observe whether this availability of subjective analysis is not violating fundamental guarantees of citizens. It is also important to check whether the magistrate has respected constitutional principles and is acting in accordance with the rights and guarantees of the executives and executors. Finally, it remains to be seen whether such measures will in fact achieve success in terms of effectiveness, making the executor comply with his obligation in a forced manner and the executor having his right assured.

KEYWORDS: Civil enforcement. Implementing measures. Atypicality of coercive measures. Effectiveness in debt performance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 HISTÓRICO LEGISLATIVO ACERCA DAS MEDIDAS EXECUTÓRIAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL	10
1.1- Conceituação e origem	10
1.2- Evolução histórica das medidas executórias atípicas no Processo Civil.....	12
1.3- O atual cenário das medidas executórias atípicas no Processo Civil Brasileiro	19
2 GARANTIAS NORMATIVAS NA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS EXECUTÓRIAS	24
2.1 Princípios fundamentais da execução no Direito Processual Civil brasileiro... 24	
2.1.1 Princípio da Proporcionalidade	25
2.1.2 Princípio da Razoabilidade	27
2.1.3 Princípio do Contraditório.....	29
2.1.4 Princípio da Responsabilidade Patrimonial/pessoal.....	31
2.1.5 Princípios da tipicidade e da atipicidade das medidas executivas	33
2.1.6 Princípio da Menor Onerosidade.....	34
2.2 Requisitos para adoção de medidas coercitivas atípicas na execução.....	36
3 CONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA DAS MEDIDAS EXECUTÓRIAS ATÍPICAS	42
3.1 - O direito constitucional de ir e vir e a desproporcionalidade da coerção das medidas executórias atípicas	42
3.2- A afronta ao direito constitucional ao trabalho quando da aplicação da medida executória de retenção da Carteira Nacional de Habilitação.....	46
3.3 - Eficácia das medidas executórias atípicas: expectativa de satisfação do crédito <i>versus</i> efetiva quitação do débito	49
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O poder dever do Estado de dizer o Direito expõe a sociedade à diversas situações como a da judicialização, ou seja, litígios de grande repercussão social estão sendo decididos por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais que são o Congresso Nacional e o Poder Executivo, através da fórmula fato mais valor é igual à norma.

Quer seja pela judicialização ou até mesmo pela simples interpretação legal, a sociedade é submetida a uma disponibilidade de análise subjetiva por meio do judiciário e, com isso, medidas inovadoras que envolvam a relação exequente e executado não estão excluídas desta análise.

Embora trate de tema em acalorada discussão, a repercussão não é total e o interesse ainda é de poucos. Entretanto, esta abrangência ocorrerá. O fato inevitável se explica em virtude da aplicação do instituto das medidas executórias estar diretamente ligada ao Direito das Obrigações. Todos, o tempo todo, vivem essa situação, haja vista que somos totalmente dependentes das relações de prestação de fazer, não fazer, ou dar.

O que tem gerado alvoroço, no meio do Direito, decorrente de casos e atos já decididos pelo magistrado na escolha de medida indutiva atípica, dentre as quais se destacam a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, a restrição ao passaporte e, até mesmo, o cancelamento dos cartões de crédito do executado.

E isso está acontecendo independentemente da natureza do dever, inclusive na esfera de dívida alimentar ou, até mesmo, de outras espécies de obrigação de pagar quantia certa. Ou seja, a referida aplicação não está restrita somente à obrigação de dar (pecúnia).

Assim, analisando essas situações, hoje, o poder conferido ao judiciário vai muito além. Atuando de forma subjetiva, ele está a cada dia mais amplo. É evidente a flexibilização trazida pelo novo Código de Processo Civil, comparada com o regime do Código de Processo Civil de 1973 em relação às medidas de execução. Exemplo é o artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, que prevê a atipicidade dos meios executivos, como uma regra geral do sistema em prol da efetivação das decisões judiciais.

Contudo, há de se analisar se esta disponibilidade de análise subjetiva não está a ferir garantias fundamentais dos cidadãos. Imperioso observar se o magistrado vem respeitando princípios básicos, como o do contraditório, da proporcionalidade, da razoabilidade, proibição de excesso, bem como da eficiência e menor onerosidade da execução.

Já que a escolha de medida executiva por parte do julgador interfere diretamente na vida do executado e, se ela não for analisada de forma correta, pode ferir direitos básicos dos cidadãos, cabe ao magistrado velar pelo devido uso das medidas executórias atípicas, á que não se atinge tão somente o campo patrimonial, mas sim uma interferência direta no cunho pessoal.

Vale ressaltar que tais medidas surgiram pelo fato de que, em nossa República, malgrado ter uma política econômica claudicante, é comum lograr êxito em ações, ter a certeza do seu direito, contudo, não ter a satisfação do direito garantida, ou seja, não levar. Em virtude de incontroversos fatos, o judiciário tem atuado de forma tão ampla, buscando satisfazer o direito de satisfação do crédito do exequente.

Desse modo, é de grande relevância ter o conhecimento de como se procede a constitucionalidade das decisões do magistrado em relação às medidas executórias, se os Princípios da Autonomia Privada, bem como o do Equilíbrio entre as Partes, e outros fundamentados na constituição da Obrigação, estão em conformidade com os direitos e garantias do executado e exequente.

Dessa forma, será possível descobrir se tais medidas vão de fato lograr êxito quanto à efetividade, fazendo o executado cumprir com sua obrigação, de maneira forçada, e o exequente ter seu direito assegurado.

Portanto, o estudo do tema nos permitirá elucidar o questionamento prático, de validade, eficácia e, por fim, afirmar o espírito da medida, dizendo seu caráter: se punitivo ou, realmente, um meio eficaz de cumprimento da obrigação.

1 HISTÓRICO LEGISLATIVO ACERCA DAS MEDIDAS EXECUTÓRIAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL

1.1- Conceituação e origem

As medidas executórias são, sem dúvida, um dos temas mais relevantes e de mais uso dentro do mundo do processo civil. Desperta, de maneira significativa, o interesse dos operadores do Direito. Justifica-se tão grande fascínio pelo fato de que, neste momento, busca-se a concretização do direito subjetivo do exequente. Neste sentido, a execução permite que o credor alcance seus anseios, usando de meios coercitivos dentro do Poder Judiciário.

Ao pé da letra, no *strictu sensu* da palavra, segundo o *site* Conceito de (2012, *online*), a conceituação básica de execução é:

Do latim *exsecutio*, o termo execução permite referir-se à ação e ao efeito de executar. Este verbo abrange vários significados: levar algo a cabo, desempenhar algo com facilidade, tocar uma peça musical, ajustar, reclamar uma dívida por um procedimento executivo ou, no caso da informática, realizar as operações que são especificadas por um programa. Execução no Processo Civil consiste no processo de efetivação do processo de conhecimento, é o ato de se fazer cumprir à sentença, determinada pelo magistrado. Sua origem se fez pela falta desse cumprimento por parte dos devedores, assim, se fez necessário o surgimento de medidas executórias, de cumprimento de sentenças.

O conceito clássico de execução aplicado diretamente ao Direito, quanto à tutela jurisdicional da execução segundo, Yarshell (2017, *online*) é:

Execução, entendido como atuação da sanção secundária, fundou-se na ideia de atividade sub-rogatória: ela consiste na prática de atos materiais de invasão da esfera patrimonial do devedor para, contra sua vontade, satisfazer-se o credor. No caso da quantia, isso se dá mediante atos que culminam com a expropriação do patrimônio penhorável do devedor. Ainda na concepção clássica, o emprego de meios de coerção sobre a vontade do devedor, com o objetivo de compeli-lo a realizar – se não de forma espontânea, ao menos voluntariamente – a prestação devida, era tida como uma forma de execução “imprópria” ou, quando menos, “indireta”.

Hoje, tipificadas em lei, garantia de direito consolidada como podemos ver na Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, do Código de Processo Civil.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a

requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1o Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. (BRASIL, 2015)

Porém para chegar até este patamar do art. 536, do CPC, de 2015, a história foi árdua, mas à chegada inevitável. Isto porque a maneira utilizada pelos credores para a satisfação de dívidas era desmedida, violando direitos básicos, ferindo descaradamente o direito à dignidade humana.

Mesmo com a criação das medidas executórias, a maioria dos exequentes se via com a decisão do magistrado em mãos, mas nada além de um pedaço de papel, pois a obrigação em si, na maioria dos casos, quase nunca era cumprida.

Compartilham desse entendimento de Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2017, p.737):

Quer tudo isso significar que o processo, após a prolação da sentença, só caminha adiante quando a tutela do direito não foi integralmente prestada, dependendo de meios de execução. Nesse caso, a sentença não é bastante ou suficiente para a prestação da tutela do direito material.

Diante de tal fato, em que, mesmo com a criação de medidas coercitivas, os executados continuavam a protelar o cumprimento das obrigações, deixando os anseios dos exequentes frustrados na grande maioria das vezes, fez-se necessária nova intervenção do Estado.

Nesse diapasão, houve a criação de medidas executórias atípicas que consistem basicamente na flexibilização e ampla possibilidade de o magistrado atuar de maneira diversa, no intuito de alcançar o cumprimento das sentenças. Tudo isso na tentativa de encerrar esse vezo, de ter a certeza do direito e não sua satisfação.

As medidas executórias atípicas tomaram força somente em 2015 com a chegada do Novo Código de Processo Civil, principalmente com o artigo 139, inciso IV, que dispõe:

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;(BRASIL, 2015)

Desde modo, a criação das medidas executórias atípicas trouxe muitas inovações ao Poder Judiciário e com elas uma série de questionamentos pela questão de sua constitucionalidade e aplicação pelo magistrado, já que o novo artigo o deixa em uma posição confortável quanto ao seu livre convencimento acerca da medida que deve adotar.

1.2- Evolução histórica das medidas executórias atípicas no Processo Civil

As medidas executórias no Direito brasileiro vêm sofrendo consideráveis evoluções durante a sua história, partindo pelo pressuposto que o bem usado para a satisfação do crédito era o corpo do devedor, como diz Paula (2008 p. 1), “pagava-se com a sua vida ou até mesmo sua prisão em correntes e bolas de ferro, configurando na sua escravidão”, ficando evidente que a execução era feita na pessoa do devedor. Havia, assim, afetação ao pessoal e não ao patrimônio do devedor, ou seja, tratava-se de modalidade de execução pessoal.

Para chegar a esta decisão de violar garantias fundamentais, bastava uma simples comprovação por meio de um título ou a confissão por parte do devedor (Lei das XII Tábuas). Sem direito à presença de um juiz ou uso do contraditório, isso já era o suficiente para sua execução ou escravidão; decidida tão somente por parte do credor, que de forma autônoma usava de força física contra o executado. Fica notório como, naqueles tempos, o direito real era absoluto, tocando-se no patrimônio do outrem somente após a sua morte.

Nesta mesma linha de raciocínio, Medina (2002, p. 316) comenta:

A manus injectio no direito romano, embora às vezes lembrada pela doutrina como meio de coerção para o pagamento de dívidas, tinha natureza privada e penal. Não se equipara, propriamente, aos modernos meios coercitivos, porquanto com a *manus injectio* a prisão e, perdurado ao inadimplemento após a prisão, até mesmo a morte do devedor - não era apenas utilizada para convencer o devedor moroso a resolver-se a cumprir a obrigação, porquanto o patrimônio do devedor, nesses casos, interessa apenas mediatamente, respondendo pela dívida o próprio corpo do devedor.

Consta na história das execuções, que antes de se promulgar a Constituição Federal, o processo executivo era muito influenciado pelo liberalismo, haja vista a criação do Código de Processo Civil de 1973, que era baseado no patrimonialismo, não sendo mais permitidos aqueles meios estarecedores e nada que não estivesse estipulado em lei. Apenas se permitia uso de medidas de expropriação por sub-rogação e as técnicas tipificadas, garantindo, assim, aos cidadãos o respeito ao princípio da legalidade (LEMOS, 2011).

Para os Pós Doutores Marinoni; Arenhart e Mitidieiro (2017, p. 740), era necessária precedência em relação à execução, pois a base do processo civil era liberal, de modo que, nessa época, era necessário, primeiramente, se fazer o conhecimento da existência daquele direito afirmado pelo exequente, para, em seguida, invadir a esfera jurídica do demandado.

Neste momento, houve uma inversão considerável na vida do executado. Antes, esse não detinha nenhuma proteção ao seu lado pessoal e nem ao seu patrimônio. Num segundo momento da história, houve uma proteção integral de seu pessoal, autorizando-se a intervenção em seu patrimônio, mas de maneira criteriosa, submetendo à análise judicial e sendo autorizadas somente intervenções estipuladas em lei.

Segundo Lemos (2011, p. 143), o CPC/1973 “em sua redação primitiva, portanto, reedita os ideais burgueses de que toda execução deve recair sobre o patrimônio e não sobre a pessoa”. Assim, houve a limitação do uso de técnicas jurídicas contra os cidadãos em inadimplência e uma proteção à liberdade do indivíduo. Situação que criou uma inflexibilização dentro do Poder Judiciário, já que o magistrado não podia usar de outros meios para atender à demanda do credor. Deste modo, nada que não estivesse escrito na lei poderia ser feito.

A situação teve novo avanço com a publicação da Constituição Federativa do Brasil de 1988, com a substituição dos ideais liberais por Democráticos de direitos. Segundo Lemos (2011, p146-147):

Com a introdução desse novo paradigma, no qual o centro do universo jurídico deixa de ser a lei e pelos direitos fundamentais passa a ser ocupado, o processo começa a ser compreendido não mais como uma simples técnica, mas como um instrumento de realização de valores constitucionais aplicados, sendo, em seu desenlace, verdadeiro meio de justiça social, a que “vale não tanto pelo o que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz”. O processo é vislumbrado, portanto, agora, como genuíno direito fundamental, essencial não apenas

ao Estado Democrático de Direito, mas, sobretudo à sociedade, representando ao cabo, o espaço mais autêntico para o exercício da cidadania.

Deste modo, a Constituição da República de 1988 trouxe um novo entendimento ao direito de ação, pois elencou a tutela jurisdicional no artigo 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Nesta senda, a Constituição impede que a lei limite o acesso à jurisdição, impondo ao Estado o dever de proteção à tutela jurisdicional.

Nesse sentido, Cansi (2016, *online*) aduz:

A percepção de que a tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV CF) vincula o legislador, o administrador e o juiz; isto porque os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, ou seja, constituem um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva do Estado. Assim, é possível quebrar a clássica dicotomia entre direito e processo (substance - procedure), passando-se a falar em instrumentalidade do processo e em técnicas processuais.

Para Rodrigues (2016, p.11), a tutela jurisdicional costuma ser interpretada como a proteção que o Estado irá realizar sobre os direitos das partes envolvidas em uma contenda.

Porém no entendimento de Wambier (2012, p. 43/44), é o meio pelo qual se concretiza a pretensão que movimentou o Poder Judiciário. Por vezes, entretanto, a execução independe de provocação jurisdicional anterior, quando o que se pretende, no caso, é a efetivação do título extrajudicial.

Mesmo que a tutela jurisdicional conceda o direito, não é sempre que se alcança a sua efetividade. Por isso, segundo Theodoro Júnior (2005, *online*), devemos entender que:

A atividade jurisdicional da execução ocorre quando o Poder Judiciário é provocado, não para resolver um conflito pelo meio cognitivo, mas para executar decisão ou título anterior, assegurando que o direito adquirido seja concretizado. Desta forma, tem-se que a tutela jurisdicional executiva pressupõe a ocorrência de inadimplemento de uma prestação obrigacional anterior, seja ela de dar, fazer ou não fazer. Portanto, a execução forçada presta-se a efetivar a obrigação devida.

Segundo a professora Cansi (2016, *online*), na chegada da constitucionalização do processo, também chamado de neoprocessualismo, o processo tem quimera de instrumento democrático, transcende o interesse

específico das partes. Aqui já não cabe mais a conotação privada, pois o processo deixou de ser um mecanismo individual, passando a ser mais um meio de justiça que deve abraçar a todos.

Ocorre que a tutela jurisdicional declara o direito, porém nem sempre é suficiente para garantir a efetivação. (MEDINA, 2002, p.50).

Com a chegada da nova Constituição da República de 1988, passou-se a entender que aqueles meios utilizados como os sub-rogatórios não eram hábeis como se esperava para a satisfação da tutela jurisdicional, ficando evidente que os meios até então utilizados não lograram êxito. Afetando-se a pessoa, feriam-se garantias fundamentais, sem alcançar a satisfação do crédito. Outrossim, alcançando-se exclusivamente o patrimônio, também não se logro o êxito esperado. Chegando-se, assim, à conclusão da necessidade de usar medidas coercitivas patrimoniais e pessoais e, juntamente com essas, as medidas sub-rogatórias.

As inovações com a chegada do Estado Democrático de Direito não se encerravam aí. O Estado, que era visto como o inimigo público ganhou nova visão, colocando-se ao lado do cidadão, pois deveria zelar pela proteção dos direitos da sociedade e, por consequência, da necessidade de se dar a tutela efetiva aos direitos. Com isso, o legislador invalidou o engessamento instaurado no poder executivo do juiz, ofertando-lhe a mobilidade necessária para alcançar a efetividade dos direitos. Colocou-se, desta forma, um fim ao princípio da tipicidade dos meios executivos dentro do direito nacional (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Ainda ensina os professores Marinoni; Arenhart e Mitidiero (2017, p. 763) que, notou-se esta insuficiência em razão de:

Dos Arts. 461 e 461-A do CPC/1973, o ordenamento brasileiro rompeu com a tradição que o caracterizava e o juiz passou a estar autorizado a determinar a modalidade de execução adequada a cada caso concreto. A elasticidade peculiar à multa, fixada em montante adequado, constituiu, de fato, resposta evidente à tendência de se dar poder executivo para o juiz bem tratar do caso concreto.

Nesse momento, com a inovação dos referidos artigos, vê-se o fim de parte do engessamento imposto pelo Estado Liberal, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Assim, nos deparamos com o surgimento das medidas atípicas, visto que a regra contida no § 5.º do art. 461 afirmava expressamente:

§ 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)(BRASIL, 2002)

Posteriormente, houve a chegada do artigo 461-A, que estabelecia: Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

O magistrado poderia determinar a “medida necessária”, exemplificados pela, busca e apreensão, a remoção de pessoas ou coisa, dentre outras. Estas normas abriram significativamente o leque para alcance de êxito, tanto do credor como do magistrado, que poderia solicitar a medida executiva que entendesse mais favorável e ágil para satisfação do pleito (ARENHART; MITIDIERO; MARINONI, 2017, p. 764).

Mas, como dito, os artigos 461 e 461-A, deram o marco inicial ao princípio da aplicação de medidas atípicas. Contudo, os inovadores artigos não abrangiam as obrigações pecuniárias, eles eram específicos às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. Mantendo-se, assim, as obrigações pecuniárias no engessamento total. Quando se tratasse em obrigação de dar dinheiro, o Poder Judiciário continuava limitado às medidas tipificadas pelo legislador.

A única medida coercitiva cabível nas obrigações de dar pecúnia era a obrigação de pagar alimentos. Então, mesmo com o direito constitucional de acesso à tutela jurisdicional, estipulada pela Carta Magna, e mesmo com o epílogo do princípio da tipicidade dos meios executivos, havia um tratamento discrepante com os credores pecuniários, pois aos mesmos não era permitida a aplicação de medidas executórias atípicas.

Conquanto, ainda na evolução histórica do Processo Civil Brasileiro, na evolução do Direito, que todos sabemos ser contínua e acompanha a evolução da sociedade, se fizeram necessárias novas intervenções. O CPC/73, em 2005, sofreu uma nova reforma e uma delas foi o fim ao regime “processo de conhecimento

somado a um novo processo de execução” (ARENHART; MITIDIERO; MARINONI, 2017, p. 764).

Até a mudança de 2005, o credor ingressava com uma ação, que era o processo de conhecimento, o qual, mesmo concluído, não sanava a dívida, visto que o credor nada recebia com a conclusão do processo. Restava-lhe, apenas, a confirmação ou não de seu direito. Para alcançar a execução, era necessária a instauração de um novo processo, conhecido como processo de execução, que era feita em apartado, ou seja, seria feito um novo processo para a fase de execução, desde que assim requeresse oportunamente o autor da demanda original, para recebimento de seu crédito (ALMEIDA, 2016).

Quanto a essa mudança, Almeida no *site JusBrasil*, (2016, *online*) reiterou que:

Assim como previsto no CPC de 1973, após as reformas legislativas de 2005 e 2006, os títulos executivos judiciais serão executados nos autos do mesmo processo, sem a necessidade de ajuizamento de uma nova ação, se trata do estabelecimento de um processo sincrético. Já para a execução dos títulos executivos extrajudiciais, obviamente, se faz necessário o ajuizamento de uma ação de execução.

Ou seja, era usado, desde então, um novo processo para a “execução de sentença”. Passou-se a exigir um simples requerimento, como podemos ver no artigo 475-J, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) (BRASIL, 2005).

A partir daquele momento, em 2005, o processo de conhecimento seguiria até que a tutela do direito almejado pelo exequente fosse efetivamente prestada, passando a se importar mais com a tutela do direito do que com meras questões formais.

Verifica-se que foram inovadoras e significativas as mudanças estabelecidas dentro do processo de execução, sobretudo por conta da criação de modelos atípicos de meios executivos. Entretanto, as prestações de pagar quantia ainda se encontravam engessadas, padecendo de evidentes deficiências. A única

garantia era de intervir por sub-rogação no patrimônio do executado. Vários bens desses patrimônios portavam restrições, os passíveis à penhora, na grande maioria das vezes, eram absconditos pelos devedores, tornando infrutíferas as execuções (ARENHART; MITIDIERO; MARINONI, 2017).

Apesar disso, a desigualdade no tratamento das tutelas de interesse pecuniários continuou por cerca de 10 (dez) anos. Somente após este período, apareceu um fio de esperança aos exequentes de demandas de dar quantia certa. O Novo Código de Processo Civil de 2015 tratou de sanar a discrepância entre estes credores. Dado que o legislador abriu a possibilidade de aplicação de medidas atípicas também para obrigações pecuniárias, concedendo, assim, margem para uma possível ou, no mínimo, uma ampliação das possibilidades de obter êxito na execução da dívida.

O maior responsável por toda essa flexibilização trazida pelo novo Código de Processo Civil, comparada com o regime do Código de Processo Civil de 1973 em relação às medidas de execução é, sem dúvida, o artigo 139, inciso IV, que prevê a atipicidade dos meios executivos como uma regra geral do sistema, em prol da efetivação das decisões judiciais, ao dispor que:

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;
(BRASIL, 2015)

Com esse novo meio de imposição do Poder Judiciário, alguns doutrinadores

como Abelha (2016), acreditam se tratar de uma tutela jurisdicional meramente declarativa do direito, a qual não faz o cumprimento da obrigação. E, se consiste somente em declaração do direito, não há que se falar em cumprimento. E quando somente a declaração do direito não satisfaz o exequente, surge a tutela jurisdicional executiva, pois necessita de meios para atingir a execução. No mesmo sentido, é o entendimento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) que, embora não usem o termo “tutela jurisdicional e executiva”, ensinam que a decisão depende de meios executivos para realizar a sua satisfação, não podendo ser uma tutela jurisdicional meramente declaratória, pois:

A tutela que necessita de prestação de fazer, de não fazer, de entrega de coisa ou de pagamento de quantia é uma tutela que não é prestada por uma sentença que basta por si só, como a sentença declaratória – que não pode e não precisa ser executada- uma vez que exige meios de execução. Tal tutela é prestada pela sentença (ou, de modo mais geral, por decisão judicial) e pelos meios executivos, ou melhor, por ato judicial cuja natureza é delineada com base nos meios de execução que a complementam. Quando se declara um efeito jurídico que requer uma prestação, evidentemente não há decisão declaratória, já que a declaração é de que a prestação faltante (pagar quantia, por exemplo) deve ser implementada pela via executiva. Portanto, a decisão judicial que autoriza a execução, porque presta uma tutela jurisdicional do direito que depende de algo, não pode ser declaratória.

Assim, usa-se o termo de tutela executiva a todos os processos que necessitam de meios além para alçar o direito comprovado. Pois, é evidente que apenas ter o direito declarado na fase de conhecimento não é suficiente para a satisfação, havendo a necessidade de emprego de outros meios para alcançar a garantia efetiva da tutela jurisdicional. Garantia de possibilidade de novas medidas, abrindo-se um novo leque à disposição das partes e do magistrado para darem maior efetividade ao processo civil brasileiro.

1.3 O atual cenário das medidas executórias atípicas no Processo Civil Brasileiro

Atualmente, com o surgimento das mudanças trazidas pelo novo código de Processo Civil em 2015, principalmente com a chegada do inciso IV, do artigo 139, há autorização para que o magistrado determine todas as medidas indutivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Referido artigo traz consigo uma alta responsabilidade, que caberá ao magistrado amenizar, usando este poder conferido baseado, principalmente, em uma fundamentação constitucional.

Como menciona Silva (2016, *online*) “a aplicação do artigo 139, IV deve ser feita em consonância com o artigo 8º e em caso de colisão com outro direito, deverá ser atendida a disposição do artigo 489 § 2º, sempre sob uma ótica constitucional”.

Contudo, há de se analisar se esta disponibilidade de análise subjetiva não está a ferir garantias fundamentais dos cidadãos. Observa-se que o magistrado vem respeitando princípios básicos e principalmente os constitucionais. Já que a escolha de medida executiva por parte do julgador interfere diretamente na vida do executado. Segundo Lemos (2011), as cláusulas gerais e as técnicas processuais dotadas de conceitos indeterminados possuem o objetivo de dar ao cidadão o direito de construir a ação adequada ao caso concreto. Na mesma linha, Fredie Didier Jr. (2015, p.117) afirma que as cláusulas gerais realizam a “justiça do caso concreto”.

O magistrado, no exercício de sua decisão, pode se valer de cláusulas gerais dispostas em todo o ordenamento para conseguir alcançar efetividade das suas decisões, o que não é novidade. Como já mencionado anteriormente, o magistrado, no CPC/1973, já contava com o artigo 461, §5º, aquele que se consagrou como o marco do início ao princípio da atipicidade, permitindo o livre convencimento do julgador acerca de decisões que tratassem de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa distinta de dinheiro.

Segundo Oliveira (2016, *online*), que afirma que vários juízes que defendem a tese da aplicação medida coercitiva atípica têm ganhado força nos quatro cantos do país. Segundo ele, o direito de ir e vir e sua restrição são, apenas, dois pontos controvertidos do universo gigantesco dos direitos das obrigações. Destaca, ainda, que a divisão de posicionamentos tem gerado dúvidas quanto à aplicabilidade e também sua eficácia.

Para Kalonki (2017, *online*), embora tenham passado dois anos da criação do Código de Processo Civil, a medida tem ganhado destaque somente agora. Destaca ela:

Sob a ótica do credor, a medida parece ser um meio para garantir o princípio do resultado, que prevê a necessidade de dar ao exequente exatamente aquilo que ele obteria caso o executado tivesse cumprido voluntariamente a sua obrigação. Neste contexto, juízes de 1ª instância tem admitido a suspensão da CNH e do passaporte dos devedores como meio de “satisfação” da execução. Esse foi o entendimento da juíza da 9ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa ao, dentre outras medidas, autorizar o bloqueio da CNH e do passaporte dos devedores na ação em fase de cumprimento de sentença há mais de 16 anos.

Basta uma simples pesquisa para notar que ainda é sucinta por parte dos magistrados essas decisões. E ainda quando elas são as opções escolhidas, existe

uma boa parte de doutrinadores e magistrados que discordam do seu uso, gerando muita divergência quanto à possibilidade de suspensão/apreensão desses documentos. Discute-se, especialmente, a constitucionalidade de tais medidas coercitivas, que poderiam, em tese, violar preceitos constitucionais, como a garantia de liberdade de locomoção, direito de ir e vir e até direito de trabalho.

O professor de Direito Civil na Escola Paulista de Direito Andriotti (2018, *online*), se manifesta acerca da relevância das medidas, da seguinte maneira:

A relevância desse instituto é enorme porque abre um novo leque à disposição das partes e do magistrado para darem maior efetividade ao processo civil – efetividade que, aliás, tornou-se norma fundamental explícita, pois foi inserta no art. 6º do Código. Essas medidas possibilitam, por exemplo, a imposição de multa pecuniária a quem deve pecúnia, e a restrição de determinados direitos, incluindo, segundo alguns, a suspensão do passaporte e/ou da Carteira Nacional de Habilitação, a proibição de frequentar determinados lugares e até a suspensão de determinadas atividades ou da operação de aplicativos.

Esse é o entendimento do doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves:

A consagração legal do princípio da atipicidade dos meios executivos não é novidade no sistema, já que no CPC/1973 o art. 461, § 5.º, antes de iniciar a enumeração de diferentes meios de execução – tanto de execução indireta como de sub-rogação –, se valia da expressão “tais como”, em nítida demonstração do caráter exemplificativo do rol legal. O problema é que o dispositivo que consagrava a atipicidade das formas executivas no CPC/1973 disciplinava a execução das obrigações de fazer e não fazer, aplicável a execução das obrigações de entregar coisa por força do art. 461-A, § 3.º, do CPC/1973. A consequência mais relevante dessa circunstância era a resistência do Superior Tribunal de Justiça em aceitar a aplicação de *astreintes* na execução da obrigação de pagar quantia certa, ainda que o entendimento fosse criticado por parcela da doutrina. Como o art. 139, IV, do Novo CPC faz expressa menção a ações que tenham por objeto prestação pecuniárias, é possível concluir que a resistência à aplicação das *astreintes* nas execuções de pagar quantia certa perdeu sua fundamentação legal, afastando-se assim o principal entrave para a aplicação dessa espécie de execução indireta em execuções dessa espécie de obrigação (2016, p. 208).

Desta forma, verifica-se que a doutrina, bem como o ordenamento jurídico brasileiro, dispõe de mecanismos para elucidação do tema. Muito embora a discussão não seja de hoje, o instituto e sua aplicação, nos negócios jurídicos, mais especificamente no Direito das obrigações de pagar, já havia divergência de pensamentos. Ainda no momento da entrada em vigor do novo Código de Processo

Civil, ela já existia. Desta forma, as variações de opiniões aqui selecionadas têm o condão de trazer a melhor clareza possível acerca do tema.

Uma maneira de melhor exemplificar as divergências no Poder Judiciário brasileiro e, ainda mostrar como estão recentes, é analisar uma das primeiras decisões sobre o artigo 139, IV, gravado em sede do processo 4001386-13.2013.8.26.0011, em trâmite perante o Foro Regional XI – Pinheiros/SP, na qual a magistrada determinou:

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. Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida. Oficie-se às empresas operadoras de cartão de crédito Mastercard, Visa, Elo, Amex e Hipercard, para cancelar os cartões do executado.

A Juíza elencou em sede da decisão retro mencionada, alguns aspectos que a levaram a deferir o pedido efetuado pelo devedor:

(...) O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do art. 139, inciso IV, do CPC. 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 à penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a execução. (...) (SÃO PAULO, 2013)

Ela ainda continua:

Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não tem 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.

É indiscutível que a magistrada tentou de todos os meios existentes obter a satisfação do crédito. Sendo que não obteve êxito, deixando o exequente que tem a certeza do seu direito em uma situação de total descrença com o Judiciário. É notória a intenção do executado em ludibriar o poder do Estado. Por todas as medidas solicitadas pela juíza, vê-se que se trata de um devedor que possui uma situação financeira confortável, não restando alternativa senão a aplicação das medidas executivas atípicas.

Nesta senda, as medidas executórias atípicas vêm tomando força e espaço dentro do cenário do Poder Judiciário brasileiro. Trata-se de algo que vem se moldando e seu estudo ao longo no tempo permitirá solucionar questionamentos práticos e, por fim, afirmar qual o espírito da medida diz seu caráter: somente punitivo ou, apenas, um meio eficaz de cumprimento da obrigação/dever.

2 GARANTIAS NORMATIVAS NA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS EXECUTÓRIAS

2.1 Princípios fundamentais da execução no Direito Processual Civil brasileiro

O Direito, como ciência, proporciona um entendimento da norma por meio de métodos científicos. Se analisarmos a questão em sentido direto teremos uma conclusão voltada apenas para o positivismo jurídico, ou seja, apenas para o que está definido em lei.

Contudo, a abordagem feita por esta pesquisa proporciona algo bem mais abrangente: o entendimento da norma por meio de métodos científicos, analisados sob o prisma do sentido amplo. Assim, neste segundo capítulo, observaremos primeiro, obedecendo a um silogismo, os princípios fundamentais da execução responsáveis por nortear a aplicabilidade das medidas executórias, tratando-se de pilares das principais garantias processuais dentro do direito processual civil.

Ressalta-se que essa análise é feita tanto na fase instrutória de um processo como em uma ação autônoma, com esse fim específico. As medidas executórias sempre estarão sujeitas aos princípios gerais de todo processo civil, garantindo direitos e deveres no que tange a execução.

Os princípios destacados neste capítulo poderão, na sua grande maioria, ser encontrados dentro da Constituição da República, garantindo assim, a sua supremacia constitucional. No entendimento de Sundfeld (2002), são normas mais abrangentes e genéricas, representando a base e as ideias nucleares de um sistema jurídico, de modo a dar-lhe um sentido lógico, harmonioso e racional. Vale ressaltar que são inúmeros os princípios que devem ser observados dentro da execução civil.

Nesse contexto, registrem-se os ensinamentos de Canotilho (2003, p. 1161-1162):

Os princípios [...] permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à "lógica do tudo ou nada"), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. [...] em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de

harmonização, pois eles contêm apenas "exigências" ou "standards" que em "primeira linha" (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm "fixações normativas" definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).

Partindo dessa ideia, a observação dos princípios dentro do processo de execução é imprescindível. É necessário pontuarmos de maneira clara e objetiva os seguintes princípios: o princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade, o princípio do contraditório, o princípio da responsabilidade patrimonial/pessoal, princípio da tipicidade e da atipicidade das medidas executórias e princípio da menor onerosidade.

2.1.1 Princípio da Proporcionalidade

Utilizado em todas as áreas do mundo jurídico, o princípio da proporcionalidade é indispensável dentro do processo civil, inclusive no âmbito da execução, pois tem o objetivo de coibir excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho (2003, p. 1161), trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”. Comprova-se tão grande relevância do Princípio da Proporcionalidade com a sua consagração dentro do Artigo 8º, Código de Processo Civil, vejamos:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL, 2015)

Segundo Lima (2019), o princípio da proporcionalidade é elaborado analisando seus subprincípios, são eles: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação consiste basicamente na relação de início do caso e seu fim, ou seja, se existe uma relação correta entre o fim determinado e os meios com que são determinados a cabo.

Já a necessidade deve se averiguar elencando as possibilidades e fazendo sempre o uso da menos gravosa;

A proporcionalidade, no sentido acurado da palavra, consiste substancialmente em cuidar-se de verificar a relação de custo-benefício da medida, atuar com ponderação entre os danos causados e os resultados que podem vir a ser gerados.

Assim, observa-se mais uma vez a magnitude deste princípio, visto que qualquer ato do poder público, inclusive os mais básicos, deve ser dotado de proporcionalidade, incumbindo ao Judiciário, em cada caso, fiscalizar se as medidas utilizadas respeitaram de fato os subprincípios da proporcionalidade. (LIMA, 2002).

Para os professores Didier Jr.; Cunha; Braga e Oliveira (2017), no que tange à proporcionalidade, eles afirmam que a execução é um ambiente propício para o surgimento de conflitos que, no momento específico da execução, não se tinha ideia de que realmente poderiam surgir.

Ainda, reiteram que nesse jogo de forças, representado por interesses diversos, acontecem constantemente o choque entre princípios. Um exemplo disso ocorre com o princípio da efetividade que de maneira corriqueira choca-se com os princípios que protegem o executado. Ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, que, embora também sirva ao exequente, costuma ser invocado para fundamentar a existência de uma série de regras de tutela do executado.

Um bom exemplo disso são as regras que preveem as impenhorabilidades, tal conflito, dentro do processo de execução, é na maioria das vezes sanado com a utilização do poder do magistrado de decidir quaisquer das lides, fazendo a análise do cada caso e dando a destinação menos gravosa para ambos os lados, por obvio que tal decisão deve ser livre, contudo, motivada um bom exemplo de amparo legal, permitindo uma análise mais transigente por parte exclusiva do togado, é o artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, que diz:

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; (Brasil, 2015)

O dispositivo legal citado, deixa evidente que a ordem emanada do judiciário deve ser cumprida, esta é uma visão estritamente legalista acerca do dispositivo, entretanto, uma visão mais ampla nos levará ao entendimento do quanto é indispensável a observância do princípio da proporcionalidade dentro dessa decisão que em maioria esmagadora ocorre no processo de execução. Por certo que as decisões tomadas a critério do magistrado, possuem diversas possibilidades para propiciar a efetividade dentro de um processo de execução.

Obrigatoriamente, deve o magistrado se atentar criteriosamente à proporcionalidade e a tantos outros princípios e garantias inerentes às partes. Nesta senda, Didier Jr (2017), argumenta que no processo de execução, a aplicação da necessidade vem como limitador da medida executiva adotada. Não permitido a medida ser exacerbada, chegando além do que realmente precisa para se atingir a tutela jurisdicional.

2.1.2 Princípio da Razoabilidade

Trata-se de um princípio que vive constantemente em debate dentro do cerco doutrinário, devido possuir pontos igualitários entre ele e o princípio da proporcionalidade. Luís Roberto Barroso (2014) sustenta que os referidos princípios são fungíveis, que possuem em sua composição o uso da racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum e rejeição de atos arbitrários e, por isso, os considera princípios intercambiáveis. Entretanto, outra parte da doutrina entende de forma contrária, pois afirma não existir igualdade entre os princípios, expondo alguns pontos que diferem, como a origem e a estrutura na aplicação.

“A norma que atende ao princípio da razoabilidade visa aproximar o senso comum do bom senso” (OLIVEIRA, 2007, p. 184-185).

Este princípio busca incansavelmente garantir algo mais maleável, busca um meio termo, em que se pode alçar um fim sem grandes prejuízos. Acerca do tema, o Filósofo grego Aristóteles explana que “a justiça é a procura do meio termo” e que encontrar este meio é tarefa dificultosa, sendo que aquele dedicado às

atividades públicas, o legislador, o julgador ou administrador, deve voltar-se à prudência (ARISTÓTELES, 1996).

Dentro da legislação brasileira, o princípio da razoabilidade está inserido em vários artigos dentro de uma série de leis e, por se tratar de um princípio constitucional, será encontrado, por exemplo, dentro da nossa carta Maior, no artigo 5º, inciso LXXVIII, que trata da razoável duração do processo. Contudo, a medida em análise objetiva a preservação da disciplina e leva em consideração o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence sem desprezar o dever do Estado em dizer o Direito, não apenas satisfazendo a pretensão mas também de forma justa e igualitária, este entendimento também permeia não somente as decisões do judiciário mas também em qualquer ato Administrativo, esse é o entendimento de Marcelo José Magalhães Bonício (2016), razoabilidade é “uma forma de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, que visto sob a ótica do processo é mais uma garantia de que o juiz terá que adotar decisões razoáveis, ou seja, sem excesso ou omissões”

Observa-se que o princípio da razoabilidade é necessário para as garantias de direitos básicos e fundamentais da sociedade em um todo. Como defendido pelo professor Luís Roberto Barroso (2002, p. 373):

O princípio da razoabilidade é um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Seguindo a mesma linha, é entendimento doutrinário que o princípio da razoabilidade deve constantemente ser observado pelo Poder Legislativo, sem aprofundar em questões Sociológicas e ou Filosófica, pois não é o objetivo deste trabalho, é inegável que a norma também atende a este princípio, para Miguel Reale (2003), criador da Teoria Tridimensional do Direito, fato, valor e norma é parte integrante de qualquer norma ou regulamento que envolva a atividade jurídica, entender este aspecto gerador da norma é afirmar que sociólogos, filósofos e operadores do Direito estão intimamente ligados, qualquer desvinculação pode comprometer o espírito legal, assim, jamais poderíamos analisar a norma sem os seus fatores constitutivos. Assim, pode-se afirmar que razoabilidade está ligada a predominantemente voltada mais para a valoração, do que para fatos sociais.

A Razoabilidade é parte integrante desse sistema formador de normas, ora, partindo deste silogismo, se a norma nasce impregnada de tal Razoabilidade, por consequência lógica sua aplicação também será, de modo conjunto, onde as decisões passam a ter um sentido dialético, argumentativa consistente, uma decisão vinda do poder judiciário deve ser interpretada com fundamentos axiológicos estabelecendo uma hierarquia de valores.

Desta forma, apresentará o instituto uma das formas de caracterização de inconstitucionalidade de uma norma, na mesma linha de pensamento, apenas por zelo, seria este o princípio legítimo para analisar a constitucionalidade dos atos administrativos por exemplo.

O magistrado, em sua atuação, deve tomar como pilar de sua decisão tal princípio, demonstrando segurança jurídica em sua decisão, entregando o Direito da forma que se espera.

Assim, pode-se afirmar que o Princípio da razoabilidade anda de mãos dadas com o princípio da proporcionalidade e juntos garantem que o processo de execução alcance efetividade sem causar grandes prejuízos.

Por fim, o princípio da razoabilidade cuidará que as normas sejam administradas dentro de cada caso, atentando-se para que as partes e o legislador não ajam de maneira acentuada. Ele garante que a norma seja interpretada de maneira maleável dentro daquele caso em específico, conseguindo, assim, a melhor maneira de se findar a questão.

2.1.3 Princípio do Contraditório

Princípio primordial dentro de qualquer processo judicial, ele significa que cada ato praticado durante um processo resulta da participação mútua e ativa das partes. Ele propicia e garante que se realize o devido processo legal. Em simples palavras consiste no direito de resposta, justiça para as partes.

Pode-se dizer que o Princípio do Contraditório é constituído por dois elementos, a saber: a informação e possibilidade de reação. Também, é devido avultar que na Constituição de 1988 é garantido no processo administrativo, inclusive não punitivos, em que não existem acusados, mas litigantes, ou seja, portadores de interesses em conflito (CARNEIRO, 2016).

Dentro do processo de execução, este princípio tomou a sua força recentemente. Devido ao fato de muitos acreditarem que dentro da execução não havia possibilidade de atuar com o contraditório, visto que na vigência do CPC/1973 tinha se como “proibido” debater a execução.

Porém esse mito está superado, como podemos demonstrar a sua imposição de força no art. 5.º, LIV e LV, da Constituição Federal que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (grifo nosso) (BRASIL, 1988)

Sobre o grande desacerto, de se acreditar que não era feito o uso do princípio do contraditório dentro da execução, Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamimi (2002) apontam que o equívoco da antiga afirmação de que não haveria contraditório na execução, acontecia pelo fato de não se perceber que, na verdade, o que não existia dentro do processo de execução era a discussão quanto ao mérito do crédito. Não acontecia o debate. Devido ao fato de que essa discussão já havia ocorrido em uma ação anterior, quando o executado foi condenado.

A existência do referido princípio sempre existiu e não poderia ser diferente, pois é direito inviolável, a ser observado em todo estágio do procedimento como condição de paridade entre as partes (SCHONKE, 1950).

E é devido a esse fato que todos nós sabemos que o direito do contraditório é direito básico e inerente a todos, em todos os casos, sem exceção. Afinal tem *status* constitucional.

O Princípio do contraditório, embora presente dentro da execução, não é detentor da mesma força que possui frente ao processo de conhecimento, por exemplo. Na execução de títulos e no cumprimento de decisões, é permitido ao magistrado conhecer de ofício questões que não foram suscitadas pelas partes, porém não é que não tenha ocorrido o contraditório, somente houve uma procrastinação (MARINONI; ARENHART; MITIDIEIRO, 2016).

Em linhas gerais, podemos afirmar por consequência lógica que o princípio do contraditório está presente nas respostas processuais, seu objetivo é exatamente esse, assim, contempla defesas como os embargos à execução ou impugnações de uma forma geral, ainda, é possível que ocorra o contraditório em todos os incidentes cognitivos que possam surgir durante o processo, como por exemplo: nas alegações de impenhorabilidade ou até mesmo nas alegações de fraude.

É identificado também, no momento em que as partes têm o direito de ser cientificadas dos atos processuais, podem recorrer de manifestações judiciais e extrajudiciais. Por fim, a participação das partes junto ao processo através do contraditório, contribui de maneira relevante para que o magistrado alcance uma harmonia em sua convicção, gerando uma decisão que seja mais equilibrada e conseqüentemente menos gravosa para as partes em litígio (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

Compartilham desse entendimento e ainda acrescentam acerca do tema os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2017, p. 790) quando dizem:

Assim, ressalvadas as situações em que a própria lei autoriza a atuação do magistrado sem anterior manifestação das partes, deve-se sempre autorizar sua participação, até para que possam ser exercidos os princípios acima examinados. Em especial para que o magistrado possa encontrar a *execução equilibrada* – ou seja, o equilíbrio entre os princípios do resultado e da menor onerosidade – é importante que se permita às partes realmente participar do processo, a fim de encontrar o ponto de melhor *performance* da efetividade judicial das prestações.

Comprovando, assim, a necessidade imprescindível do chamamento dos interessados ao processo, que diante dessa interação/participação é possível obter uma decisão mais justa e efetiva, pois fica evidente a real situação, anseios e disponibilidade de cada interessado.

2.1.4 Princípio da Responsabilidade Patrimonial/pessoal

Sabe-se que, nos primórdios da execução, o bem tutelado era o corpo do devedor, ele pagaria com partes do corpo, com a sua escravidão ou até mesmo com a sua vida. O Princípio da Responsabilidade patrimonial garante que somente o

patrimônio do exequente seja objeto da atividade executória, como podemos constatar no artigo 789, *caput*, do Código de Processo Civil, que diz “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Ademais, existe proteção até ao patrimônio, não são todos os bens passíveis de execução. A humanização do direito garante ao executado a proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado e direito ao patrimônio mínimo. Assim, limita a atividade jurídica executiva mais uma vez, sendo necessário o uso criterioso da ponderação e cuidado para não se ferir direitos fundamentais (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017)

Entretanto, o poder dever do Estado de dizer o Direito expõe a sociedade às diversas situações como a da judicialização, ou seja, litígios de grande repercussão social estão sendo decididos por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais que são o Congresso Nacional e o Poder Executivo, através da fórmula fato mais valor é igual à norma.

Nesta senda, podemos constatar uma mudança em relação ao referido princípio, visto que, com as inovações do ordenamento jurídico em que o magistrado pode usar de medidas coercitivas atípicas que alcancem o pessoal do executado e não somente o patrimônio.

A esse respeito, os professores Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p.70) diz:

A responsabilidade executiva parece assumir, atualmente, caráter híbrido, comportando coerção pessoal e sujeição patrimonial:

- i) a coerção pessoal incide sobre a vontade do devedor, admitindo o uso de medidas coercitivas, de execução indireta, para força-lo a cumprir a obrigação com seu próprio comportamento (ex.: arts. 139, IV, 523, § 1º, e 538, § 3º, todos do CPC);
- ii) descumprindo a obrigação, e não sendo possível/adequado o uso de técnica de coerção pessoal, tem-se a sujeição patrimonial, que recaíra sobre os bens do devedor ou de terceiro responsável- que responderão pela própria prestação *in natura* (ex.: dar coisa ou entregar quantia) ou por perdas e danos.

A admissão de medidas executivas que interfiram na liberdade do executado não caracteriza cerceamento de sua liberdade, e não possui resquícios

da responsabilidade corporal. O uso das medidas está amparado em lei e relativiza regras da responsabilidade patrimonial (ABELHA, 2016).

Diante disso, é possível concluir que as inovações rotineiras da sociedade e do direito alcançaram o princípio da responsabilidade patrimonial, o que outrora era inimaginável. Houve uma ampliação no que tange ao patrimônio pessoal do executado, contudo, além das preocupações inerentes aos possíveis abusos na aplicação do instituto, é necessário que tenhamos uma visão também voltada para a efetividade das medidas, no momento de sua aplicação.

2.1.5 Princípios da tipicidade e da atipicidade das medidas executivas

Para José Miguel Garcia Medina (2016), o princípio da tipicidade das medidas executivas assevera que “a esfera jurídica do executado somente poderá ser afetada por formas executivas taxativamente estipuladas pela norma jurídica”, isto é, o executado somente teria seu patrimônio atingido se a medida estivesse estipulada em lei.

Contudo com a inovação trazida com o Novo Código de Processo Civil, onde é conferido ao magistrado depois de esgotar todos os meios taxativos em lei, aplicar medidas coercitivas diversas, gerando o Princípio da Atipicidade, que trabalha na busca de garantir ao processo sua efetividade, e para isto, atualmente faz-se o uso das chamadas medidas coercitivas atípicas.

Vale ressaltar que tais medidas surgiram pelo fato que em nossa República, malgrado ter uma política econômica claudicante, é comum lograr êxito em ações, ter a certeza do seu direito, contudo, não ter a satisfação do Direito garantida, ou seja, não levar. Em virtude de incontroversos fatos, o judiciário tem atuado de forma tão ampla, buscando satisfazer o direito de satisfação do crédito do exequente.

Os artigos fundamentadores da aplicação das medidas atípicas são artigo 139, IV, artigo 297, e artigo 536, § 1º, Código de Processo Civil. O primeiro confere ao magistrado “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 pecuniárias”.

Já o art. 297 do CPC cuida da tutela provisória dizendo “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”.

E, ainda, o art. 536, § 1º, CPC que estabelece:

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

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. (BRASIL, 2015)

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2017, p. 783) “o sistema brasileiro de efetivação de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa caracteriza-se hoje por sua atipicidade, relevando o compromisso com os ares mais modernos da ideologia atual”.

O professor Araken de Assis (2015) discorda da interpretação dos artigos. Para ele, a interpretação é inconstitucional, pois viola o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que trata do impedimento de privar o sujeito de seus bens sem devido processo. Afirma ser “ilegítimo engendrar um mecanismo próprio específico para o caso concreto, em benefício de uma das partes em detrimento da outra”. E, ainda, “nada disso impede a incidência da adequação do meio ao fim como método de concretizar direitos; porém, no âmbito da tipicidade”.

Diante o exposto, mesmo com a parte minoritária da doutrina não reconhecendo a atipicidade dentro das medidas executivas, essa está claramente efetivada. Cabe, agora, ao magistrado atuar de forma justa buscando a efetividade dos anseios do exequente, porém observando os vários princípios e garantias fundamentais que tutelam as partes, bem como, aos doutrinadores atuar na busca de norteadores para uma prudente aplicação das medidas executórias atípicas.

2.1.6 Princípio da Menor Onerosidade

Com as inovações junto ao processo de execução, muitos são os juristas que apontam que as medidas executivas atípicas se tratam de uma espécie de vingança privada.

O Professor Neves (2017, p. 1068) discorda totalmente dessa afirmação, sendo firme que a execução não se trata de instrumento de exercício de vingança privada, pois o princípio da menor onerosidade da execução assegura que nada justifica que o “executado sofra mais do que o estritamente necessário na busca da satisfação do direito do exequente”.

O objetivo do processo de execução civil consiste em uma atuação em busca da satisfação do credor. Não se almeja aqui, pelos meios executivos, a punição do devedor. Quando necessário, haverá sanções punitivas a transgressores de direitos, “castigos” por sua conduta inadequada (WAMBIER; TALAMINI, 2014).

Para Manucci (2016, *online*),

Trata-se de princípio que representa a aplicação da proporcionalidade no processo de execução, na medida em que busca garantir, a um só tempo, a efetividade da tutela executiva e a preservação do patrimônio do executado contra atos desnecessariamente invasivos. Em outros termos, a medida executiva pretendida deve revelar-se necessária e adequada para o atingimento da finalidade perseguida.

Podemos observar que o referido princípio terá sua aplicabilidade associada à observância de vários outros princípios, como o contraditório e o da efetividade. Comprova-se essa mescla de princípios quando se analisa o artigo que positiva o referido princípio, artigo 805, *caput*, do CPC de 2015, que diz: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Ainda no art. 805, em seu parágrafo único, que diz: “Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados” (BRASIL, 2015).

Assim, o devedor tem o direito assegurado de apontar que a medida solicitada pelo credor, e deferida pelo togado, é a mais gravosa. No entanto, nesse caso, ele deverá apresentar a opção menos gravosa, desde que essa não seja a menos efetiva.

Desta forma, a aplicabilidade das medidas deverá observar se essa é a menos gravosa contra o executado, podendo o devedor reclamar da medida

imposta, demonstrando-se, nesta hipótese, o exercício do direito ao princípio do contraditório. A opção apresentada pelo devedor deverá conter significativa efetividade, evitando, assim, protelação ao cumprimento da obrigação.

Em torno da apresentação de outro meio menos oneroso, o professor Neves (2017, p. 1069) afirma:

Apesar da redação do art. 805 do Novo CPC em seu parágrafo único, cabe ao juiz aplicar as regras da razoabilidade e proporcionalidade na análise da substituição do meio executivo, sendo possível que mesmo menos eficaz seja admitido um meio menos oneroso. Basta que, proporcionalmente, perca-se pouco em termos de efetividade e ganhe-se muito em termos de menor onerosidade.

Com isso, observamos mais uma vez, a liberdade ofertada ao magistrado sobre a sua livre análise, de qual medida executiva ele considera mais adequada a cada caso.

O princípio da menor onerosidade ainda é o responsável pela vedação de aplicação de medidas atípicas que não apresentam nenhuma efetividade, até porque sua adoção serviria apenas para prejudicar o devedor, impedindo assim o retrocesso das medidas que, nos proêmios, consistia em vingança privada. (NEVES, 2017)

Ao final, entende-se que compete ao magistrado garantir a efetividade da tutela jurisdicional, podendo este se utilizar do princípio em questão e indeferir os pleitos dos credores quando observar, dentro dos autos, a possibilidade de medida menos gravosa e com isonomia em efetividade.

2.2 Requisitos para adoção de medidas coercitivas atípicas na execução

Em virtude do caráter de exceção da medida em questão, verifica-se então a necessidade de uma apurada série de requisitos que autorizem sua aplicação. Frisa-se mais uma vez que o magistrado ao aplicar o dispositivo legal deve ter zelo por estes requisitos e que os efeitos de sua decisão deverão atender um fim social e a um benefício comum, mesmo que seja em caráter educativo, nunca desrespeitando a dignidade da pessoa humana e sempre atento aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência, requisitos essenciais dos atos do Estado.

Neste ponto, é possível claramente identificarmos também que a aplicação da medida atípica se dá em virtude de uma ineficácia da aplicação das medidas típicas, colocando por óbvio a primeira, em caráter de aplicação subsidiário.

Ainda, destaca-se que o dispositivo faz parte de uma revolução junto ao processo de execução civil. Sem concluir o estudo, pode-se afirmar que houve grandes avanços na positivação da medida, principalmente no que tange à efetivação do processo, ou seja, alcançar ao final da lide o sucesso da execução, em que o Estado diz o Direito de maneira eficaz.

O motivo da mudança, que se tornou mais robusta e rigorosa, se justifica pela ineficácia dos meios disponíveis e previstos junto ao Código de Processo Civil de 1973. O novo modelo de negócio jurídico, lapidado pelos avanços sociais, necessita de medidas de cumprimento que dão garantia de adimplemento do que foi pactuado.

Sabe-se que o sistema adotado pelo referido Código reunia a execução dos títulos, tanto judiciais quanto os extrajudiciais, não somente outorgando eficácia executiva aos dois e exigindo a ação para o início da execução a ambos, pois seu intuito era somente de implementar prestações não adimplidas (MARINONI; ARENHART; MITIDIEIRO, 2016, p. 790).

Os mesmos professores afirmam “o primeiro modelo executivo do CPC/73 era completamente incapaz de viabilizar as tutelas dos direitos que não dependiam de prestações do demandado e, assim, não requeriam as modalidades executivas disciplinadas originalmente pelo código”, bem como negava ao magistrado o uso de instrumentos necessários ao exercício do seu poder.

Esse engessamento teve a sua primeira quebra ainda no Código de 1973, devido ao fato que os artigos 461 e 461-A, do CPC/73 eram o oposto do poder de execução do sistema original, vejamos:

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

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação (BRASIL, 1973).

Com isso, ao juiz foi ofertado um mínimo de poder, sendo possível a determinação de execução adequada a cada caso concreto. Porém, tal inovação não conseguiu amenizar em muito o fato de não se alcançar efetividade. Evidenciando ali o marco da quebra do princípio da tipicidade.

Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 9) destaca que parte do projeto que deu origem à Lei nº 11.232, de 22/12/2005, foi procedida de exposição de motivos pelo então Ministro da Justiça Márcio Thomas Bastos, ficando bem claros que os motivos da reforma o foram devido à falta de efetividade da antiga normativa.

Neste sentido:

[...] 3 – ‘É tempo, já agora, de passarmos do pensamento à ação em tema de melhoria dos procedimentos executivos. 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.

Com efeito: após o longo contraditório no processo de conhecimento, ultrapassados todos os percalços, vencidos os sucessivos recursos, sofridos os prejuízos decorrentes da demora (quando menos ‘damno marginale um seso stretto’ de que nos fala Ítalo Andolina), o demandante logra obter alfin a prestação jurisdicional definitiva, com trânsito em julgado da condenação da arte adversa. Recebe então a parte vitoriosa, de imediato, sem tardança maior, o ‘bem da vida’ a que tem direito? Triste engano: a sentença condenatória é título executivo, mas não se reveste de preponderante eficácia executiva. Se o vencido não se dispõe a cumprir a sentença, haverá iniciar o processo de execução, efetuar nova citação, sujeitar-se à contrariedade do executado mediante ‘embargos’, com sentença e a possibilidade de novos e sucessivos recursos.

Tudo superado, só então o credor poderá iniciar os atos executórios propriamente ditos, com a expropriação do bem penhorado, o que não raro propicia mais incidentes de agravos.

Ponderando, inclusive, o reduzido número de magistrados atuantes em nosso país, sob índice de litigiosidade sempre crescente (pelas ações tradicionais e pelas decorrentes da moderna tutela aos direitos transindividuais), impõe-se buscar maneiras de melhorar o desempenho processual (sem fórmulas mágicas, que não as há), ainda que devamos, em certas matérias (e por que não?), retomar por vezes o caminhos antigos (e aqui o exemplo do procedimento do agravo, em sua atual técnica, versão atualizada das antigas ‘cartas diretas’ [...]), ainda que expungidos rituais e formalismos já anacrônicos.

4 – Lembremos que Alcalá-Zamora combate o tecnicismo da dualidade, artificialmente criada no direito processual, entre processo de conhecimento e processo de execução. Sustenta ser mais exato falar apenas de fase processual de conhecimento e de fase processual de execução, que de processo de uma e outra classe. Isso porque ‘a unidade da relação jurídica e da função processual se estende ao longo de todo o procedimento, em vez de romper-se em dado momento’ (*proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª ed., UNAM, 1970, nº81, p. 149).

Conclui-se que o desenvolver dos procedimentos dentro do processo de execução buscam uma efetividade, o conjunto de procedimentos que outrora

vigorava, demonstrou-se demasiadamente burocrático e insuficiente para assegurar o Direito do Exequente, a participação do executado é um dos motivos, o processo executório, em muitos casos dependem da postura do próprio executado, isso era inviável e cruel com o credor. Se chegasse ao fim e quando chegasse, não se tinha ainda em mãos o que era seu por direito, era a consolidação do ditado popular “ganhou, mas não levou”.

Sendo necessária, mais uma vez, a inovação, a ponto de retirar a ideia entranhada que o judiciário está ali como inimigo da sociedade, mas sim, como balança entre as partes, aquele que pode ofertar a todos o que é seu de direito, no limite do outro, estabelecer justiça.

Com isso, surge o novo Código de Processo Civil na sua versão de 2015, o qual garante ao magistrado a possibilidade clara de atuar de maneira diversa, buscando efetividade das sentenças de execução.

Contudo, esta disponibilidade de análise subjetiva deve estar atenta a não ferir garantias fundamentais dos cidadãos. Observar criteriosamente a todos princípios básicos como o do contraditório, da proporcionalidade, da razoabilidade, proibição de excesso, bem como da eficiência e menor onerosidade da execução.

A nova redação proporciona ao julgador analisar e aplicar a medida que melhor se adequa ao caso em litígio, esta opção feita pelo magistrado interfere diretamente na vida do executado e deve ser aplicada de forma correta, ressalta-se que independentemente de qual medida for tomada, esta pode se ferir direitos básicos do executado não só no campo patrimonial.

A esse respeito, os professores Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 111) apontam que “a medida atípica a ser utilizada em cada caso concreto não é tarefa fácil. Um conjunto de postulados e princípios rege a atuação do órgão julgador, estabelecendo balizas para a eleição da medida executiva correta”. Podemos ver, com isso, que existe um parâmetro de controle da escolha realizada pelo magistrado.

Além da observância de uma série de princípios e postulados, é necessário o magistrado observar os seguintes critérios de escolha das medidas executivas, como: a medida dever ser adequada, necessária e deve conciliar os interesses contrapostos.

O critério de adequação consiste que o togado deve considerar abstratamente a relação meio e fim, entre a medida executiva e o resultado possível de ser alcançado. Nesse momento, se usa a visão do credor, o que ele considera com mais probabilidade de chegar ao resultado, assim a Adequação é critério derivado do princípio da eficiência em conjunto com a proporcionalidade, é aquele que orienta normativamente a ação ou o juízo de valor do fato, sendo necessário uma adequação do fato a norma que tornam as medidas de certa forma previsíveis e eficazes (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

O critério que indica que a medida deve ser necessária impõe limite na atuação do judiciário. É um equilíbrio ao critério da adequação. Aqui, olha-se pelo lado do executado. O magistrado deverá olhar não somente com o objetivo da efetividade, mas terá que observar à medida que gere menor sacrifício possível ao executado. Então, o limite é que não se deve ir além do estritamente necessário. É norteado pela proibição de excessos e razoabilidade, bem como pelo princípio da menor onerosidade para o executado (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

O critério que aponta a medida de conciliação entre os interesses contrapostos é o bom senso do magistrado ao ponderar em uníssono os interesses em jogo. Aplicando a proporcionalidade em sentido estrito, a medida atípica não pode superar as desvantagens de seu uso. A visão observada aqui não é de um nem de outro, e sim, o equilíbrio. Deve-se observar a solução que melhor atenda aos valores em conflito (GUERRA, 2000).

Tomando isto como o final pretendido pelo Estado para todas as lides, estamos claramente visando à possibilidade de o magistrado autorizar a aplicação da medida em caráter de exceção, que pode até mesmo ser distinta da pleiteada pelo requerente.

Claramente, tal medida não será de ofício, contudo, sendo requerida nos pedidos formulados na exordial ou até mesmo surgindo na fase de execução, se for esta a que produzirá efeitos, deve ser aplicada, pois atenderá ao fim processual eficaz para propiciar ao requerente o que por este é pleiteado.

O pedido requerendo a aplicação de medida em caráter de exceção, sendo formulado na inicial, tem o poder de quebrar as correntes do legalismo

exacerbado, dando lugar a uma atuação pragmática com o intuito de tutelar adequadamente o bem jurídico violado.

Desta forma, a agudeza do espírito legal, no que diz respeito à técnica processual adotada, deve ser presente no ato emanado do judiciário. Assim, será possível ter uma medida eficaz nos moldes pleiteados pelo requerente, bem como resguardar ao máximo o executado, garantindo-se que o direito tutelado tenha maior efetividade.

3 CONSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA DAS MEDIDAS EXECUTÓRIAS ATÍPICAS

As inovações trazidas pelo novo CPC, enquanto instituidor das medidas executórias atípicas, serão o objeto de profícua análise neste capítulo, notadamente a fim de apreciar se ferem os direitos e as garantias constitucionais e, ainda, se de fato alcançam o resultado a que foram propostas.

3.1 - O direito constitucional de ir e vir e a desproporcionalidade da coerção das medidas executórias atípicas

O direito constitucional de ir e vir estão preconizados no artigo 5º, XV, da nossa Carta Maior, que assegura a liberdade à locomoção, garantido o direito de ingressar, sair, permanecer e se locomover no território brasileiro.

O Novo Código de Processo Civil, principalmente com seu artigo 139, inciso IV, possibilita a prática de diversas sanções, a critério do magistrado, permitindo a aplicação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e subrogatórias para garantir o cumprimento de ordem judicial de obrigações pecuniárias.

Reforçado pelo fato de que o juiz, dentro do processo de execução, pode, até mesmo de ofício, providenciar o que for indispensável para que se garanta o direito do reclamante (ZAVASCKI, 2004).

Hoje, o referido artigo é considerado pela doutrina uma cláusula geral de efetividade. A cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado (DIDIER JUNIOR, 2015).

Mesmo o artigo sendo claro, garantindo que podem ser utilizados todos os tipos de medidas para alcançar a efetividade da ordem judicial de pagar, embora a atipicidade já se encontre efetiva dentro do mundo jurídico, inclusive como um princípio, as medidas coercitivas atípicas estão em evidente atenção e discussão dos processualistas quanto a sua constitucionalidade.

Com as inovações do novo CPC, magistrados, com o intuito de garantir efetividade, têm tornado comum à retenção de documentos, como passaporte, e suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH). A ampliação de poder conferida ao magistrado tem gerado grande movimentação dentro do mundo

jurídico, surgindo diversos questionamentos quanto à constitucionalidade de tais medidas, devido ao fato de uma parte dos juristas considerarem que essas medidas ferem garantias fundamentais do devedor.

Tal entendimento é defendido pelos professores Nunes e Nobrega (2017), que argumentam que a adoção de medidas coercitivas atípicas, como a apreensão de passaporte e suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), é medida inconstitucional, pois restringe o direito do devedor de ir e vir e ainda fere os princípios da responsabilidade patrimonial, razoabilidade e da proporcionalidade.

Em desacordo com esse entendimento, está o professor Daniel Amorim Assumpção Neves (2017) que aponta que as referidas medidas são atípicas, restritivas de direitos e completamente admissíveis para dar efetividade à ordem judicial de obrigação de pagar.

Segundo defende a procuradora-geral da república, Raquel Dodge (2018), no seu parecer encaminhado ao Supremo Tribunal Federal (STF), magistrados não podem determinar a apreensão desses documentos para alcançar o adimplemento de dívida. Ela aponta que tais medidas são totalmente inconstitucionais, pois alcançam as liberdades fundamentais dos indivíduos, principalmente o direito de ir e vir, direito esse que não está à mercê do Juiz em uma ação totalmente patrimonial, pois a regra é a constrição patrimonial, não se permitindo limitação a direitos fundamentais, sendo permitida a restrição à liberdade somente no que concerne a dívidas alimentares.

Já a Ministra Nancy Andrighi (2018) considera não haver ilegalidade na cobrança pela via indireta de apreensão dos documentos. Tal posicionamento se firma na consideração de que a medida pode ser cessada assim que o devedor apresentar uma nova solução e melhor proposta para cumprir o pagamento da dívida.

Mesmo diante de tantas divergências, após a promulgação do novo Código de Processo Civil, em vigor no ano de 2016, credores passaram a requerer a adoção de medidas atípicas, como a retenção de documentos. Em 25 de agosto de 2016, ocorreu uma das primeiras decisões favoráveis à retenção de documentos, proferida pela juíza Andreia Ferraz Musa, de São Paulo, em um processo que tramitava desde o ano de 2013 (2016, *online*).

Imprescindível à análise da referida decisão, emanada do processo nº 4001386-13.2013.8.26.0011, observando os critérios adotados pela magistrada:

Vistos. Diz o art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil: “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”. O dispositivo legal mencionado trouxe para a execução pecuniária possibilidades antes não previstas no Código de Processo Civil/1973. Anoto que a lei anterior, em seus arts. 461, § 5º e 461-A, § 3º, do CPC/1973, previa possibilidade de medidas específicas para garantir o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (tutela específica). Buscava, assim, a lei, garantir a efetivação da ordem judicial, com obtenção do resultado prático equivalente. Todavia, essa possibilidade não existia para a execução pecuniária. A novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil no artigo supra citado amplia os poderes do juiz, buscando dar efetividade a medida, garantindo o resultado buscado pelo exequente. Assim, a lei estabelece que compete ao juiz, na qualidade de presidente do processo, 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. Dessa forma, a nova lei processual civil adotou o padrão da atipicidade das medidas executivas também para as obrigações de pagar, ampliando as possibilidades ao juiz que conduz o processo, para alcançar o resultado objetivado na ação executiva. Tais medidas, todavia, não poderão ser aplicadas indiscriminadamente. Entendo necessário que a situação se enquadre dentre de alguns critérios de excepcionalidade, para que não haja abusos, em prejuízo aos direitos de personalidade do executado. Assim, as medidas excepcionais terão lugar desde que tenha havido o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito, havendo indícios que o devedor usa a blindagem patrimonial para negar o direito de crédito ao exequente. Ora, não se pode admitir que um devedor contumaz, sujeito passivo de diversas execuções, utilize de subterfúgios tecnológicos e ilícitos para esconder seu patrimônio e frustrar os seus credores. A medida escolhida, todavia, deverá ser proporcional, devendo ser observada a regra da menor onerosidade ao devedor (art. 805 do Código de Processo Civil). Por fim, necessário observar que a medida eleita não poderá ofender os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal. Por exemplo, inadmissível será a prisão civil por dívida. Todavia, a gama de possibilidades que surgem, a fim de garantir a efetividade da execução, são inúmeras, podendo garantir que execuções não se protelem no tempo, nem que os devedores usem do próprio processo para evitar o pagamento da dívida. O Enunciado nº 48 do ENFAM analisa expressamente a possibilidade de imposição de medidas coercitivas para a efetivação da execução pecuniária. Diz o referido enunciado: “O art. 139, inciso IV, traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos”. 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 à 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. Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida. Oficie-se às empresas operadoras de cartão de crédito Mastercard, Visa, Elo, Amex e Hipercard, para cancelar os cartões do executado. A parte interessada fica ciente que os ofícios estarão à disposição para retirada na internet. A parte interessada deverá imprimir e encaminhar o ofício, comprovando o regular encaminhamento em 10 dias. Int. São Paulo, 25 de agosto de 2016.

Ao se analisar o processo, é notória a má fé do executado que tem um padrão de vida confortável e blindou seu patrimônio com a única intenção de não cumprir a obrigação de pagar. Sendo necessário, por parte do Judiciário, restringir seus direitos como meio de coerção para se atingir a efetividade e direito do credor.

Segundo o Advogado Ricardo Collucci, sócio do escritório Bergamini & Collucci Advogados e representante do credor no processo, em entrevista concedida à Marília Almeida (2016, *online*), há três tipos de devedores: os que não possuem capital para adimplir o débito, os que estão em um momento conturbado e atrasaram sem real intenção e os conhecidos como “devedores profissionais”, que maquiaram seu patrimônio contra as investidas de seus credores, com o objetivo único de não pagar o débito.

Fica visível, assim, que, no caso em tela, todas as medidas pertinentes foram adotadas, mas em nenhuma foi logrado êxito, ficando evidente a necessidade da adoção de medidas diversas.

O Código de Processo Civil de 2015 permite, claramente, a adoção de medidas coercitivas restritivas de direitos, como apontado pelo doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p 1074) que diz:

São variados esses meios previstos em lei: penhora, expropriação, busca e apreensão, *astreintes*, arresto executivo, remoção de pessoas ou coisas, fechamento de estabelecimentos comerciais etc. Apesar de bastante amplo o rol legal, a doutrina é pacífica no entendimento de se tratar de rol meramente exemplificativo, podendo o juiz adotar outros meios executivos que não esteja, expressamente consagrados em lei.

Desse modo, fica claro que o magistrado pode atuar de maneira diversa, inclusive retendo documentos do devedor, desde que essa seja a melhor

opção dentro daquele caso em tela, analisando-se as medidas que atingem à pessoa, coagindo o executado ao adimplemento da dívida.

O simples fato de se reter documentos não retira do devedor a sua possibilidade de locomoção, vez que o indivíduo pode se utilizar de inúmeras maneiras, como transporte público e táxi.

Quanto à retenção do passaporte, presume-se que um executado, possuidor de dívidas, não detém capacidade financeira para arcar com viagens, ainda mais em se tratando de destinos internacionais.

Assim, se o exequente comprova que esse devedor continua com suas viagens ao estrangeiro em busca de lazer, estritamente ligado à satisfação pessoal, demonstrando que esse é detentor de pecúnia e está a procrastinar a quitação da dívida com a única intenção de não cumprir a obrigação, ludibriando o Judiciário e ferindo o direito garantido do credor, tem-se, nesta hipótese, a possibilidade de deferimento da referida medida executória atípica.

3.2 A afronta ao direito constitucional ao trabalho quando da aplicação da medida executória de retenção da Carteira Nacional de Habilitação.

O direito ao trabalho é reconhecido como um Direito Social e é encontrado no artigo 6º da Constituição da República. Contudo a legislação trabalhista vai muito além, sendo abarcada por um montante de institutos que visam garantir os direitos humanos dos trabalhadores (CALIL, 2010).

Esta proteção é garantida a todos os cidadãos dentro da nossa Carta Maior. É um direito constitucional, uma garantia fundamental. Não sendo permitida a violação do direito ao trabalho, todos têm direito a trabalhar e garantir o sustento próprio e de sua família (ALENCAR, 2016).

Ao se falar de medidas executórias atípicas, no que se refere à retenção da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), cabe aos legisladores observar criteriosamente se o devedor em questão não faz uso do referido documento na realização de seu labor (ANDRIOTTI, 2018).

As medidas executivas atípicas são condicionadas à real possibilidade de a obrigação ser cumprida. As medidas são aplicadas àqueles devedores que têm condição de cumprir a obrigação, aquele que não paga porque não quer. Retirar a única forma de produção de um devedor, em nenhum momento demonstra que a

divida será adimplido, muito pelo contrario, afasta-se ainda mais essa possibilidade (BARROSO, H., 2017).

Muitos credores têm solicitado, nas ações de execução, a retenção da Carteira de Habilitação dos devedores com o intuito de força-los a adimplir o débito e, em várias demandas, os magistrados têm atendido a essa solicitação. Entretanto, parte dos doutrinadores e juristas discordam de tal prática, argumentando inclusive sobre aqueles casos que, em muitas das vezes, o devedor se trata de cidadão cuja profissão é exclusivamente de dirigir, ou seja, sua profissão é de motorista.

O jurista Pereira, (2018, *online*), discorda de tal prática, dispensando duras críticas a tais medidas e ao inovador artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, em um dos seus artigos:

Apreendida a carga axiológica da proteção ao *mínimo existencial* (princípio derivado do princípio-mor *dignidade humana*), observe-se que, como princípio, já subjaz a norma-regra do artigo 833, CPC/2015, c/c artigo 6º, CF/88, não necessitando, aqui no *case*, de qualquer modelo de ponderação, como dito. Assim, é por proteção ao valor do *mínimo existencial* que o artigo 833 do CPC/2015 prevê as hipóteses de manutenção de *algo* a favor do devedor, pelo menos minimamente, com objetivo fincado em sua existência através dos direitos constitucionais previstos no artigo 6º, CF/88: “A educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância”.

Por sua vez e destarte, o artigo 139, IV, CPC/15, embora com abertura hermenêutica, jamais poderia violar a integridade-coerência posta no arcabouço normativo acima desenhado. Clarividente, a semântica “determinar todas” não permite, por uma hermenêutica jurídico-constitucional adequada, a determinação de *todas* as medidas possíveis. Seria uma abertura a um agir discricionário, ao nível do voluntarismo ou solipsismo tão advertido por Lenio Streck em *Verdade e Consenso*. Ao contrário, o objetivo, também por óbvio, é um agir normativo não discricionário.

Seria como se pudesse ter uma *carta branca*, pelo artigo 139, IV, CPC/15, para argumentos do *tipo fraco*, não tendentes a uma correção ou justificação normativa adequada, a exemplo: se não pode pagar dívida, não pode comprar roupa (que se lhes cacem algumas roupas); se não pode pagar dívida, não pode almoçar três vezes ao dia (que se lhes cacem uma ceia), devendo ainda selecionar os lugares mais baratos. Ou seja, determinar “todas as medidas” contém em si o parâmetro hermenêutico “determinar todas as medidas... normativamente adequadas”.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça possui outro entendimento e esse já pacificado, em que oferta um tratamento diferenciado aos profissionais que necessitam exclusivamente da Carteira de Habilitação para garantir seu labor.

Percebe-se que, no texto da decisão de Habeas Corpus do Superior Tribunal de Justiça, proferida pelo Ministro Joao Otavio de Noronha, (2018, *online*), que:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO.

1. O habeas corpus é instrumento de previsão constitucional vocacionado à tutela da liberdade de locomoção, de utilização excepcional, orientado para o enfrentamento das hipóteses em que se vislumbra manifesta ilegalidade ou abuso nas decisões judiciais.(...) 11. **A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do habeas corpus, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza.** 12. Recurso ordinário parcialmente conhecido. (RHC n. 97.876/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 9/8/2018.) (*grifo nosso*)

Diante disto, podemos ver que o entendimento acerca da suspensão do direito de dirigir é taxativo em assegurar que tal medida não viola a garantia do direito de ir e vir e, no que concerne a profissionais que necessitam da habilitação, o entendimento é aberto à apreciação de cada caso. Caso o credor realmente dependa do documento para o labor, basta comprovar tal fato e terá seu direito ao trabalho garantido.

Segundo o professor Neves (2017, p. 1075-1076), essa liberdade dada ao magistrado eleva significativamente a sua responsabilidade, porém não é permitido contrariar a lei ou mesmo os princípios do Direito. Ainda garante que “Não pode, por exemplo, determinar a suspensão da habilitação de devedor que tem na condução de automóveis sua fonte de subsistência (taxista, motorista do Uber, motorista de ônibus)”.

Desta forma, fica a cargo do executado demonstrar, no caso concreto, sua particularidade para que a medida executiva não seja aplicada, ou seja, usar de imediato seu direito ao contraditório por intermédio de uma contestação, mostrando que o documento é o meio garantidor da sua atividade laboral.

Assim, o direito social ao trabalho fica garantido àqueles que, comprovadamente, necessitam do documento para realização de sua prática trabalhista, não tendo seu direito constitucional cerceado.

3.3 - Eficácia das medidas executórias atípicas: expectativa de satisfação do crédito *versus* efetiva quitação do débito

Como é do nosso saber, o histórico brasileiro no que se refere a alçar efetividade dentro do processo de execução sempre foi caótico. Credores, pleiteando o recebimento de seus direitos, ingressam com ações em busca de guarida junto ao Judiciário.

Estudos realizados por Beatriz Cardoso (2017, *online*), mostra em percentual quão anárquica era a condição dos processos de execução no ano de 2015:

O buraco negro da crise de justiça, no processo, não está no sistema recursal. Esse é um problema internacional, e não apenas do Brasil. Aqui, no entanto, o problema está na via executiva, não no sistema recursal. Segundo dados do relatório Justiça em números 2015, os processos que mais congestionam a Justiça Brasileira são os de execução fiscal (71,4% que representam mais de 1/3 do acervo). Por isso, existem alguns projetos de desjudicialização da execução fiscal. Este seria o primeiro passo do Brasil em direção à desjudicialização de toda a execução.

Com o apontamento, em números, torna-se possível ter a dimensão da dificuldade de legisladores e juristas em se chegar ao fim de um processo de execução. No Brasil, nem 50% (cinquenta por cento) dos credores tem esse direito garantido, apesar de ser direito adquirido e comprovado como legítimo durante o curso de todo processo de conhecimento no Poder Judiciário.

O procedimento de execução do CPC/1973 viveu uma crise de ineficiência decorrente do fato de possuir meios tipificados totalmente ineficientes para a entrega do bem tutelado, garantindo uma superproteção ao patrimônio de quem deve (CÂMARA, 2009).

Na tentativa de atender às expectativas desses credores, na busca de agilidade, bem como de efetividade, diversas foram as alterações do sistema legislativo. As mudanças, durante essa última década, dão a entender “que a tendência é ampliar o conceito de acesso à justiça e obtenção de uma ordem jurídica justa” (CRUZ, 2016).

Por isso, se fez necessário uma abertura considerável dos poderes permitidos ao magistrado, sendo necessária uma análise mais específica de cada caso, permitindo o uso de meios diversos, que poderão ser apontados por credores ou a critério do togado.

Nesse sentido, os meios serão escolhidos a partir de uma análise detalhada de cada caso, visualizando o magistrado a possibilidade de obter o adimplemento da dívida a partir de uma medida, mesmo que atípica.

É necessário que a medida adotada cause algum tipo de incômodo no executado, a ponto de influenciá-lo na decisão de, eventualmente, não pagar. Não causando tal desconforto, a medida se mostrará ineficiente, tendo o credor o dever de apontar nova medida para tentar obter a quitação da dívida. Ressalte-se que as medidas atípicas a serem adotadas não têm por objetivo punição pessoal e sim a quitação da obrigação.

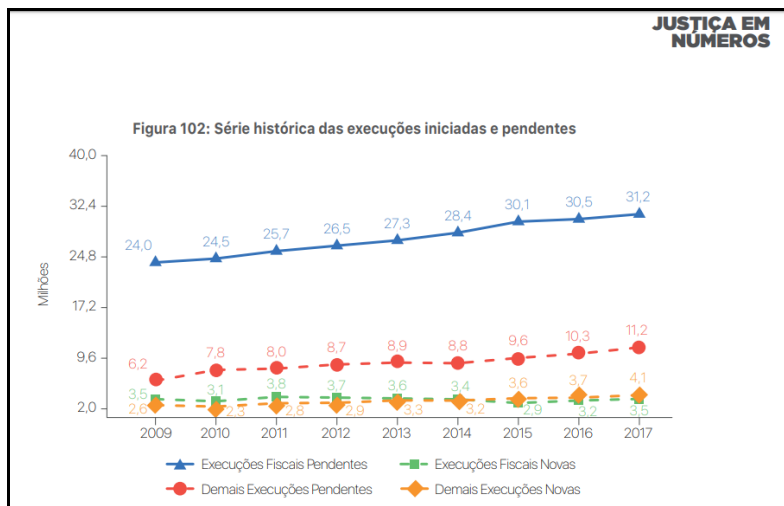
Consente de tal afirmativa o professor Neves (2017), que diz que o magistrado deve aferir no caso concreto se a pressão psicológica exercida é eficaz para contribuir com a satisfação do direito exequendo, partindo da premissa de que o pagamento é possível.

Ainda no que se trata sobre a efetividade, podemos analisar o relatório analítico Justiça em Números do CNJ, do ano de 2018, que aponta:

A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 74% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes, e congestionamento de 92% em 2017 - a maior taxa entre os tipos de processos constantes nesse Relatório.

Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 74% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 91,7%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2017, apenas 8 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia 9 pontos percentuais, passando de 72% para 63% em 2017.

O mesmo relatório apresenta gráficos que ofertam uma melhor visualização, vejamos:



A série histórica dos processos de execução fiscal, apresentada na Figura 102, mostra crescimento gradativo na quantidade de casos pendentes, ano a ano, desde 2009. Os casos novos, após decréscimo em 2015, subiram em 2016 e 2017, em 12,9% e 7,4%, respectivamente. O tempo de giro do acervo desses processos é de 11 anos, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seriam necessários 11 anos para liquidar o acervo existente.

As mudanças trazidas pelo inovador artigo 139, IV, do Novo Código de Processo Civil, sem dúvida, vieram como um respirador, um fio de esperança a tantos credores que têm a certeza de seus direitos, porém, não viam meios para sua efetivação.

Por se tratar de matéria tão recente e ainda pelo fato dos procedimentos judiciais levarem anos até se findarem, em números até este momento não é possível apontar uma grande mudança estatística.

Entretanto, é evidente que as medidas executórias atípicas, hoje, dificultam a vida daquele devedor que maquia seus bens, não registrando seu patrimônio, deixando o credor de mãos atadas sem conseguir o adimplemento. Isto torna o uso de medidas coercitivas atípicas algo altamente eficaz contra esse tipo de devedor (SILVA, 2016).

Sabemos que o direito, acompanhando a sociedade, vive em constante evolução. Em relação à trajetória do processo de execução não foi diferente. As medidas executórias atípicas são necessárias e indispensáveis diante do patamar de atitudes evasivas que nossa sociedade adquiriu com o passar dos anos.

O descumprimento de obrigações não deve permanecer. Para se por fim a esse malgrado de ter o direito garantido e percebido o bem tutelado, a efetividade

das medidas executórias atípicas será observada tão somente ao longo do tempo, pois submeter o devedor que tem a intenção de não adimplir seus débitos a restrições severas será o meio de obriga-lo a adimplir sua dívida.

CONCLUSÃO

Dentro de um processo de execução, especificamente as obrigações pecuniárias, na vigência do CPC/1973 podia-se contar, apenas, com o uso das medidas tipificadas. Enquanto que as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa podiam aplicar medidas atípicas. Existia clara diferença no tratamento aos credores de obrigações envolvendo pecúnia.

Constatou-se que, por anos, a execução por sub-rogação, através da técnica típica de expropriação, não era capaz de conceder a essa categoria de credor efetividade. A ineficácia dessas execuções é devida pela distinção feita no CPC/1973, o qual apresentava taxativamente as medidas permitidas para obrigações pecuniárias.

Devido à chegada do CPC/2015, houve a quebra dos paradigmas. Agora, todas as medidas típicas e atípicas podem ser aplicadas para todos os tipos de obrigações, exceto, é claro, a medida coercitiva de restrição do direito de liberdade aplicada nas obrigações de natureza alimentar.

Sem dúvida, o maior responsável por tão grande inovação é o artigo 139, inciso IV, do CPC/2015, que permitiu expressamente a adoção de medidas atípicas para o cumprimento de obrigações pecuniárias. Hoje, as medidas atípicas já são parte do mundo jurídico.

As medidas atípicas podem ser requeridas desde o início do processo de execução, já apontadas na peça exordial. Caso essa se enquadre no caso analisado, havendo sua real necessidade, poderá ser deferida.

Mesmo a menor parte de doutrinadores ainda insistir que as medidas atípicas permitidas pelo CPC/2015 constituem “carta branca” para o togado empregar qualquer “coisa” que bem entender, e por isso o dispositivo deveria ser declarado inconstitucional, tal argumento não prosperou.

Como apontado ao longo da elaboração do presente trabalho, as medidas atípicas em obrigações que envolvem dinheiro não podem ser aplicadas à revelia, devendo ser realizada análise de cada caso, inclusive haver acontecido o esgotamento das medidas típicas ou demonstrado que essas não funcionariam. O ultimar de todas as medidas típicas vem como requisito para requerimento de uma medida atípica. Ainda, não se sustenta o apontar de inconstitucionalidade devido ao

fato que o dispositivo não deixa para o magistrado uma liberdade desenfreada, pois não permite que sejam adotadas medidas atípicas sem a observância das limitações já existentes no ordenamento jurídico.

Com as inovações do CPC de 2015, credores de obrigação pecuniária só estão em pé de igualdade de qualquer credor. Acabou-se a diferenciação com os outros tipos de credores que já eram amparados pela possibilidade de aplicação de medidas executivas atípicas. Isso propiciou o surgimento das exordiais requerendo a aplicação de medidas restritivas de direito, como apreensão do passaporte, suspensão da Carteira Nacional de Habilitação.

A concessão dessas medidas causou um alvoroço. Muitos doutrinadores apontaram que tal ato feria direitos básicos constitucionais, existindo entendimentos doutrinários que militam pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. Entretanto, a aplicação das referidas medidas não viola nenhum direito fundamental, ela apenas impõe determinada restrição.

O deferimento das medidas deve partir da observância dos princípios jurídicos. Deve, ainda, preencher requisitos para sua concessão, como o esgotamento das medidas tipificadas ou comprovar que elas não surtiram efeito, bem como demonstrar a finalidade e a possibilidade de efetividade com tal medida.

Nesta senda, não serão concedidas sem a necessária adequação da medida ao caso concreto. Ademais, a decisão que permite a aplicação deve ser fundamentada, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, fazendo uso, se necessário, do exame do princípio da proporcionalidade.

Lembrando que, para realizar o emprego dessas medidas, o credor deve demonstrar que o devedor possui meios de realizar o pagamento, mas não o realiza porque não quer. Por outro lado, compreende-se que a aplicação das medidas atípicas sem observância da condição do devedor adimplir a obrigação pode constituir sanção processual.

Conclui-se que as medidas atípicas podem ser aplicadas, primeiramente de forma subsidiária, devendo preencher os requisitos e a observância se a medida é proporcional e vai cumprir com a sua finalidade. Faz-se nascer uma esperança para os credores que estavam limitados ao uso de medidas tipificadas, por vezes medidas ineficazes. Por fim, compreende-se que o dispositivo é de grande importância para o processo de execução, não devendo sofrer restrições de

aplicabilidade por causa da superproteção que foi dada ao devedor de obrigação pecuniária.

Além do mais, quanto à sua efetividade, essa será apontada ao longo do tempo, visto que um processo de execução leva uma média de 10 (dez) anos para se concluir, sendo inviável garantir efetividade nesse momento. No mais, é claro que o devedor que não cumprir a obrigação pelo simples fato de não querer, pensará duas vezes antes de inadimplir, pois são tantas medidas que podem gerar um constrangimento a ele, e por não apresentar um rol taxativo, ele está impedindo de se precaver e, até mesmo, de se blindar, bem como o seu patrimônio, garantindo, sem dúvida, um maior poder de efetividade a processos de execução.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo Rodrigues. **Manual de Execução Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALENCAR, Paula Gabriella Ribeiro Dorigatti de. O direito à vida. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 151, ago 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17585&revista_caderno=9>. Acesso em: 10 mai. 2019.

ALMEIDA, Mariane M. de. Processo de Execução: principais alterações do Código de Processo Civil/15 em relação ao Código de Processo Civil/73. In: **Jus Brasil**, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://malmeida128.jusbrasil.com.br/artigos/386291533/processo-de-execucao-principais-alteracoes-do-codigo-de-processo-civil-15-em-relacao-ao-codigo-de-processo-civil-73>>. Acesso em: 06 de mar. 2018.

ALMEIDA, Marília. Justiça decide tomar de devedor passaporte, CNH e cartões. In: **Revista Exame**. São Paulo, 08 de set. 2016. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/justica-decide-tomar-passaporte-cnh-e-cartoes-de-devedor/>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

ANDRIOTTI, Rommel. Medidas Executórias Atípicas no processo civil. In: Carta Forense, São Paulo, 01 de ago 2018. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/medidas-executorias-atipicas-no-processo-civil>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 15 ed. São Paulo: Coleção Mestres Pensadores. Editora Escala, 1996.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro: parte geral: institutos fundamentais**. São Paulo: RT, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Hugo. A imposição de técnica coercitiva para assegurar o cumprimento das obrigações de pagar quantia certa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5313, 17 jan. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58740>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 11.232/2005. **PLANALTO**, Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm>. Acesso em: 06 de mar. 2018.

_____, Código de Processo Civil. Lei 13105/15. **PLANALTO**, Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 mar. 2019.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Parecer encaminha pela procuradora-geral da República Raquel Dodge**. In Agencia Brasil, Brasília, 20 de dez. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-12/cnh-nao-pode-ser-apreendida-para-forcar-pagamento-de-divida-diz-pgr>>. Acesso em: 12 de abr. 2019.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Posicionamento da ministra e relatora Nancy Andrighi**. In Agencia Brasil, Brasília, 20 de dez. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-12/cnh-nao-pode-ser-apreendida-para-forcar-pagamento-de-divida-diz-pgr>>. Acesso em: 12 de abr. 2019.

_____. Justiça em Números 2018: ano-base 2017/**Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 11 de mai. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Decisão Execução de Título Extrajudicial nº 4001386-13.2013.8.26.0011**. Pinheiros/SP, 25 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160906-07.pdf>>. Acesso: 02 de abr. 2018.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direitos Humanos Do Trabalho: A proteção legal aos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7391>. Acesso em: 10 de mai. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A Eficácia e a Eficiência dos Meios Executivos: em Defesa dos Meios Executivos Atípicos e da Penhora de Bens Impenhoráveis. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANSI, Francine. Direito ao processo justo e à tutela jurisdicional adequada e efetiva. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4633, 8 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47112>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

CARDOSO, Beatriz. **Teoria Geral da Execução no Novo CPC**. In: Revista Jus Brasil, São Paulo, 2015. Disponível em:

<<https://beacarrdoso.jusbrasil.com.br/artigos/459425469/teoria-geral-da-execucao-no-novo-cpc>>. Acesso em: 11 de mai. 2019.

CONCEITO de Execução. **Conceito de**. 2012. Disponível em: <<https://conceito.de/execucao>> Acesso em: 12 de jan. 2018.

CRUZ, Mariana Costa. O Novo Código de Processo Civil e sua fase de execução. In **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <<https://marianaccruzhotmailcom.jusbrasil.com.br/artigos/376452621/o-novo-codigo-de-processo-civil-e-sua-fase-de-execucao>>. Acesso em: 10 de mai. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KALONKI, Carla Regina. Incertezas sobre a retenção da CNH e passaporte de devedores. In: **Revista Migalhas**, São Paulo, 07 de jun. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI281345,51045-Incertezas+sobre+a+retencao+da+CNH+e+passaporte+dos+devedores>>. Acesso em: 20 de mai. 2018.

LEMOS, Jonathan Lovane de. **O processo de execução e a influência cultural em sua delimitação: das medidas sub-rogatórias e das técnicas executivas pré-determinadas à atipicidade dos meios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, George Marmelstein. O princípio da proporcionalidade e o direito fundamental à ação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, 2002. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5338>. Acesso em: 22 de fev. 2019.

MANUCCI, Renato Pessoa. O novo cpc e o ônus da prova do meio menos gravoso para a incidência do princípio da menor onerosidade. In: **Empório do Direito**. 2016. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-novo-cpc-e-o-onus-da-prova-do-meio-menos-gravoso-para-a-incidencia-do-principio-da-menor-onerosidade>>. Acesso em: 14 de mai. 2019.

MANZANO, L. F. **Curso de Processo Penal**, 2ª ed. São Paulo: Atlas 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____, Luiz Guilherme; Sérgio Cruz; Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

_____, Daniel. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

_____, Daniel. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - Art. 139, IV, do novo CPC**. Revista de Processo, São Paulo, 2017.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe de. Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, IV, do CPC de 2015. In: **Revista Migalhas** 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI243746,21048-Reflexoes+sobre+a+atipicidade+das+tecnicas+executivas+e+o+artigo+139>> Acesso em: 13 de abr. 2019.

OLIVEIRA, Caroline Conciani de. A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 146, mar 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17010>. Acesso em: 09 de mai. 2018.

OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – o princípio constitucional da razoabilidade**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

PAULA, Alexandre Sturion. Cognição e império diante da nova sistemática da tutela executiva. In: **Site Aduaneiras**, pdf., Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/011007.pdf>>. Acesso em: 16 de jan. 2018.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. O caso da suspensão da CNH por dívida e o mínimo existencial. In: **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 06 de jul. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-06/ricardo-pereira-suspensao-cnh-divida-minimo-existencial>>. Acesso em: 06 de mai. 2019.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHONKE, Adolfo. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona: Bosch, 1950.

SILVA, Mike Barros de Carvalho. Aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de decisão judicial nos casos de obrigações pecuniárias, com fundamento no artigo 139, IV do NCPC. In: **Revista Migalhas**, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI250355,11049-Aplicacao+de+medidas+atipicas+para+garantir+o+cumprimento+de+decisao>> Acesso em: 12 de mar. 2018.

STJ. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: (RHC n. 97.876 SP. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. DJ: 09/08/2018. **STJJus**, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de execução e cumprimento da sentença processo cautelar e tutela de urgência**. 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____, Theodoro. **Processo de Execução**, 23ª ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: execução**, 11 ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ALMEIDA, Luiz Rodrigues; CORREIA de, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil: Processo de Execução**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, Luiz; Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 14 ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

YARSHELL, Flávio Luiz. Medidas Indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. In: **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 03 de jul 2017. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/medidas-indutivas-e-coercitivas-nas-obrigacoes-de-pagamento-de-quantia/17692>>. Acesso em: 12 de jan. 2018.

ZAVASCKI, Teori, **Processo de Execução - Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004.