



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAIQUE VIANA DE CERQUEIRA

**A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO ÂMBITO DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PARÂMETROS E
LIMITES PARA A SUA APLICAÇÃO**

Salvador
2019

CAIQUE VIANA DE CERQUEIRA

**A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO ÂMBITO DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PARÂMETROS E
LIMITES PARA A SUA APLICAÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Priscilla de Jesus

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

CAIQUE VIANA DE CERQUEIRA

A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PARÂMETROS E LIMITES PARA A SUA APLICAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Cristiane e Edimario que, mesmo de longe, sempre se mostraram presentes ao me apoiar em todos os momentos de dificuldade.

A minha esposa, Kitiane, com quem divido a vida e agora a responsabilidade de guiar um filho ao mundo.

A minhas irmãs, que são fonte de alegria sempre que estamos juntos

Aos professores e professoras da casa, responsáveis por proporcionar um estudo crítico do direito e fazendo com que nós, alunos, batalhássemos diariamente para superar os nossos limites

Aos funcionários da casa, sempre simpáticos e solícitos nos momentos de maior aflição

Aos colegas de graduação que nunca se furtaram de ajudar uns aos outros na busca do mesmo objetivo, principalmente Michel que, mesmo após longos períodos afastados, está sempre disponível para ajudar.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código de Processo Civil de 2015, mais especificamente sobre a atipicidade das medidas executivas como nova regra do processo executivo, de acordo com o disciplinado no artigo 139, IV. Analisando como os princípios do processo civil e do ordenamento como um todo podem auxiliar os magistrados na aplicação dessas medidas inovadoras. Princípios como o devido processo legal, contraditório, razoabilidade, proporcionalidade, menor onerosidade, adequação e eficiência não são inovações do novo CPC, mas ganham ainda mais protagonismo na medida que o espaço criativo dos juízes aumentou substancialmente. A correlação entre atipicidade das medidas executivas e o conceito de *non factibile* e as razões pelas quais os magistrados não podem se afastar da prestação de uma tutela jurisdicional e nem de perseguir o adimplemento do débito através dessas medidas. Também será abordado de maneira breve a evolução histórica do instituto, desde a predominância da responsabilização pessoal dos devedores no direito arcaico, passando pela guinada moderna à responsabilização patrimonial e chegando ao CPC de 1973 que, apesar de contemplar a atipicidade das medidas executivas após às reformas de 1994, voltava o seu foco para as medidas executivas típicas, sobretudo às medidas sub-rogatórias. A compreensão do poder geral de efetivação dos magistrados e a tendência a concentração do processo executivo na figura do juiz. No tocante a responsabilização patrimonial se faz importante compreender as diferenças entre débito e responsabilidade bem como os limites a essa responsabilidade.

Palavras-chave: atipicidade; princípios processuais; tutela executiva; efetividade, razoabilidade, proporcionalidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 A (A)TIPICIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

2.1.1 A atipicidade no CPC de 1973

2.1.2 Influências das legislações estrangeiras

2.2 A ATIPICIDADE NO ÂMBITO DO NCPC

2.2.1 O poder geral de efetivação do artigo 139, IV, CPC

2.2.2 Classificação das medidas executivas no artigo 139, IV, CPC 2015

2.3 CLASSIFICAÇÕES DAS ATIVIDADES EXECUTIVAS

2.3.1 Execução provisória versus execução definitiva

2.3.2 Execução comum versus execução especial

2.3.3 Execução direta versus execução indireta

2.3.4 Execução judicial versus execução extrajudicial

2.3.5 Execução singular versus execução coletiva

3 DA NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DOS PODERES DOS MAGISTRADOS: A BUSCA POR UM DIREITO EFICIENTE

3.1 TEORIA DA EXECUÇÃO: O DIREITO A UMA PRESTAÇÃO

3.2 CONCEITO DE *NON FACTIBILE* NA EXECUÇÃO: HIPOÓTESES DE TÍTULOS EXECUTIVOS INEXEQUÍVEIS OU DE DIFÍCIL EFETIVAÇÃO

3.2.1 Causas do *Non Factibile*

3.2.2 Resoluções possíveis ao problema do *Non Factibile*

3.3 FUNDAMENTOS JUSTIFICADORES DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

3.3.1 A efetividade das sentenças judiciais brasileiras: um problema histórico

3.3.2 Devedor insolvente versus Devedor de má-fé

3.4 A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

3.4.1 Débito e Responsabilidade

3.4.2 Teoria dualista versus Teoria unitária

3.4.3 Limites a responsabilidade

3.5 DO TÍTULO EXECUTIVO

3.5.1 Títulos executivos judiciais

3.5.2 Títulos executivos extrajudiciais

4 PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES CIVIS

4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.1.1 Devido Processo Legal

4.1.2 Boa-fé Processual

4.1.3 Contraditório

4.2 DITAMES PROCESSUAIS

4.2.1 Proporcionalidade

4.2.2 Razoabilidade

4.2.3 Proibição do excesso

4.2.4 Menor onerosidade

4.2.5 Auto regramento da vontade na execução

4.2.6 Princípio do resultado

4.2.7 Efetividade

4.3 REGRAS DO PROCESSO EXECUTIVO

4.3.1 Inexistência de execução sem título

4.3.2 Disponibilidade da Execução

4.3.3 Responsabilidade objetiva do exequente

5 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história o processo de execução passou por mudanças que refletiam o momento que a sociedade atravessava. Já houve épocas onde era socialmente aceitável que os devedores respondessem fisicamente pelas suas dívidas, podendo vir a se tornarem escravos dos seus credores, ou pior, sancionados a pena capital.

Felizmente esse tipo de medida não possui qualquer compatibilidade com o mundo contemporâneo e apenas o patrimônio das pessoas responde pelas suas dívidas, salvo pouquíssimas exceções. Sendo assim, se fez necessário desenvolver novas ferramentas para obrigar o adimplemento dos créditos, afinal, com a predominância da responsabilização patrimonial o ambiente se tornou mais propício a tentativas escusas de evitar a execução.

No âmbito do CPC de 1973 a principal ferramenta do juiz na execução era a sub-rogação, ou seja, o próprio magistrado, ou quem por ele determinado, executava ação a fim de obter resultado igual ao que seria obtido em caso de adimplemento voluntário. Essa sub-rogação se dá, por exemplo, através de busca e apreensão e imissão na posse.

Entretanto, essas duas modalidades citadas possuem um requisito implacável, a existência de um bem da vida, não tendo qualquer serventia em caso de insolvência completa do devedor, seja ela real ou simulada. Nesse contexto começa a surgir a necessidade de novos mecanismos para compelir os executados a cumprir as sentenças judiciais, mais especificamente as medidas coercitivas, indutivas e mandamentais.

Além da possibilidade de insolvência do devedor, existem outras situações onde a sub-rogação não será efetiva para a satisfação do crédito, é o caso das obrigações de fazer ou não fazer. Aqui pouco interessa para o exequente que a compensação monetária seja alcançada. Não é possível cumprir a obrigação em nome do executado, ele precisa fazê-lo e, para tanto, só resta ao estado juiz o instrumento da indução de comportamento.

Apesar da previsão legal dessas medidas coercitivas, logo se percebeu que o dinamismo da vida exigia uma maior criatividade na sua aplicação. Se fez

necessário que o direito fosse capaz de acompanhar a dinâmica das relações sociais com maior velocidade e, com a primazia tipicidade dos meios executivos, a legislação executiva restava sempre defasada em relação ao mundo real.

Nesse contexto o novo código de processo civil, nos seus artigos 139, IV, art. 297 e art. 536, § 1º, contempla a atipicidade dos meios executivos, inclusive nas obrigações pecuniárias. Em outras palavras, autoriza o magistrado a tomar todas as medidas necessárias para compelir o devedor a cumprir a sua prestação. Um verdadeiro cheque em branco para a criatividade da magistratura brasileira.

Inicialmente essa medida pode ser de grande valia para combater um dos maiores problemas do ordenamento jurídico brasileiro, a falta de efetividade das sentenças judiciais. É relativamente comum encontrar processos onde o vencedor não tem meios para satisfazer o seu crédito, muitas vezes em razão de artifícios suspeitos da parte derrotada.

Por outro lado, um poder tão abstrato quanto o poder geral de efetivação levanta dúvidas sobre até onde o magistrado pode chegar para proteger o direito fundamental do credor de ter o bem da vida ou prestação monetária entregue, bem como quais são os parâmetros para a aplicação dessa atipicidade dos meios executivos.

Desde a entrada em vigor do CPC, já foi possível observar decisões judiciais determinando retenção de documentos pessoais do devedor, suspensão do fornecimento de energia elétrica em repartição pública e até mesmo bloqueio de funcionamento de aplicativos de mensagens como o WhatsApp, extrapolando de forma notória as consequências esperadas em uma execução.

Nesse sentido a doutrina começa a elencar princípios norteadores para a atuação do juiz ao exercer o poder geral de efetivação, tais como a proporcionalidade, razoabilidade, menor onerosidade, proibição de excesso e eficiência. Entretanto, como todo princípio, não existe diretrizes específicas na lei para auxiliar na interpretação de como utilizá-los. Ficando a cargo da doutrina o fazê-lo.

O cumprimento de sentença judicial ou de título extrajudicial deve ser protegido pelo ordenamento, de modo que a não efetivação pode colocar em cheque a relevância do processo judicial como um todo, entretanto, a sua efetivação não se deve dar de maneira arbitrária, é preciso que o executado tenha direitos fundamentais

assegurados, não é razoável que os atos executivos sejam mais gravosos que a própria execução em si.

Tais questionamentos não se confundem com uma proteção ao devedor em detrimento do credor, e sim a proteção dos direitos desse devedor em face de todo poderio do estado juiz. Essas nuances na utilização de medidas executivas atípicas serão o objeto de estudo deste trabalho.

2 A (A)TIPICIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A tipicidade das medidas executivas, ou seja, a sua expressa previsão legal, possibilita que os executados saibam os mecanismos do ordenamento jurídico brasileiro que podem ser utilizados na tentativa de fazer cumprir título executivo.

Se por um lado esse conhecimento prévio traz segurança jurídica, é lógico concluir que faz com que os executados possam se valer de meios escusos para frustrar a execução, causando o conhecido problema da falta de efetividade das sentenças judiciais.

Não é fácil se desprender do princípio da tipicidade das medidas executivas, pode parecer que se trata apenas de um mecanismo que protege aqueles que deixam de cumprir suas obrigações, mas também não deixa de ser um mecanismo contra decisões arbitrárias. É preciso ter em mente que essa construção jurídica se deu em momentos onde a interferência estatal na vida das pessoas era regra e o direito foi instrumento de mudança desse paradigma.

A introdução do princípio da atipicidade das medidas executivas no ordenamento jurídico brasileiro se deu ainda na vigência do CPC de 1973, na chamada reforma de 1994. Esse princípio autoriza os magistrados que criem ou modifiquem medidas executivas que permitam alcançar o cumprimento da tutela jurisdicional executiva, desde que com fundamentação robusta, demonstrando a necessidade de aplicação daquele ato.

A atipicidade autorizada pelo legislador no CPC de 1973 não contemplava as obrigações de pagar, apenas as de fazer, não fazer e entregar coisa. A lógica por trás dessa restrição é a de que as medidas sub-rogatórias já seriam suficientes para satisfazer as obrigações pecuniárias.

Já no CPC de 2015, o artigo 139, IV, não deixa dúvidas que o princípio da atipicidade pode ser aplicado em qualquer tipo de obrigação. Portanto, o ordenamento jurídico pátrio adotou tanto a tipicidade quanto a atipicidade das medidas executivas.

Existe no referido artigo uma cláusula geral, pois há uma situação que ainda não se pode saber qual é, tudo que se sabe é que o juiz poderá responder da maneira que achar melhor a fim de obrigar a satisfação do crédito. O legislador deixou propositalmente espaço para a criatividade dos juízes.

Essa atipicidade dos meios executivos é contemplada até na execução provisória, de acordo com o artigo 297 do CPC 2015.

Apesar do artigo 139, IV, deixar bem claro que a atipicidade dos meios executivos até nas obrigações de pagar quantia, parte dos doutrinadores prega cautela nessa situação pois as execuções de pagar quantia são mais danosas ao patrimônio do devedor.

Porém não resta qualquer dúvida acerca da atipicidade dos meios executivos em qualquer tipo de execução, os doutrinadores mais cautelosos apenas falam em uma suposta preponderância da atipicidade nas obrigações de fazer, não fazer e dar coisas e tipicidade nas obrigações de pagar quantia.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

Nem sempre a execução teve um caráter privado, sendo de exclusividade do Estado juiz. No período do Direito Arcaico, a execução possuía um caráter privado, com o credor do direito agindo por conta própria na busca pela satisfação. Já foi socialmente admitido que o devedor pagasse com a própria vida ou com sua liberdade e força de trabalho.

Adentrando no Direito Romano, temos como marco legal a Lei das XII Tábuas, a partir da qual surge a ânsia do povo que vivia em Roma (em sua maioria plebeus) de conhecer previamente quais eram as leis romanas e as sanções para aqueles que às descumprissem. Antes desse marco normativo, o ordenamento jurídico romano era basicamente um segredo dividido pelos líderes patrícios, o que possibilitava a sua aplicação de acordo com os interesses da classe.

Ao longo da evolução histórica da execução, os direitos do devedor sempre foram deixados de lado, afinal era esse sujeito que estava prejudicando o direito do credor.

Desse modo, instrumentos de proteção desse devedor começaram a ser introduzidos no direito romano de maneira lenta, abandonando a execução pessoal em favor da patrimonial e respeitando o valor da dívida. A execução foi perdendo o seu caráter privado e se tornando monopólio do Estado de Direito.

Com a queda do Império Romano, houve um sensível retrocesso nessa percepção, pois os chamados bárbaros que dominaram os territórios romanos ainda possuíam o sentimento de que o inadimplemento de uma dívida era uma ofensa pessoal ao credor, o que convidava esses povos ao uso da força. Uma nova guinada à execução patrimonial, em detrimento da pessoal, só volta a ocorrer no direito medieval.

No direito moderno, com o desenvolvimento do comércio entre as cidades europeias e o surgimento de institutos como o título de crédito, o Direito Romano voltou a ser foco dos estudos nas grandes universidades. A figura da execução de título extrajudicial passou a se popularizar, e com ela os meios de defesa do devedor.

No Brasil colônia, a legislação aplicada era a mesma de Portugal, ou seja, com grandes influências do Direito Romano. Já no período pós independência, é marcante o avanço do Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, que unificou o procedimento de execução para os diferentes tipos de títulos.

Já no Código de Processo Civil de 1973, o ordenamento jurídico brasileiro começou a perceber que a vida em sociedade se caracteriza por ser um emaranhado de relações interpessoais necessárias para o desenvolvimento pessoal de cada indivíduo, entretanto, diferente do plano idealizado pelo legislador, os conflitos de interesse são constantes e, não raro, as pessoas deixam de cumprir com aquilo que acordaram. A solução então é o socorro ao Estado em busca de uma tutela jurisdicional, tutela essa que não basta ser prestada, o que interessa a aquele que ingressou com a ação judicial é ter o seu direito materializado, afinal na sua cabeça nunca houve dúvida acerca da existência do direito, de forma que, a mera declaração dessa existência não traz nada de novo ao credor.

Por esta razão, a atividade executiva adquire um caráter imprescindível no direito pátrio. Nesse sentido, conceitua o professor Antônio Adonias Bastos (2010, p. 14):

É possível, de outro lado, que o devedor resista ao adimplemento da obrigação já certificada, situação em que se instala novo litígio, fazendo-se necessária uma atividade voltada para a realização concreta e forçada do direito já estabelecido e constante no título. Os atos a serem praticados para a solução desta segunda modalidade de conflito diferem dos que se destinam ao acertamento da relação. Na cognição, o juiz busca conhecer a situação fática e jurídica que lhe foi apresentada, para certificar se existe o direito postulado. Na execução, persegue-se o seu cumprimento, sem o concurso da vontade do obrigado.

É claro que existem casos onde o indivíduo busca apenas o reconhecimento do direito, porém, na grande maioria das vezes, o mero reconhecimento não atende em nada a expectativa do polo ativo. A importância da execução no processo civil é explícita: a grande maioria dos jurisdicionados somente ficará satisfeita caso a execução seja efetiva.

Cabe ao Estado garantir o respeito ao ordenamento jurídico, tendo em vista que a força é seu monopólio no direito moderno. Nesse sentido, a execução civil é a atividade jurisdicional responsável pela satisfação, no plano real, de um direito subjetivo, da mesma forma que seria se o devedor o tivesse feito espontaneamente (WAMBIER, TALAMINI, 2017, p. 49).

Esse direito subjetivo, por sua vez, não deve deixar lastro de dúvida quanto a sua existência e titularidade, ou seja, deve ser líquido e certo. Pode ser um título executivo judicial, quando oriundo de uma sentença judicial, ou pode ter origem em um negócio jurídico firmado entre as partes, que justificará a execução de título judicial. Por consequência lógica, os títulos judiciais deixam menos dúvidas acerca da sua liquidez.

O princípio da atipicidade dos meios executivos nem sempre foi parte do ordenamento jurídico brasileiro, o descumprimento de uma obrigação, na ausência de medidas típicas capazes de compelir o devedor a cumpri-la, causava a resolução, com o pagamento daquilo que era devido. Entretanto, não raro o credor continuava insatisfeito mesmo assim. É que, em muitas relações jurídicas, o que se quer é o bem da vida que foi negociado, ou o fazer ou não fazer, tendo pouca relevância a responsabilização financeira do inadimplente.

A regência da tipicidade dos meios executivos se justifica do ponto de vista histórico. Com efeito, após a ascensão da burguesia ao poder, se fez necessário garantir que as suas riquezas e propriedades não seriam usurpadas pelos nobres, que, mesmo enfraquecidos, ainda detinham muito poder social. Amarrar a atuação do juiz se relaciona profundamente com os valores liberais, principalmente no que tange ao respeito à propriedade privada.

Porém, indubitavelmente, a tipicidade das medidas executivas se mostrou insuficiente como o tempo. O ordenamento jurídico, então, identifica a necessidade de criar mecanismos para que os credores não tivessem as suas expectativas frustradas com tanta frequência. Era, e ainda é, necessário fazer como que o credor se sinta compelido a cumprir a obrigação, e não apenas aceite a consequência de não a cumprir.

Para tanto, o direito concebe o conceito de atipicidade dos meios executivos, que, em outras palavras, traz uma concentração de poderes de execução na figura do juiz. Essa atipicidade é um desdobramento do poder geral de efetivação, que autoriza que o magistrado tome as medidas executivas adequadas para fazer valer o direito do credor. Tal instituto jurídico decorre da completa impossibilidade de o legislador antecipar todas as relações jurídicas que podem ser concebidas e os seus desdobramentos (BASTOS, 2010, p.77).

2.1.1 A atipicidade no CPC de 1973

O legislador brasileiro já demonstrou preocupação com a efetividade das decisões judiciais mesmo antes da promulgação do NCPC. O CPC passado, de 1973, passou por algumas reformas que buscavam interromper o ciclo vicioso que imperava no Judiciário brasileiro. Notoriamente, se faz necessário citar a Lei n. 8.952/1994, responsável por adicionar o instituto da tutela antecipada ao CPC vigente à época. Em que pese a tutela antecipada não se tratar exatamente de tutela executiva, esse instituto foi de grande importância ao possibilitar a satisfação parcial do direito mesmo antes do fim do processo cognitivo.

Outra mudança relevante na tentativa de modernização do processo civil brasileiro se deu em razão da Lei 11.232/2005. Este dispositivo legal foi responsável por dispensar a propositura de ação de execução após a prolação da sentença em alguns tipos de títulos executivos judiciais, fazendo com o que a execução pudesse se tornar uma continuação, uma fase, do processo jurisdicional. Dessa forma, o processo civil brasileiro se tornou sincrético, com término na concretização do direito supostamente existente, não no seu mero reconhecimento.

Ainda na vigência do CPC de 1973 foram feitas reformas legislativas que contemplavam a atipicidade dos meios executivos nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. A obrigação pecuniária, por sua vez, continuou restrita às medidas típicas até o advento do CPC de 2015. Trata-se de mais uma tentativa de resolver aquele que talvez seja o maior problema do Judiciário brasileiro, ao lado da celeridade dos processos, a efetividade das decisões judiciais.

2.1.2 Influências das legislações estrangeiras

No âmbito da fundamentação da tutela executiva, se faz necessário analisar elementos históricos que justificaram a resistência da legislação, em países de civil law, de atribuir maiores poderes executivos aos juízes. Isso decorre do rompimento do Estado Absolutista pela Revolução Francesa, onde, num primeiro momento, era inconcebível que o magistrado interpretasse a lei, ele deveria ser nada mais do que a “boca da lei”.

Havia uma preocupação excessiva com as lacunas do ordenamento, o legislador tentava e ainda tenta prever todas as situações possíveis com intuito de limitar a discricionariedade do juiz. Contudo, percebeu-se com o tempo que era impossível que o direito conseguisse acompanhar as mudanças na sociedade, este sempre ficaria um passo atrás (ABELHA, 2015, p.32).

Por conta dessa limitação, a atuação do Estado juiz, não se admitia nenhum tipo de constrangimento pessoal para compelir a parte a cumprir a obrigação. Nesse sentido, Luciano Vianna Araújo (2017, p.125) corrobora que:

Voltando bastante no tempo, o art. 1142 do Código Napoleão dispunha – numa tradução livre – que toda obrigação de fazer ou de não fazer, resolvesse em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor. Note-se que não havia, nesta época, qualquer previsão do juiz coagir o devedor ao cumprimento da obrigação específica.

É inegável a semelhança das reformas no sistema processual brasileiro com reformas nos sistemas estadunidense e francês, todos com o objetivo de enfrentar o mesmo problema, a falta de efetividade da tutela dos direitos. Ao que parece, o fenômeno da ineficiência da execução não é exclusividade de nenhuma nação, conforme as relações jurídicas foram ficando mais complexas, os ordenamentos não foram capazes de acompanhar as mudanças. (LIMA, 2016, p. 268).

A exemplo de como as reformas ao redor do mundo influenciaram nas mudanças vividas no Brasil, temos a figura da *astreinte*, instituto consagrado no ordenamento brasileiro, mas que tem sua origem na França, na lição do Professor Doutor Humberto Teodoro Júnior (2017, p. 171):

Já no sistema do Código de 1973, a multa por atraso no cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer era cabível tanto na sentença como em decisão interlocutória de antecipação de tutela. Caberia, também, em decisão incidental na fase de cumprimento da sentença, se esta não a houvesse estipulado. Era assim que se explicava a dupla menção da *astreinte* nos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC/1973: (i) no primeiro deles havia a previsão devida, ou seja, no deferimento da antecipação de tutela, em caráter provisório, ou na sentença, quando a condenação era proferida em caráter definitivo; (ii) na segunda hipótese (a do § 5º) a multa se apresentava como uma das medidas de apoio que o juiz poderia tomar em qualquer tempo para tornar efetiva a condenação já proferida, e não necessariamente na própria sentença. A sujeição às *astreintes* ocorreria tanto para os particulares como para o Poder Público, não havendo razão de direito para que desse regime fossem excluídas as pessoas jurídicas de direito público.

A mudança dessa estrutura, originária do civil law, tem início na Alemanha pós Segunda Guerra Mundial momento em que o modelo jurídico centrado no Código Civil é substituído pelo constitucionalismo democrático, caracterizado pela força normativa da Constituição. Essa força normativa estabelece que todas as normas de

um ordenamento devem ser aplicadas a partir de um olhar constitucional, sendo assim, a atividade do juiz, necessariamente, volta a ser interpretativa pois cabia a ele compatibilizar as normas infraconstitucionais com aquilo que estava disciplinado na carta magna (ABELHA, 2015, p.33).

O *Codice di Procedura Civile* de 1942, marcado pelo fascismo italiano, também distribuiu amplos poderes aos juízes sob a justificativa de que a atuação judicial, mesmo que sem parâmetros objetivos, sempre estará delimitada pelo princípio da legalidade (TUCCI, 2016).

A constitucionalização do direito atingiu toda a ordem jurídica, incluindo o processo civil e, mais especificamente, a execução. A maior autorização interpretativa do juiz aparece de forma marcante na atipicidade dos meios executivos. O magistrado passa a aferir casuisticamente as medidas cabíveis para efetivar uma execução.

A mudança inicial no ordenamento jurídico brasileiro se deu ainda no CPC de 1973, onde reformas no diploma autorizaram medidas atípicas nas execuções de obrigação específica. Entretanto, parte da doutrina passou a questionar os motivos que justificavam uma maior proteção dos credores de obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa em relação àqueles que tinham direito a uma prestação pecuniária.

2.2 A ATIPICIDADE NO ÂMBITO DO NCPC

Apenas com o novo diploma processual, através do artigo 139, IV, do CPC de 2015, o legislador brasileiro passou a admitir a possibilidade de medidas atípicas também nas obrigações de pagar quantia. Nesse caso, o fundamento é diferente daquele que proporcionou a atipicidade nas demais obrigações. Aqui, o credor está interessado no adimplemento pecuniário, porém, para compelir o devedor a pagar, o juiz poderá se valer de medidas que atingem a vontade do indivíduo, e não o seu patrimônio.

O artigo 139, inciso IV, do CPC de 2015, unificou os poderes do juiz no “cumprimento de ordem judicial”. Não se trata de medidas sub-rogatórias ou

substitutivas, é verdadeiramente um poder geral para fazer o que for necessário na efetivação da execução judicial.

O artigo 139 segue a linha de outros dispositivos do Código de Processo Civil, no sentido de viabilizar um verdadeiro aumento dos poderes do juiz na condução do processo. Mas não se trata de uma inovação brasileira, é tendência nas legislações mais modernas esse crescimento da discricionariedade do magistrado (TUCCI, 2016).

2.2.1 O poder geral de efetivação do artigo 139, IV, CPC

A ausência da atipicidade dos meios executivos nas obrigações de pagar quantia deixava o devedor em uma situação muito cômoda, em razão deste já saber todas as medidas capazes de atacar o seu patrimônio, permitindo assim que fossem sopesados quais seriam as consequências do seu inadimplemento e, muitas vezes, optando por este caminho voluntariamente.

O Magistrado no exercício da atividade substitutiva, se vale do poder geral de efetivação disposto no ordenamento para dar efetividade às suas decisões.

Cabe salientar que o citado artigo 139, inciso IV, também confere aos magistrados o poder de dilatar prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, ou seja, o poder geral de efetivação não está restrito apenas as medidas executivas, mas ao processo como um todo. Esse poder de flexibilização possibilita que o juiz observe princípios constitucionais muitas vezes esquecidos, como o princípio da isonomia (CÂMARA, 2016).

O artigo 139, IV, do CPC, é um dispositivo abstrato, de maneira que é importante delimitar a sua área de incidência. Antes de maiores interpretações, importa rever o seu texto legal:

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 para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária

Esse dispositivo alterou completamente a lógica da tutela executiva no ordenamento jurídico brasileiro. É sabido que a grande maioria dos processos de execução dizem respeito a obrigações de pagar quantia, entretanto, esse tipo de obrigação era a que tinha o tratamento mais leve no âmbito do CPC de 1973. Não era possível que o juiz determinasse a medida executiva adequada para o caso se esta não estivesse presente no rol das medidas legais. Nesse ponto específico, é possível dizer que a legislação facilitava o inadimplemento voluntário.

Em razão do artigo 139, IV, do CPC, o magistrado possui a faculdade de determinar, baseado na análise do caso concreto, qualquer medida sub-rogatória, coercitiva, mandamental e indutiva para compelir o devedor a cumprir a prestação, desde que tal medida não seja vedada pelo ordenamento.

A abertura do sistema para contemplar a subsidiariedade representa nova ruptura do modelo processual brasileiro, dando novo significado à atividade jurisdicional. Ao colocar a tutela de prestações pecuniárias no mesmo nível que aquelas oferecidas em outros tipos de obrigação demonstra novos passos na direção de uma tutela jurídica mais efetiva e adequada (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p.775).

Essa atividade jurisdicional somente se faz necessária quando o devedor se recusa a adimplir aquilo que foi acordado, quebrando a expectativa da outra parte, daí o sentido de se dizer que a execução civil é forçada.

Nesse diapasão, não envelhece a lição de Leonardo Greco (1999, p. 164):

(...) modalidade de tutela jurisdicional que consiste na prática pelo juiz (ou por outrem sob sua supervisão) de uma série de atos coativos concretos sobre o devedor e sobre o seu patrimônio, a fim de, à custa dele e independentemente do concurso da sua vontade, tornar efetivo o

cumprimento de prestação por ele inadimplida, desde que tais atos coativos estejam previamente constituídos em lei.

É de suma importância salientar que a atipicidade das medidas executivas nas obrigações pecuniárias, em razão de todo o sistema disciplinado para esse tipo de execução, deve ser utilizada de maneira subsidiária à tipicidade. Ou seja, somente se não for possível efetivar a execução através das medidas típicas é que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinará medida específica para atingir o resultado esperado.

Ainda em relação à subsidiariedade das medidas atípicas nas execuções de pagar quantia, esta resta demonstrada ao se interpretar o Código de Processo Civil de maneira integrada, o diploma legal disciplina detalhadamente o procedimento a ser seguido nas execuções de pagar quantia, inclusive determinando a suspensão do processo por um ano se não forem encontrados bens penhoráveis. Não se sustenta a ideia de que todo esse regramento deveria ser deixado de lado em nome da atipicidade disciplinada no art. 139, IV (WAMBIER, TALAMINI, 2017, p. 195).

Contudo, a referida subsidiariedade é questionada em relação aos títulos executivos judiciais, tendo em vista que esses gozam de maior segurança em relação aos títulos executivos extrajudiciais. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p.783):

Conclui-se, então, que, para os títulos judiciais, vigora hoje o sistema de atipicidade dos meios executivos, de modo que o juiz que ordena a satisfação de alguma prestação – pouco importando a sua natureza – pode impor o seu cumprimento pelo emprego de qualquer técnica de indução ou de sub-rogação que avalie adequada.

Já em se tratando de títulos extrajudiciais, a opção legislativa é outra. Considerando que, nesses casos, os documentos que baseiam a execução não têm origem na atividade jurisdicional do Estado, é razoável que se limitem as técnicas postas à disposição do credor, a fim de evitar injustas incursões sobre a esfera do executado. Aqui, portanto, o modelo adotado é o da tipicidade das formas executivas.

Importa deixar claro que a atipicidade das medidas executivas pode ser invocada para autorizar medidas diretas e indiretas, não se pode restringir a sua aplicação à coerção indireta (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p.103).

Outra questão que levanta dúvidas é o questionamento em relação à necessidade ou não de provocação do juiz para que este tome medida executiva atípica. Obviamente, as partes podem pedir, e, até mesmo sugerir o ato que entendem como necessário, mas isso não significa que o magistrado não possa agir de ofício. Na verdade, ele tem o dever de ser diligente e tomar as medidas que entender cabíveis e efetivas na busca pela consolidação do direito.

Todavia, as medidas executivas atípicas não devem atingir pessoas outras que não o executado que deixou de cumprir com sua obrigação. Nem em razão deste as medidas devem ser encaradas como uma forma de punição, portanto, em nenhuma hipótese devem prejudicar terceiros.

Se a medida se mostrar ineficaz, é razoável que o mandamento seja alterado, pois, naquele momento, a medida está servindo apenas como sanção. Também não há o que se falar em ofensa à coisa julgada nos casos onde o juiz altera a medida executiva atípica, uma vez que não houve sentença transitada em julgado.

Existe também, doutrinariamente, o questionamento acerca da possibilidade de alteração de medidas executivas típicas em nome da atipicidade. Isto é, tendo em vista ser possível determinar uma medida sem previsão legal, seria possível modificar uma medida legalmente prevista baseada nessa lógica? Se por um lado é obvio que o ordenamento jurídico brasileiro não aceita decisões judiciais *contra legem*, por outro não faz sentido, do ponto de vista lógico, ser possível inovar completamente, mas não ser possível modificar. Em nome da efetividade das decisões judiciais, a doutrina majoritária entende ser, sim, possível modificar medidas judiciais típicas para criar uma medida atípica.

Continuando nessa seara, surge a pergunta: então seria possível aplicar a prisão civil prevista para o devedor de alimentos no âmbito das outras execuções? A questão é bastante complexa, tendo em vista que a Constituição Federal proíbe expressamente a prisão civil por dívida, com exceção dos casos de depositário infiel

e dívida alimentar. Além disso, o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que também vedam essa modalidade sancionatória.

O cerne da polêmica se encontra no sentido da palavra 'dívida', contida no art. 5º, LXVII, do texto constitucional, que diz: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

Enquanto alguns doutrinadores entendem a palavra 'dívida' como 'obrigação de pagar quantia', outros entendem como 'obrigação civil'. Com a primeira interpretação, é possível sustentar a autorização para prisão civil em caso de dívidas que não sejam pecuniárias. Doutrinadores que defendem essa possibilidade argumentam também que o direito fundamental a liberdade não é hierarquicamente superior aos outros direitos fundamentais, de modo que nem sempre este deve prevalecer (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p.259).

2.2.2 Classificação das medidas executivas no artigo 139, IV, CPC 2015

A redação do multicitado artigo 139, inciso IV, do CPC de 2015, deixa claro que o novo código classificou as medidas executivas em quatro categorias. São elas: Medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. É importante uma melhor análise dessa classificação com objetivo de diferenciá-las.

As medidas indutivas se contrapõem diametralmente às medidas coercitivas, na medida em que, ao invés de causar um temor que leve o devedor a adimplir a obrigação, o objetivo das medidas indutivas é apresentar uma vantagem que pode ser conferida em caso de adimplemento. O próprio CPC prevê, de maneira típica, medidas indutivas de comportamento, a exemplo da redução de honorários advocatícios em caso de pagamento dentro do prazo.

A aplicação de medidas indutivas atípicas, por sua vez, possui um problema de difícil solução, qual seja, o de como aplicar tal medida sem ferir o direito da parte contrária,

afinal é difícil pensar numa indução relevante que não envolva pecúnia, e, se envolver, a outra parte terá o seu direito minimizado. Sendo assim, o ideal é que, se tratando de medidas indutivas, o magistrado mantenha-se na seara da tipicidade.

As medidas coercitivas, por sua vez, são aquelas que visam estabelecer um temor ao executado, forçando-o a cumprir o mandamento executivo. Essa coerção pode ser de maneira pessoal ou patrimonial. Em ambos os casos o que se busca é a alteração de vontade. A prisão civil prevista na CF88 para o devedor de obrigação alimentícia (e do depositário infiel) são espécies de medidas de coerção pessoal, enquanto a aplicação de multa, bloqueio de contas bancárias, são medidas de coerção patrimonial.

Nesse contexto, temos a lição do Professor Edilton Meirelles (2015):

Assim é que, em casos de obrigações de fazer ou não fazer infungíveis ou quando se revela mais adequado, conveniente e mais célere, a princípio, a satisfação da decisão pelo próprio devedor, poderá o juiz adotar medidas coercitivas para pressionar o obrigado à satisfação de sua obrigação. Aqui o juiz deve adotar medidas que tendem a coagir o obrigado a satisfação da obrigação. Através destas medidas se pressiona o devedor de modo que ele pessoalmente desenvolva a conduta imposta pela decisão judicial. Exemplo maior de medida coercitiva é a imposição de multas cominatórias ou astreintes. Através da imposição dessa multa se busca coagir o devedor à satisfação de sua obrigação. Daí porque o juiz, em qualquer fase do processo, pode estabelecer, de ofício, multa que “seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito” (art. 537 do CPC/2015).

Outra classificação prevista no artigo 139, inciso IV, diz respeito às medidas mandamentais. Essas medidas são de maior utilidade nas obrigações de fazer ou não fazer de natureza infungível e não devem ser adotadas de maneira usual, e sim de maneira subsidiária às medidas sub-rogatórias, coercitivas e indutivas, isso porque o descumprimento da mesma acarretará a prática de crime de desobediência e se deve evitar a indução de conduta delituosa (MEIRELES, 2015).

Por fim, mas não menos relevantes, temos as medidas sub-rogatórias, as mais tradicionais do ordenamento jurídico brasileiro. São atividades exercidas pelo juiz ou seus auxiliares que buscam obter resultado igual ao que seria obtido se o executado

cumprisse o mandamento de forma opcional, as medidas sub-rogatórias dispensam qualquer tipo de conduta do devedor (MEIRELES, 2015).

2.3 OUTRAS CLASSIFICAÇÕES DAS ATIVIDADES EXECUTIVAS

É de grande importância na compreensão do tema classificar a atividade executiva, a fim de entender em quais tipos de execução as medidas executivas atípicas se aplicam, bem como o procedimento a ser seguido no curso daquele processo executivo, seja ele autônomo ou uma fase. A doutrina dominante costuma dividir a execução em provisória/definitiva, específica/genérica, direta/indireta e singular/coletiva.

2.3.1 Execução provisória versus execução definitiva

Essa classificação tem forte relação com os conceitos de efetividade e segurança jurídica. Se o magistrado que proferiu sentença executiva passível de recurso não aceita este recurso com efeito suspensivo, estaremos diante de uma execução provisória, ao passo que a execução definitiva diz respeito às decisões executivas transitadas em julgado.

O motivo de o ordenamento admitir a execução provisória é a efetividade das decisões judiciais, mesmo que, sob outra ótica, essa decisão mitigue a segurança jurídica, tendo em vista que existe chance de ser reformada.

Essa classificação se relaciona diretamente com a estabilidade do título executivo. Por exemplo, em caso de execução fundada em título executivo extrajudicial não existe dúvida acerca do caráter definitivo dessa execução, pois não existe título provisório extrajudicial.

A dúvida aparece nas execuções fundadas em títulos executivos judiciais, o chamado cumprimento de sentença. Nesse momento o intérprete deve observar se a sentença transitou ou não em julgado. Em caso de resposta positiva estaremos

diante de uma execução definitiva, já se a decisão não estiver transitada em julgado podemos estar diante de uma execução provisória.

Existe ainda uma terceira via, nos casos de decisões não transitadas em julgado é imprescindível constatar os efeitos do recurso, afinal, em caso de recurso com efeito suspensivo não haverá possibilidade de execução pois a decisão restará com eficácia suspensa. Portanto só se admite a execução provisória em caso de execução fundada em título executivo judicial oriundo de sentença ainda não transitada em julgado e com recurso de efeito devolutivo pendente.

No mesmo sentido importa salientar que essa classificação diz respeito as execuções fundadas em títulos judiciais, pois a sentença que constituiu este título pode ou não ter transitado em julgado. As execuções fundadas em título extrajudicial são sempre definitivas pois o título executivo já está constituído. A execução forçada sempre se dá através de movimentação do credor, por meio de petição inicial, quando o título for extrajudicial, e a requerimento, quando o título for judicial, em razão de já existir processo em curso (THEODORO JÚNIOR, p. 239, 2017).

O regramento da execução provisória é bastante parecido com a execução definitiva, residindo diferenças apenas em sua fase final

2.3.2 Execução comum versus execução especial

Aqui a distinção reside no procedimento a ser adotado na execução, existe o chamado procedimento executivo comum, onde reside a grande maioria das execuções e existe o procedimento executivo especial, que são as execuções especificamente tratadas no código, a exemplo da execução de alimentos e da execução fiscal (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p.48).

O procedimento comum, como não poderia deixar de ser, é a hipótese genérica, criado para reger uma generalidade de direitos. Mas existem situações mais complexas onde se faz necessário a criação de um procedimento diferente, mais sensível às peculiaridades daquela situação fática.

Um dos exemplos de execução especial é a execução fiscal, que são as execuções onde a fazenda pública é credora. Se o ordenamento jurídico estabelece um

procedimento especial esse procedimento tem que ser seguido em detrimento do procedimento comum.

Essa separação é importante na hipótese do artigo 780 do CPC, que autoriza a cumulação de execuções em caso de correspondência das partes envolvidas. Só podem ser cumuladas execuções que possuem o mesmo regramento pois as particularidades das execuções especiais não podem ser utilizadas no andamento de execuções comuns.

No caso da execução de alimentos, por exemplo, o legislador optou por ampliar os mecanismos que o credor tem a sua disposição para fazer valer o seu crédito, a exemplo da prisão civil do devedor de alimentos. Isso se justifica em razão a importância da prestação alimentícia, é mais do que uma questão patrimonial, muitas vezes é o único meio de subsistência daquele alimentando, daí a necessidade de uma maior proteção (WAMBIER, TALAMINI, p. 706, 2017).

2.3.3 Execução direta versus execução indireta

Esta classificação tem relevância na execução forçada, ou seja, quando o devedor se recusa a pagar o débito e o credor se ver obrigado a pedir socorro ao poder judiciário. Este, por sua vez, no momento de efetivar o direito do exequente, caso este o tenha, poderá adotar medidas coercitivas para obrigar o executado a adimplir, sejam elas típicas ou atípicas, ou, em casos mais extremos, se sub-rogar na figura do executado e tomar o ato por conta própria. No primeiro caso estaremos diante de uma execução indireta e no segundo caso execução direta.

Na execução direta o judiciário pratica os atos necessários a satisfação da pretensão sem a necessidade de qualquer participação do executado. É o que se entende por sub-rogação, o estado se sub-rogando na figura do executado e pratica os atos que deveriam ser praticados por ele espontaneamente. Como exemplo de ferramenta de execução direta temos o sistema BACENJUD, que possibilita a requisição do juízo ao Banco Central que bloqueie valores das contas do executado.

Além do sistema BACENJUD, outro exemplo de execução direta é o instituto da busca e apreensão e da penhora. O estado captura o bem da vida e o negocia para levantar os valores necessários para satisfação do crédito.

Nas obrigações de dar coisa o judiciário pode se valer da técnica de desapossamento, que consiste na retirada do bem da posse do executado e entrega para o exequente, com auxílio da figura do oficial de justiça.

Em caso de obrigação de fazer o magistrado pode (e deve) lançar mão da transformação. Que nada mais é que a conversão da obrigação de fazer em pecúnia para possibilitar o pagamento de outro profissional para executar o fazer que se queria no começo.

Nos ensinamentos de Marcelo Abelha (2015, p. 49-50):

E, toda vez que a medida de apoio consegue persuadir o executado a cumprir a obrigação ou dever inadimplido, é sinal de que o adimplemento se deu de forma mais coincidente com a que se teria caso não tivesse sido necessário o processo. No entanto, não é só esse fator que faz das medidas de apoio uma das maiores estrelas da execução civil (arts. 137, IV, 537 etc.). Tais medidas, além de - por razões lógicas - representarem enorme vantagem econômica (economia processual) sobre as medidas de sub-rogação, constituem meio idôneo e propício (quando não são o único possível) para compelir o devedor a adimplir as obrigações ou deveres infungíveis (de fazer que não possa ser restado por terceiro e todas as relativas a um não fazer). Exatamente em razão de tais aspectos é que acreditamos que as medidas coercitivas devam estar inseridas no conceito de execução, pois, se, por um lado, não ensejam uma execução direta, com realização pelo Estado do ato executivo, por outro, são mecanismos que tendem para o mesmo fim.

O grau de intenção do executado em colaborar com a execução não é relevante para classificar a execução em direta ou indireta, mas sim atua na escolha da medida executiva, quanto menos colaborativo for o executado, mais gravosa deve ser a medida coercitiva (MINAMI, p. 45, 2017).

Na execução indireta judiciário buscar agir no componente psíquico do executado, seja através da coerção, seja através do incentivo. No exemplo dado anteriormente

das obrigações de fazer, é possível que se trate de um fazer não infungível como a apresentação de determinado artista.

Nesse caso não interessa ao exequente que outro artista seja contratado para executar a tarefa, o que se quer é que o artista contratado inicialmente cumpra com sua obrigação. O judiciário deve mostrar ao executado o qual desvantajoso será não cumprir o fazer em questão.

Apesar desse exemplo não é necessário que o bem em questão seja infungível para a aplicação da execução indireta. Mesmo nas obrigações de pagar quantia nem sempre é possível se valer das técnicas de sub-rogação.

2.3.4 Execução de título judicial versus execução de título extrajudicial

A execução de título judicial é chamada no CPC de cumprimento de sentença, ou seja, acontece quando a execução é uma fase do processo, posterior à fase de conhecimento. Essa distinção é importante porque cada tipo de título tem um tratamento diferente disciplinado no código. Isso se dá em razão da maior confiabilidade dos títulos judiciais, em virtude destes terem sido produzidos perante o Poder Judiciário. Nesses casos, as possibilidades de defesa do executado são muito restritas.

Já a execução de título extrajudicial é aquela fundada em título caracterizado pela legislação como executável, a exemplo das notas promissórias e contratos que atendam aos requisitos legais. Nas execuções fundadas em títulos extrajudiciais as possibilidades de defesa do executado serão mais amplas por conta da menor segurança do Poder Judiciário em relação a esse título.

2.3.5 Execução singular versus execução coletiva

Essa distinção tem origem no CDC e pode ser utilizada para diferenciar a tutela executiva dos direitos difusos e coletivos da tutela executiva dos direitos individuais.

Portanto, o que se deve observar é o objeto e a natureza do direito a ser efetivado no processo de execução.

Na análise dos interesses coletivos presentes no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, percebe-se que será coletiva a execução que visar satisfazer direito difuso ou coletivo tutelado no título executivo e, por sua vez, será individual a execução que busca apenas a satisfação de pretensões de um único sujeito (ABELHA, 2015 P. 51).

3 DA NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DOS PODERES DOS MAGISTRADOS NA EXECUÇÃO: A BUSCA POR UM DIREITO EFICIENTE

A tipicidade dos meios executivos dominou a teoria da execução brasileira durante muito tempo, era uma forma de controlar a jurisdição estatal a fim de evitar surpresas no âmbito do processo. Contudo, as medidas executivas tipificadas no ordenamento foram perdendo efetividade com o desenvolvimento das relações sociais. Dessa forma, surge a necessidade de aproximar a jurisdição da dinâmica social, e no tocante a execução civil isso foi feito através da atipicidade das medidas executivas.

Com a atipicidade dos meios executivos o legislador buscou uma generalização das medidas de efetivação. A tutela executiva já goza *status* de direito fundamental, afinal, em regra, o direito em questão já está certificado. Claro que não se deve extrapolar os limites da razoabilidade na aplicação dessas medidas mas também não se deve ter receio de lançar mão desse instrumento para fazer cumprir o direito do exequente, principalmente quando se notar que o executado está tentando prejudicar a execução.

3.1 TEORIA DA EXECUÇÃO: O DIREITO A UMA PRESTAÇÃO

O direito a uma prestação trata da possibilidade de uma parte exigir de outra o cumprimento de uma prestação. Esse direito pode ser oriundo de uma tutela jurisdicional como uma sentença ou de um título extrajudicial. É importante notar que a execução não surge desse título executivo, o devedor tem a prerrogativa de adimplir a obrigação voluntariamente, nessa hipótese não haveria razão para ingresso da parte credora em juízo.

O que chamamos de processo de execução é a execução forçada, ou seja, pressupõe o não adimplemento voluntário do polo devedor. Resta demonstrado assim que a tutela executiva está intimamente ligada ao direito a uma prestação.

3.2 CONCEITO DE NON FACTIBILE NA EXECUÇÃO: HIPOÓTESES DE TITULOS EXECUTIVOS INEXEQUÍVEIS OU DE DIFÍCIL EFETIVAÇÃO

O conceito de *non factibile*, apesar da utilização do latim não é um instituto histórico do Direito Romano. A expressão é apenas uma tradução de algo que “não é factível”, e visa transmitir a ideia de que determinado fato não é viável, possível, Exequível. O objetivo do uso em latim é criar uma correspondência com o conceito de *non liquet* e sua proibição, o que ajuda na propagação da ideia (MINAMI, 2019 p. 185).

Non Liquet significa algo parecido com “não está claro” que era fundamento utilizado pelo magistrado no processo civil romano clássico para se furtar de julgar a questão. Esse tipo de situação era causado, geralmente, por defeitos no material probatório, que não era suficiente para a formação de convencimento do magistrado. No direito contemporâneo essa possibilidade não existe, o juiz deve julgar em algum momento mesmo que não esteja convicto daquela decisão. O ordenamento, inclusive, traz mecanismos para auxiliar o magistrado a tomar essa decisão sem convicção, a exemplo da atribuição do ônus da prova (MINAMI, 2019 p. 183-184).

3.2.1 Causas do *Non Factibile*

A vedação ao *non factibile* se comunica com a atipicidade dos meios executivos pois existem execuções de complicada execução, o magistrado pode se encontrar em posição de não mais saber quais medidas adotar para fazer cumprir aquele mandamento obrigacional, mas, sob a mesma lógica de que o ordenamento não permite que o magistrado deixe de proferir sentença, também não se pode permitir que o juiz simplesmente resolva a questão em perdas e danos. Obviamente essa medida é possível, mas não deve ser regra.

Sobre as causas do *non factibile*, esclarece Marcos Youji Minami (2019, p. 187):

Se a prestação a ser realizada é muito complexa como a implantação de um conjunto de ações por parte da Administração Pública objetivando o fim de maus tratos em um presídio, sua completa efetivação pode não acontecer ou se arrastar por anos. Outro exemplo de situações complexas são os termos de ajustamento de conduta que envolvem vários grupos de interesse e veiculam diversos comportamentos a serem seguidos pelos seus signatários. Também podem ser consideradas de realização dificultosa ou impossível decisões que envolvem orçamento público e interferem na forma de o gestor público atuar. Nas execuções por quantia, a continuidade regular do processo pode ser impedida pelo fato de o executado não possuir patrimônio. Essa ausência de bens pode ser real – o executado encontra-se realmente insolvente – ou simulada. Na simulação, o requerido afirma não possuir patrimônio quando na verdade os possui e diligencia no sentido de escondê-los mediante os mais diversos ardis.

Nas obrigações de fazer ou não fazer ou de dar coisa infungível certamente não interessa ao credor a compensação monetária pelo seu inadimplemento, o que se quer é o objeto da relação obrigacional, aquilo que foi acordado e, portando, deve ser esse também o objetivo da tutela executiva.

A atipicidade dos meios executivos ampliou a caixa de ferramentas dos magistrados na aplicação das medidas para fazer cumprir os títulos executivos e cabe a eles exercer sua criatividade a fim de melhorar a efetividade do judiciário brasileiro. Se fosse de interesse do legislador essa constante resolução das obrigações em perdas e danos certamente não seria conferido aos magistrados um poder tão abstrato.

3.2.2 Resoluções possíveis ao problema do *Non Factibile*

Como dito alhures, o ordenamento jurídico brasileiro já possui diversas ferramentas para evitar o *non liquet* em razão desse conceito já estar bem estabelecido na doutrina. Já no tocante ao *non factibile*, mesmo não sendo conceito ainda abertamente difundido pelos principais doutrinadores, já existem mecanismos no ordenamento para combatê-lo. Por exemplo, em casos onde não se faz mais possível a prestação originária, pode-se aplicar a tutela do equivalente (MINAMI, 2019, p. 193).

3.3 FUNDAMENTOS JUSTIFICADORES DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

Com a ascensão dos estados liberais, predominava nos ordenamentos jurídicos desses países a tipicidade dos meios executivos. Estabelecendo que o juiz só poderia se valer das medidas expressamente autorizadas pelo legislador para efetivar a execução.

A grande preocupação desses regimes liberais, normalmente dominados pela classe burguesa, era limitar o poder do magistrado, evitando assim possíveis arbitrariedades, o que era comum nos regimes absolutistas em favor dos nobres e em detrimento da burguesia. A classe comercial já era detentora das riquezas da sociedade e precisava criar mecanismos para defender essa riqueza. Daí a força que o positivismo adquire com a chegada do liberalismo.

A importância desse momento histórico na consolidação da jurisdição moderna não pode ser negada, mas, com o tempo, esse engessamento da atuação dos magistrados. Não raro as medidas típicas se mostravam onerosas, ineficazes, demoradas e simplesmente não eram adequadas para atingir o fim a que se destinavam.

Nesse momento, a primeira medida que parece lógica para situação foi a alteração do rol de medidas típicas, o que é compreensível pois a preocupação com possíveis arbitrariedades do judiciário continua viva até os dias atuais, e, inclusive, de maneira justificável.

Contudo, o legislador brasileiro precisou fazer uma ponderação, é mais importante para o ordenamento seguir limitando a atuação do poder judiciário ou possibilitar uma maior discricionariedade nessa atuação com escopo de agir no combate ao problema da falta de efetividade das decisões judiciais? De maneira compreensível optou-se pela segunda alternativa com o desenvolvimento das medidas executivas atípicas.

Cabe salientar que mesmo que essa escolha traga o risco da insegurança jurídica e da arbitrariedade, existe todo um mecanismo de controle das decisões judiciais no ordenamento brasileiro. Mesmo que uma decisão judicial cause séria constrição injustificada ainda será possível corrigi-la através do próprio judiciário. Já a hipótese de execução frustrada em razão de ausência de medida típica cabível, não haveria outra possibilidade para o exequente.

Esse movimento aconteceu no Brasil entre o final dos anos 90 e início dos anos 2000, com a mudança do texto do artigo 461 do CPC de 1973 e criação do artigo 461-A posteriormente. Esses artigos conferiram ao juiz o chamado poder geral de efetivação, porém apenas nas obrigações não pecuniárias.

O referido poder geral de efetivação despertou preocupação na doutrina já àquela época, que logo percebeu que a proporcionalidade e a razoabilidade seriam instrumentos de grande importância na aplicação dessas medidas atípicas.

Importante salientar que mesmo antes da legislação permitir o uso de medidas atípicas em obrigações pecuniárias havia importante pedaço da doutrina processual que defendia essa possibilidade. Tal interpretação surgia de uma leitura constitucional do ordenamento processual, pois havia, com essa distinção, um tratamento diferenciado entre credores, o que feria o princípio da igualdade.

Tal discussão doutrinária perdeu o sentido quando no novo código contemplou essa visão anteriormente minoritária no artigo 139, IV, entretanto, há quem sustente que essa atipicidade deve ser utilizada de maneira subsidiária no caso das obrigações pecuniárias, a fim de não desprezar o extenso regramento legal para a matéria

Após essa análise é possível perceber que nem a tipicidade nem a atipicidade são de todo ruim, ambas trazem proteções e perigos ao processo executivo de modo que o que vai realmente importar é a formar com que os magistrados lançarão mão das possibilidades.

As medidas atípicas autorizadas pelo ordenamento englobam tanto medidas de execução direta quanto de execução indireta. É necessário ter isso em mente pois analisando o instituto percebe-se uma tendência à acreditar que as medidas atípicas devem ser apenas indiretas, agir influenciando o comportamento do sujeito e não é o caso. Isso fica claro quando percebemos que medidas tidas como típicas para determinados tipos de execução podem ser utilizadas como medidas atípicas em outros.

Nesse sentido Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira esclarecem (2018, p.105):

Essas cláusulas gerais (art. 139, IV, art. 297 e art. 536, § 1º, CPC) autorizam o uso de meios de execução direta ou indireta. É muito importante esse registro, para que não se restrinja a sua aplicação às técnicas de coerção indireta.

A execução direta, ou por sub-rogação, pode viabilizar-se por diferentes técnicas: (i) desapontamento, muito comum nas execuções para entrega de coisa, por meio da qual se retira da posse do executado o bem a ser entregue ao exequente (p. ex., despejo, busca e apreensão, reintegração de posse); (ii) transformação, por meio da qual o juiz determina que um terceiro pratique a conduta que deveria ser praticada pelo executado, cabendo a este arcar com o pagamento do custo respectivo, ou (iii) expropriação típica das execuções para pagamento de quantia, por meio do qual algum bem ou patrimônio do devedor serve para pagamento do crédito (adjudicação, alienação judicial ou apropriação de fundos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens, art. 825, CPC)

Apesar de parecer inequívoco, não custa salientar que uma das limitações da atuação do magistrado na utilização de medidas atípicas é a licitude do mandamento, mesmo com a finalidade de alcançar resultado devido é inadmissível que a medida em questão seja ilegal.

Por fim, existe também a possibilidade de alteração de uma medida típica em nome da atipicidade e não parece haver qualquer problema nessa situação. Não haveria sentido ser possível a criação de um regramento específico diferenciado para o caso concreto e ser vedada a adaptação de medidas já previstas pelo ordenamento.

3.3.1 A efetividade das sentenças judiciais brasileiras: um problema histórico

Para a população em geral que busca determinada reparação jurisdicional não há o que se comemorar no momento que a sentença é proferida, não é nesse momento que o direito se materializa para aquele indivíduo. É sabido que mesmo em posse do título executivo a parte mais difícil ainda está por vir, o processo de execução, salvo se o derrotado adimplir com sua obrigação de maneira voluntária, o que não é muito comum.

Sobre a questão explica Marcelo Abelha (2015, p. 13):

Já com relação à crise de cooperação (descumprimento, adimplemento), o Direito, especialmente o direito processual, tem dificuldades para pacificar esse tipo de conflito, justamente porque a mera revelação da norma jurídica concreta não é bastante para pôr fim ao conflito de interesses. É preciso ir além. É necessário partir da norma jurídica concreta declarada para a sua atuação no mundo dos fatos. Raros são os casos de devedores, que diante de uma sentença condenatória que lhes seja imposta, decidem cumpri-la espontaneamente, nem mesmo a multa legislativa do artigo 523 do CPC conseguiu alterar esse quadro de desprezo do devedor para com as sentenças condenatórias.

Enquanto as normas jurídicas concretas constitutivas e declaratórias independem do comportamento do vencido para se efetivarem, não é o que

se passa com a norma jurídica concreta revelada a partir de uma crise de cooperação. Como o próprio nome já diz, é mister que a norma concreta atue no mundo dos fatos, de forma a obter o resultado que se teria caso a cooperação (adimplemento, cumprimento) tivesse sido espontaneamente realizada. Portanto, há aí um momento posterior à revelação da norma jurídica concreta oriunda de crise de adimplemento, que é justamente a realização fática de seu comando declarado. É preciso, portanto, realizar no mundo dos fatos, ou “la legge ai fatti” (do direito ao fato), como já disse Carnelutti.

Um tribunal só possui efetivo poder se tiver condições de, além de conceder a tutela requerida pelo jurisdicionado, garantir também que suas decisões sejam executadas. Mesmo em relação a corte constitucional isso é uma realidade. Os acórdãos não devem ter como objetivo a solução de situações meramente jurídicas, também precisam ser efetivamente cumpridos (MENDES, 2016).

O CPC dispõe expressamente em seu artigo 4º que as partes têm direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito. Esse artigo consagra a duração razoável do processo, que possui extensa ligação com o problema da efetividade.

É notório que o legislador se preocupou que as pessoas que busquem o judiciário consigam obter a atividade jurisdicional integral e essa atividade não se encerra com a mera certificação do direito. O novo código de processo civil alçou essa questão ao centro da discussão acerca do ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.2 Devedor insolvente versus Devedor de má-fé

É provável que o maior causador de execuções frustradas no direito brasileiro seja a insolvência do devedor, isso se deve inclusive a brutal informalidade presente em nosso país. Muitas pessoas que gozam de uma condição socioeconômica favorável não possuem qualquer tipo de rendimento regular formalizado, o que faz com que seu patrimônio não seja atingido pelos sistemas comuns do judiciário.

Para o executado que tentar simular estado de insolvência sem estar nessa condição, o magistrado terá o regramento do artigo 774 do CPC, que diz respeito aos atos atentatórios da dignidade da justiça, dentre eles a tentativa de fraudar a execução.

A fraude a execução acontece mesmo que o processo em questão ainda esteja na fase de conhecimento, bastando apenas haver litispendência. Nessa hipótese o ordenamento somente protegerá o terceiro de boa-fé, em caso de má-fé, que em algumas situações específicas é presumida de maneira absoluta, não existe proteção.

Já a fraude com alienação de bem penhorado é uma hipótese mais grave, pois o bem em questão já foi objeto da penhora, portanto já estamos na fase de execução. Nessa hipótese, se a penhora estiver registrada em cartório o não haverá qualquer tipo de proteção para o terceiro adquirente, pois trata-se de informação pública que deveria ser de conhecimento daquele que faz uma negociação dessa natureza.

3.4 A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

No processo de execução do direito contemporâneo o estudo da responsabilidade patrimonial é fundamental na compreensão da evolução experimentada por esse instituto. Através desse estudo é possível estabelecer quais bens de executado (ou terceiro) podem acabar sendo constrangidos na execução.

A responsabilidade patrimonial está disciplinada no CPC no artigo 789 que diz “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento das suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Sobre o tema, melhor explica Araken de Assis (2016, p. 288):

Em sua ilusória singeleza, o art. 789 abriga comando neutro e genérico: a maioria dos atos executivos opera, efetivamente, sobre o patrimônio do devedor, ressalvados os bens impenhoráveis (v.g., art. 833), recordados na sua cláusula final. Daí decorre que, em princípio, os atos executivos recairão tão somente no patrimônio do obrigado. Por isso, o bem alienado fiduciariamente, porque não integra o patrimônio do devedor, ainda que na posse de terceiros (art. 790, III), respondem pelo cumprimento da obrigação. Os negócios fiduciários adquiriram importância, no comércio capitalista, justamente porque outorgam posição privilegiada ao credor. Essa noção de responsabilidade patrimonial, explicitada no art. 789, influencia, exageradamente, o conceito predominante de execução do direito brasileiro(...)

3.4.1 Débito e Responsabilidade

Nem sempre existe uma correspondência entre aquele que é devedor e aquele que possui responsabilidade sobre o débito. É possível tanto o devedor sem responsabilidade quanto o responsável que não é devedor. Existe uma cisão entre débito e responsabilidade no âmbito da execução.

Diante dessa autonomia temos o exemplo da execução contra a fazenda pública e da execução hipotecária de bem de terceiro. A fazenda pública pode contrair dívidas, mas seus bens não respondem pois existe um sistema próprio de responsabilização da fazenda pública. Já o terceiro garantidor possui apenas a responsabilidade na questão. Contudo, é importante notar que não existe responsabilidade sem ligação com dívida, ainda que não existente naquele momento, tampouco resiste responsabilidade após o adimplemento da dívida. (ABELHA, 2015, p. 72).

3.4.2 Teoria dualista versus Teoria unitária

A teoria dualista entende que débito e responsabilidade são fenômenos completamente separados, de modo que o débito seria tema do direito material e a responsabilidade tema de direito processual. Os teóricos que defendem a unidade, por sua vez, entendem que os dois fenômenos se relacionam com o vínculo obrigacional.

As teorias dualista e unitária são formas diferentes de explicar o mesmo objeto. Enquanto a ideia dualista entende dever e responsabilidade como elementos separados, desconsiderando que eles fazem parte de um mesmo liame obrigacional, a visão unitarista, aponta o vínculo entre o dever e a responsabilidade, sendo o segundo consequência do primeiro (DIDIER JR., CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, 2017, p. 346)

3.4.3 Limites a responsabilidade

Nem todos os bens do responsável podem suportar uma execução civil, embora o que se entende como regra geral é que a responsabilização abrange todos os bens

presentes e futuros, a própria legislação estabelece exceções a essa responsabilização, sendo a impenhorabilidade a exceção mais notável.

A penhora é o instrumento pelo qual o estado juiz individualiza o bem, pertencente ao patrimônio da pessoa que responderá pela dívida. É uma espécie de garantia processual. Importante notar que não existem bens absolutamente impenhoráveis, a sua condição de impenhorabilidade depende do contexto em qual se encontra o sujeito.

Na lição de Marcelo Abelha (2015, p. 118):

Ao tratar da “impenhorabilidade”, o legislador adentra diretamente no sensível terreno da proteção dos interesses em conflito. Ao excluir determinado bem ou direito do campo da expropriação, fez a alegria de uns e tristeza de outros. As regras que cuidam da impenhorabilidade seriam mais bem enunciadas como “limitações naturais ou culturais” (políticas) à expropriação.

O que fez o legislador foi dizer que tal parcela do patrimônio do devedor (ou do responsável executivo) fica excluída da sujeitabilidade executiva, ou, resumindo, que não pode ser expropriada. A justificativa dessas limitações previstas na lei processual é, em tese, o resguardo da dignidade do executado, conservando um mínimo no patrimônio do devedor, que mantenha a sua dignidade, evitando que a tutela jurisdicional executiva satisfaça o exequente à custa da desgraça total da vida alheia.

O bem jurídico tutelado pelo legislador, ao prever a “exclusão legal dos bens expropriáveis”, é a proteção da dignidade do executado, e, nesses casos, a considerou mais importante que o direito do credor à satisfação do direito exequendo.

3.4 DO TÍTULO EXECUTIVO

A exigência do título executivo é uma regra antiga, de origem liberal do final do XIX, na busca por conferir uma maior segurança jurídica. O fundamento da exigência do título executivo é a necessidade de ter certeza acerca da existência do título, evitando assim a execução de decisões fundadas em cognição sumária ou em juízo de probabilidade (DIDIER JR., CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, 2017, p. 261)

Como se sabe, é nula a execução sem título. O título executivo é o documento que comprova a prestação que é devida. É um documento ao qual o ordenamento atribui força executiva, sendo indispensável a propositura da demanda executiva, em caso de ausência de título a execução deve ser prontamente extinta.

Os títulos executivos se caracterizam por dois princípios intrínsecos, taxatividade e tipicidade. De acordo com a taxatividade o título deve estar no rol legal de títulos executivos, enquanto a tipicidade exige o enquadramento em um dos tipos normativos.

A criação de um título executivo sempre foi entendida como matéria de reservada legal, entretanto, com o protagonismo assumido pelos negócios jurídicos no CPC 2015, passou-se a admitir a criação de título através desse ato, cabendo as partes atribuir força executiva ao título. Essa possibilidade de criação de títulos executivos através de negócio jurídico enfraqueceu o princípio da taxatividade e tipicidade não fazendo mais tanto sentido levá-lo em consideração.

3.5.1 Títulos executivos judiciais

Como já demonstrado no capítulo anterior, títulos executivos judiciais são aqueles criados através de uma decisão jurisdicional que autoriza o início da atividade executiva.

O título executivo judicial mais comum é oriundo de decisões judiciais de natureza cível que reconhecem a exigibilidade de uma prestação. Essa hipótese abarca qualquer tipo de decisão judicial, não necessariamente uma sentença.

A palavra sentença presente no artigo 515, I, do CPC deve ser lida como todo provimento judicial (decisão interlocutória, sentença e acórdão), que crie para determinado sujeito a obrigação de dar, fazer ou não fazer ou pagar quantia. Abarca também os provimentos judiciais em relação a litigância de má-fé, honorários advocatícios, ou seja, qualquer decisão judicial que imponha alguma prestação. Pouco importando também qual a técnica processual utilizada pelo magistrado (ABELHA, 2015, p. 146)

Outro tipo de título extrajudicial que merece destaque é a decisão homologatória de autocomposição judicial, nesse sentido conceitua Araken de Assis (2016, p. 227):

Um dos objetivos mais visados pelo NCPC consiste na reconciliação dos desavindos. Para tal finalidade, colocando a mediação na ordem do dia, institui audiência específica na abertura do procedimento comum (art. 334).

Se a aproximação dos litigantes, com o auxílio do mediador e do conciliador, obtiver êxito, a autocomposição será reduzida a termo e homologada pelo órgão judicial, reza o art. 334, §11. Não é a única oportunidade para esse fim. No curso do processo, talvez haja a instituição de programa especial de autocomposição, cujo efeito sobre os prazos encontra-se no art. 221, parágrafo único, e na abertura da audiência de instrução compete ao órgão judicial, mais uma vez, tentar conciliar as partes (art. 359). Esse dever da pessoa investida na função judicante consta do art. 139, V. O art. 515, II, reconhece efeito executivo nas sentenças homologatórias da autocomposição judicial. O art. 59, § 1º, e o art. 161, § 6º, da Lei 11.101/2005 equipararam a tais pronunciamentos a decisão que concede ou homologa a recuperação judicial ou extrajudicial da empresa ou do empresário.

Existe também a hipótese da sentença penal condenatória, que pode ter efeitos cíveis, a exemplo do sonegador de imposto condenado a indenizar os danos causados pela sua conduta criminosa, obviamente essa sentença penal condenatória deve restar transitada em julgado.

3.5.2 Títulos executivos extrajudiciais

No tocante aos títulos executivos extrajudiciais temos os títulos de crédito em geral como letra de câmbio, nota promissória, duplicata, debênture, cheque. A escritura pública lavrada do tabelião, que possui fé pública, formaliza negócio jurídico entre as partes e, se tiver por objeto uma prestação, terá força executiva.

Documentos particulares também podem ter força executiva, mas nesse caso a lei exige a assinatura de duas testemunhas, testemunhas essas que devem presenciar a assinatura do documento pois podem ser chamadas em juízo caso esse contrato resulte num processo de execução.

Alguns contratos específicos também fazem parte do rol de títulos executivos extrajudiciais, a exemplo do contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução e contrato de seguro de vida em caso de morte.

Sobre títulos executivos extrajudiciais é o conceito de Araken de Assis (2016, p. 238-239):

O título judicial prescinde de prévia condenação, ou seja, resolução judicial que reconheça o dever de prestar do vencido. O título extrajudicial “não tem antecedência, mas antecipa-se à sentença de cognição”.

Conseqüentemente, postergando a função de conhecimento do grau de estabilidade dessa espécie de título diminui de modo dramático. O principal sintoma da fragilidade dessa espécie se encontra no regime heterogêneo da oposição do executado, que, contra execução fundada em título extrajudicial, possui horizontes largos (art. 917, VI)

Os títulos executivos extrajudiciais carecem do mesmo nível de confiabilidade presente nos títulos judiciais em razão do processo de conhecimento que geralmente acompanha estes, entretanto é totalmente capaz de ensejar processo executivo, o que muda é que as possibilidades de defesa do executado são mais robustas e o magistrado tende a ser mais criterioso na análise desse título.

4 PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS NAS EXECUÇÕES CIVIS

4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O fenômeno da constitucionalização do direito civil e processual civil é uma realidade inegável, de forma que não se faz mais necessário maiores debates acerca desse processo, apenas dos seus efeitos. O principal efeito no campo da tutela executiva foi a influência dos princípios constitucionais na aplicação das medidas executivas em geral, principalmente às atípicas. O NCPC, inclusive, disciplinou em seu artigo 1º que o processo civil seguirá os mandamentos e valores da Constituição da República.

Desta forma, a Constituição da República passa a ser talvez a mais importante diretriz para a aplicação das medidas executivas atípicas, funcionando como um filtro limitador da atuação dos juízes. Indubitavelmente, é de suma importância que o magistrado sempre leve os valores constitucionais, principalmente as liberdades individuais, ao optar por uma medida atípica. O sistema jurídico brasileiro certamente não aceita qualquer medida que viole os preceitos máximos da nação.

4.1.1 Devido Processo legal

É razoável a preocupação da doutrina sobre se o uso das medidas atípicas executivas violariam o art. 5º, LIV da Carta Magna, que determina que ninguém será privado dos seus direitos sem o devido processo legal, entretanto a discussão não é tão rasa assim. Em que pese em um primeiro momento aparentar que o devido processo legal foi desrespeitado, é preciso lembrar que o contraditório acontecerá, o executado terá a oportunidade de se manifestar acerca daquele mandamento. São muitas as ocasiões onde o contraditório é postergado em nome da efetividade, inclusive ainda no processo de conhecimento como é o caso da tutela antecipada.

No tocante ao devido processo legal na tutela executiva, conceitua Marcelo Abelha (2015, p. 5):

Fazendo a transposição do que foi dito sobre “o processo justo e o devido processo legal” e procurando aplicar tais proposições aos diferentes tipos de tutela jurisdicional ofertados pelo ordenamento jurídico para debelar crises jurídicas da sociedade (conflitos de interesses), vê-se que o modelo processual dialético destinado a revelar (formular) a norma jurídica concreta muito se distingue daquele outro em que a função jurisdicional, conhecida como “tutela executiva”, está diretamente relacionada – e quase sempre restrita – às crises de cooperação, quando a atuação da norma concreta se faz mediante a realização de sanções que incidem sobre o mundo dos fatos, com ou sem colaboração do vencido que, até então, recusou-se cooperar cumprindo o dever ou obrigação representados no título executivo.

4.1.2 Boa-fé Processual

O princípio da boa-fé, previsto no artigo 5º do CPC 2015, estabelece a obrigação das partes do processo de se comportarem de acordo com esse princípio. A boa-fé processual visa coibir atos desleais, tendo em vista que é o momento da execução é o mais propício para o cometimento de atos desleais em razão de ser o momento da efetivação do direito.

A atipicidade dos meios executivos não tem por objetivo onerar de maneira desarrazoada aquele devedor que se encontra em situação de dificuldade ou até mesmo de insolvência, não deve ser penalizado de maneira desproporcional aquele executado que está agindo de boa-fé. A intenção, na verdade, é fazer com aquele que, se valendo de meios escusos, está dificultando a satisfação do crédito, seja compelido a pagar, não para dificultar ainda mais a vida daquele que se encontra em situação de vulnerabilidade.

O ambiente da execução é extremamente propício para a prática de atos desleais, institutos como a fraude contra credores, fraude à execução e os atos atentatórios a dignidade da justiça, exemplificam bem isso. (DIDIER Jr., CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, p. 68, 2017).

4.1.3 Contraditório

Um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro e de qualquer nação democrática, o princípio do contraditório foi disciplinado tanto na Constituição Federal de 1988, em seu famoso artigo 5º, LIV, quando no CPC 2015 em vários dispositivos diferentes, seja de maneira direta, seja de maneira implícita.

No caso da CF, o contraditório está previsto junto com a ampla defesa e, de fato, são princípios que se relacionam intrinsecamente, até por isso normalmente são tratados de maneira conjunta pela doutrina, que aponta que uma pequena diferença pode ser encontrada apenas no âmbito do processo penal, caracterizado pelo seu caráter inquisitivo na fase do inquérito policial.

Segundo Marcelo Abelha não existe processo ou atividade jurisdicional justa sem contraditório, vejamos (2015, p. 66):

Há muito esse termo deixou de ter um sentido canhestro – de defesa típica do réu, como se fosse sinônimo de possibilidade de contestar – para passar a ser visto como elemento intrínseco da ontologia do processo, qual seja, o de que o processo é o procedimento em contraditório. A ideia de contraditório deve ser ligada à noção de diálogo, portanto, de possibilidade efetiva de ser ouvido, com paridade de armas, no “jogo” processual. Isso implica dizer que o contraditório constitui elemento natural do processo, posto que faz parte da sua essência e atua diretamente como fator de sua legitimação como instrumento realizador do direito. É o contraditório que dá às partes o direito de serem ouvidas e de que suas alegações sejam consideradas na formação do convencimento do magistrado. É, portanto, peça imprescindível num processo cooperativo e dialógico. O contraditório não está apenas no papel ou na informação sobre atos do processo, mas nas reais e concretas chances e oportunidades de ser ouvido e se fazer ouvir, por via de instrumentos idôneos que coloquem a parte em uma condição de igualdade para emitir suas alegações e defesas.

Também é conclusão lógica que o contraditório não tem a mesma força no processo de execução que tem no processo de conhecimento, isso claro nas hipóteses de títulos judiciais, afinal a parte já teve a oportunidade de se opor às alegações antes. Em relação às medidas executivas o que há é uma espécie de contraditório postergado, ou seja, o magistrado determina a medida e somente depois escuta a parte constrangida.

Na execução, o executado é citado para cumprir a obrigação, não para apresentar suas razões. Em caso de discordância é preciso apresentar a impugnação ou embargos à execução, ou seja, a defesa do executado é eventual, ele apresenta se quiser e/ou tiver o que questionar.

4.2 DITAMES PROCESSUAIS

Com o crescimento das cláusulas gerais executivas proporcionadas pelo CPC, é preciso estabelecer parâmetros para auxiliar o magistrado na utilização dessa prerrogativa, com o objetivo de evitar que medidas arbitrárias sejam referendadas pelo poder geral de efetivação.

Inicialmente, é preciso atentar para a importância da fundamentação para que o juiz lance mão das medidas executivas atípicas, se faz necessário demonstrar com clareza a justificativa para aquele ato, além do sempre presente respeito ao contraditório. Medidas executivas atípicas devem sempre buscar estimular o devedor a adimplir com sua dívida, não podem ser confundidas com medidas sancionadoras pois é possível que este esteja impossibilitado de fazê-lo por razões alheias a sua vontade.

Conceituando esse instituto temos que “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa” (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p.102).

Desta forma, através de construção doutrinária posteriormente contemplada pela legislação, surgem os princípios norteadores da atividade do magistrado, notoriamente a proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, menor onerosidade e proibição do excesso. A maior parte desses princípios é aplicável em diversos ramos do direito, não sendo exclusivos do trato com as medidas executivas.

4.2.1 Proporcionalidade

A proporcionalidade, por exemplo, é um princípio constitucional contemplado no Código de Processo Civil, no seu artigo oitavo, podendo ser conceituado como a garantia de que nenhum direito será efetivado de modo a destruir direito conflitante da outra parte, ou seja, não se pode admitir que a efetivação do direito do exequente elimine direito do executado, se faz necessária uma ponderação.

O princípio da proporcionalidade deve ser observado no momento que o magistrado estiver elegendo medida executiva para o caso concreto, pois essa medida muito provavelmente entrará em conflito com outros direitos os quais o devedor, como qualquer cidadão, é titular.

Existem três subprincípios que integram a proporcionalidade, a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação o juiz deve estabelecer uma relação entre o meio escolhido e a finalidade buscada, a fim de aferir se o meio é adequado para àquele objetivo, afinal o que se quer é a execução do título e não a punição do executado, isso deve sempre estar em mente do aplicador da norma jurídica.

Araken de Assis (2016, p.153-154) conceitua o princípio da adequação da seguinte forma:

Na análise dos meios executórios, resultará evidente sua correção com os bens almejados pelo exequente, motivo por que não se distribuem ao acaso. Entre eles vigora o princípio da adequação, aqui na perspectiva teleológica, ou seja, o conjunto de atos, amiúde designado de “espécie” de execução, harmoniza-se com o objeto da pretensão a executar. Por definição, o meio executório predisposto se mostrará idôneo a atuar compulsoriamente o direito reclamado, sem embargo de limitações práticas e jurídicas torná-lo inoperante em determinadas situações. Legitimam-se os meios, e os atos executivos montados dentro de cada meio, haja vista a instrumentalidade do processo, nesta obrigatória e íntima correlação.

A adequação se distribui em três níveis: subjetivo, objetivo e teleológico. O processo de execução obedece a todos. Tão importante como o desimpedimento do juiz (adequação subjetiva), por exemplo, é a disponibilidade do bem (adequação objetiva) e a idoneidade do meio executório (adequação teleológica). Sem meio hábil, o bem nunca será alcançado pelo credor.

No caso do subprincípio da necessidade tenta garantir que o estado não faça intervenções desnecessárias, tem profunda relação com o princípio da menor onerosidade. Importante salientar que a intervenção estatal se faz necessária em um

processo de execução, ela apenas não deve ser exagerada, deve ser na medida necessária para atingir a sua finalidade.

Por fim, na aplicação do princípio da proporcionalidade temos a proporcionalidade em sentido estrito, que nada mais é que a ponderação entre o princípio que fundamenta a medida escolhida e o direito fundamental atingido, verificando se é compreensível determinada restrição em nome do direito em questão.

4.2.2 Razoabilidade

Em relação a razoabilidade, que para muitos é o princípio do qual a proporcionalidade deriva, trata-se de princípio que se revela de três formas, são elas: dever de equidade, ou seja, considerar aquilo que é usual a fim de dar um tratamento parecido a todos, dever de congruência, que se trata da exigência de harmonizar a norma com as condições sociais externas e, por último, o dever de equivalência, que é a relação de correspondência entre a medida e o fundamento (DIDIER, CUNHA, BRAGA E OLIVEIRA, 2017, p.112).

Estes dois princípios são de extrema importância na correta utilização do instituto da atipicidade dos meios executivos, sua observação deve ser obrigatória por parte dos juízes. Nesse sentido a lição de Didier Jr. e Nogueira (2016):

A proporcionalidade aqui se revela através de três submáximas: (i) adequação, segundo o qual o meio executivo escolhido pelo juiz deve ser adequado a que se atinja a efetivação buscada; (ii) a necessidade (ou da exigibilidade), segundo o qual o meio executivo deve causar a menor restrição possível ao devedor; (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual o magistrado, antes de eleger o meio executivo, deve sopesar as vantagens e desvantagens da sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito.

É muito improvável que uma medida executiva a qual o magistrado tenha verdadeiramente submetido ao exame da razoabilidade se mostre inadequada para a questão, este parâmetro é, sem sombra de dúvida, indispensável.

Apesar de estarem implícitos na Constituição Federal, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foram consagrados pelo CPC 2015 e devem ser usados em todas as fases do processo, em todas as medidas dos magistrados, não apenas no âmbito da execução

4.2.3 Proibição do excesso

A proibição do excesso é um princípio de origem alemã, aplicável a diversos ramos do direito com estreita relação com o subprincípio da adequação. Busca-se a medida mínima necessária para atingir o objetivo, a menos onerosa possível para o devedor, note-se que a medida não deve ser branda ao ponto de ser ineficaz, apenas não se pode tutelar ato incoerente em relação àquilo que se busca.

É nítido que os princípios que regem a aplicação de medidas executivas atípicas, e o direito em geral, possuem pontos de intercessão um pouco nebulosos e a sua divisão se dá mais no âmbito doutrinário, a fim de facilitar o entendimento do que cada um deles prega especificamente. Até mesmo em razão dessas similaridades é comum encontrar na doutrina nomes diferentes para a mesma ideia.

4.2.4 Menor onerosidade

Ao lado da preocupação com a efetividade das decisões judiciais deve-se buscar também o caminho menos gravoso para o executado. Esse dever está expressamente disciplinado no artigo 805 do CPC. Entretanto, esse dever não é somente do exequente e do juiz da execução, o executado deve indicar quais os meios menos onerosos para que aquela obrigação seja cumprida, sob pena de manutenção do meio mais gravoso (WAMBIER, TALAMINI, 2017).

Assim como o subprincípio da necessidade, a menor onerosidade estabelece limite prático na aplicação de medidas executivas atípicas. Além de ser um dever dos juízes a sua observância na escolha da medida, a menor onerosidade pode ser demonstrada pela parte atingida no exercício do contraditório (postergado), devendo

demonstrar que outra medida pode ser aplicada em substituição, sob pena de manutenção da medida mais onerosa.

Nos ensinamentos de Marcelo Abelha (2015, p 63):

Esse princípio – sim, é um princípio – previsto no art. 805 do CPC é voltado francamente à proteção do executado, e, não obstante o seu campo de incidência exigir a sua análise de ofício pelo magistrado ao longo de toda a execução civil, é claro que o devedor poderá invoca-lo sempre que a execução civil estiver sendo realizada por meio mais gravoso ao executado, isto é, por meio dispensável ou que ultrapasse os limites do indispensável. (...) Portanto, ratificando, esse princípio (menor gravosidade possível da execução) deve nortear a realização da tutela executiva justamente porque não é justo nem legítimo submeter o executado (seu patrimônio) a uma situação de maior onerosidade do que a que seria indispensável para a satisfação do direito do exequente. Por outro lado, é importante deixar claro que esse princípio não autoriza que o executado possa dele se valer para trazer alegações metajurídicas do tipo: a execução é absurda; ficará na penúria; o credor não precisa do dinheiro etc. Enfim, as mazelas da vida não devem ser suportadas pelo exequente.

4.2.5 Auto regramento da vontade na execução

Esse princípio está ligado à negociação processual tão estimulada no CPC 2015. As partes podem negociar negócios jurídicos típicos e atípicos dentro da legalidade, podendo inclusive acordar que determinadas medidas executivas não poderão ser aplicadas, e o juiz será obrigado a respeitar esse negócio.

É notório que o CPC 2015 tem como um dos seus pilares a tentativa de desafogar o combalido judiciário brasileiro, e, para tanto, estimula de maneira escancarada que as partes encontrem soluções fora do âmbito judicial. Entretanto, no caso do processo executivo, essa pretensão encontra limites bastante claros pois não há como delegar ao particular a possibilidade de constranger o patrimônio do outro, esse processo executivo necessita da confirmação do estado juiz a fim de evitar injustiças.

4.2.6 Princípio do Resultado

O princípio do resultado diz que o que se espera de uma execução é o cumprimento da obrigação conforme foi pactuada ou que é de direito (título judicial). Esse princípio visa garantir que o credor obtenha em juízo o mais próximo possível daquilo que se buscou no primeiro momento.

A conversão em perdas e danos não pode ser regra no ordenamento jurídico, e sim mecanismo para as hipóteses em que o cumprimento da obrigação se tornou impossível, a menos que o próprio exequente assim o queira.

Pode não parecer a primeira vista mas esse princípio também protege o executado, impedindo que o credor busque em juízo prestação diversa daquela devida, a menos que reste demonstrado que a obrigação em questão não mais seja interessante para este em razão do seu inadimplemento no prazo.

4.2.7 Efetividade

Talvez seja o principal ditame a ser levado em consideração pelo magistrado ao lançar mão de medidas executivas atípicas, até mesmo em razão de ser o motivo que deu origem a necessidade de introduzir essa possibilidade no ordenamento brasileiro, foi na busca pela efetividade das decisões judiciais que o legislador optou por esse caminho.

Sendo assim, o juiz sempre tem que ter em mente que o primeiro passo na escolha de uma medida atípica é pensar se aquela medida realmente será efetiva para o cumprimento daquela obrigação, como já falado em outras oportunidades, uma medida atípica sem efetividade é apenas uma sanção para o devedor.

A efetividade é um princípio norteador de todo o processo, não apenas das medidas executivas atípicas. Em nome da efetividade o processo deve atender as expectativas das partes, garantindo a materialização do direito no plano material e pacificando as relações jurídicas (BASTOS, p. 74, 2010).

Em razão do princípio da efetividade, também, que não faz sentido determinar medidas atípicas para devedores comprovadamente insolventes. Obviamente não se deve confundir com aqueles que tentam burlar o ordenamento jurídico, entretanto, determinar constrições para devedores insolventes em nada vai estimular o

adimplemento daquele débito, em alguns casos pode inclusive dificultar que o devedor saia do estado de insolvência, a exemplo de uma medida executiva que determine o corte de energia elétrica na sede de alguma empresa ou que retenha a CNH de um motorista, essas medidas simplesmente sancionaram o insolvente e, em efeito reflexo, o credor, pois a insolvência tende a se perpetuar.

Portanto, resta claro que não é recomendável, apesar de não ser impossível, a decisão que determina medida executiva atípica para devedor comprovadamente insolvente.

É compreensível que o ordenamento tenha ressalvas acerca da atipicidade dos meios executivos, se os magistrados não se atentarem a fundamentação, a segurança jurídica de fato ficará mitigada. A tipicidade se apresenta como forma de prever a atuação judicial, assegurando que esta não ultrapassará os limites da razoabilidade.

Entretanto, é sabidamente impossível para o legislador prever no ordenamento jurídico todas as situações e particularidades dos direitos que fazem jus a execução, portanto é inevitável que as medidas executivas previstas não sirvam em determinados casos. Dar maior abertura para que o juiz determine aquilo que achar necessário para efetivar o direito é importante, se por um lado existe o argumento de que a atipicidade fere a segurança jurídica, a não efetivação de direitos, indubitavelmente, também o faz.

É importante ressaltar que a discricionariedade ainda está na mão do estado juiz, que deve sempre fundamentar aquilo que determinada. O poder geral de efetivação permite ao julgador valer-se dos meios executivos que entender mais adequados ao caso, seja coerção direta ou indireta (DIDIER Jr., CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, 2017, p. 229).

Nesse sentido temos a lição de Marcelo Abelha (2015, p 61):

A motivação constitucional trazida pelo Estado social de realizar os direitos do cidadão – neles incluído o direito à tutela justa e efetiva – fez com que o juiz saísse de uma postura tímida e inerte para assumir uma conduta participativa e comprometida com a entrega, em tempo razoável, da tutela jurisdicional. Esse papel participativo é, na verdade, desejado pelo próprio legislador processual, que tem, aos poucos, modificado institutos e introduzido novas técnicas processuais que são adequadas aos ditames do Estado social. Muitos são os exemplos de técnicas novas e outras

revisitadas no Novo CPC de 2015 com intuito de implementar a tutela justa e efetiva em tempo razoável.

O aumento do campo de atuação do magistrado no bojo do processo executivo se explica também pois, nesse tipo de processo, já se conhece o provável titular do direito, principalmente quando se fala em execução de título judicial ou cumprimento de sentença, existiu um processo de conhecimento que culminou naquela decisão.

Embora a efetivação jurisdicional das prestações seja de interesse do exequente, em razão deste ter a seu favor documento que atesta a existência de um direito, não se pode permitir que a imposição das medidas atípicas de efetivação se transformem em uma forma de punição do executado, o que se deve visar é a efetivação do direito (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 786).

É notável que o CPC se preocupou com a abertura trazida pelos artigos 139, IV, 297 e 536 § 1º, no entendimento de Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira (2017, p. 233):

Para dar operatividade a esses comandos normativos tão fluidos, o sistema de precedentes obrigatórios, estruturado pelo CPC, é absolutamente fundamental. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do civil law do sistema do common law. Essa relação revela-se, sobretudo em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* (núcleo normativo do precedente judicial) dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como exemplo de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.

É necessário ter em mente, também, que os magistrados podem e devem revisar as medidas executivas impostas quando estas se mostrarem ineficazes na coerção do executado a cumprir o mandamento judicial, bem como quando se mostrarem exageradamente danosas para ele, não se deve admitir que a medida adotada seja mais gravosa que o direito do exequente, a execução civil não pode ser instrumento de punição para devedores insolventes.

O poder geral de efetivação ampliado pelo CPC não busca fortalecer o ativismo judicial, inclusive porque este poder está limitado em diversas frentes como os parâmetros principiológicos, o contraditório e a possibilidade de as partes

celebrarem negócios jurídicos que afastem determinadas medidas executivas. Além disso, assim como toda decisão judicial, a aplicação de medidas atípicas está sujeita ao dever de fundamentação do magistrado. É preciso demonstrar a real necessidade daquela medida e se não existe medida menos gravosa com a mesma eficiência (STRECK, NUNES, 2016).

Existe uma discussão doutrinária a respeito das partes firmarem negócios jurídicos capazes de impedir que o juiz determine algumas medidas atípicas. Apesar da dificuldade do tema, este não parece suscitar grande polemica, não existe motivo para que as partes sejam impedidas de firmar negócio a fim de impedir medida executiva que seria extremamente gravosa para ambos. Dentro da legalidade o CPC de 2015 é bastante estimulador dos negócios jurídicos processuais e esta situação certamente está contemplada.

Outra questão de grande relevância diz respeito a ponderação de valores quando houver choque entre princípios que buscam a efetividade do processo de execução e princípios que buscam a proteção do executado. Certamente existem momentos onde apenas uma medida extremamente gravosa será capaz de compelir o executado ao cumprimento do mandamento e, em outros, essa medida em nada adiantará em razão de verdadeira insolvência do devedor.

Se faz necessário para o juiz ser bastante criterioso na ponderação de valores, levando em consideração todo o conhecimento da situação concreta possível, tendo em vista que o ordenamento brasileiro não admite presunção de má-fé.

Medidas executivas atípicas podem restringir a possibilidade do executado de permanecer no mercado de trabalho, a exemplo de uma retenção de CNH para um motorista. Tal medida não deve ser aplicada a menos que esteja demonstrada a má-fé do executado, pois, se não for o caso, o único efeito prático desse mandamento será o de piorar a situação de insolvência do devedor.

Conclui-se, desse modo, que a ampliação da atipicidade no ordenamento jurídico brasileiro pode ser um marco na efetividade das decisões judiciais, entretanto, a sua utilização deve ser criteriosa e fundamentada, a fim de evitar a banalização do instituto.

A atipicidade nasce da complexidade das relações jurídicas, o que inviabiliza a possibilidade de previsões legais capazes de cuidar de todas as situações possíveis,

mas, por outro lado, representa um grande cheque em branco para o estado juiz, de modo que a cautela no momento de definir a medida executiva é uma obrigação do magistrado não somente para com aquele processo, mas com todo o sistema jurídico brasileiro.

4.3 REGRAS DO PROCESSO EXECUTIVO

Ao contrário dos princípios supracitados as regras do processo executivo não são objetos de ponderação, apenas devem ser aplicadas em todos os processos de execução compatíveis.

4.3.1 Inexistência de execução sem título

Pode parecer óbvio, mas trata-se de uma regra basilar, pressuposto inafastável do processo de execução, independentemente de ser judicial ou extrajudicial. Não existe possibilidade de promover uma execução que não esteja fundada em título, esse título poderá ser um título executivo judicial ou um título executivo extrajudicial a exemplo dos contratos, títulos de crédito, cheque, nota promissória.

Importante esclarecer que nem toda decisão judicial é título executivo judicial, apenas as decisões que a lei atribuir essa eficácia executiva. Por exemplo, a sentença impugnada por recurso de apelação não tem eficácia executiva pois, em regra, esse recurso é acompanhado de efeito suspensivo. Sendo assim, cabe ao magistrado, no início de qualquer execução, analisar criteriosamente o título que a embasa.

4.3.2 Disponibilidade da Execução

A execução é disponível para o exequente, ou seja, o exequente pode desistir da execução a qualquer tempo, sem a necessidade de qualquer ato do executado. O

exequente pode também desistir de determinadas medidas executivas, a disponibilidade pode ser total ou parcial.

Não se deve confundir desistência com renúncia, o exequente que desistiu da execução não perde o direito, pode propor nova execução desde que a pretensão ainda não tenha prescrito.

Em caso de impugnação do executado anterior a desistência, a impugnação também será extinta se tocar apenas em pontos procedimentais, entretanto, se a impugnação versar sobre o mérito da execução não haverá extinção. Para extinguir impugnação de mérito o executado precisa concordar.

Nos casos de execução de sentença em ação de direitos coletivos ou difusos não haverá essa disponibilidade da execução, que deverá prosseguir mesmo que haja a necessidade de entrada do Ministério Público para dar prosseguimento à questão.

4.3.3 Responsabilidade objetiva do exequente

Essa regra funciona como uma espécie de limite ao credor, que pode livremente promover a execução dos seus créditos, entretanto, se o título que embasou aquela execução for desconstituído, esse exequente será objetivamente responsável pelos prejuízos que ele causar ao executado. Esse é um fator que precisa ser levado em consideração ao propor uma execução provisória pois a chance do título ser desconstituído é relativamente grande.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho dedicou-se a investigar um tema que ainda provoca muitas discussões no meio doutrinário e cuja importância merece ser cada vez mais reconhecida no âmbito científico e acadêmico, qual seja, a tipicidade dos meios executivos no cenário jurídico processual.

Além de um breve passeio histórico instituto da execução, perpassando pelo Direito Arcaico e Romano e culminando na autorização expressa, no Código de Processo Civil de 2016, para a aplicação das medidas executivas atípicas na satisfação de obrigações pecuniárias, buscou-se destacar a importância da utilização do referido instituto para a efetividade das decisões judiciais e, conseqüentemente, para a satisfação dos direitos do credor.

Sem pretender, por óbvio, esgotar o tema proposto, a pesquisa desenvolvida levou este trabalho às seguintes conclusões:

A. Nos primórdios, a execução era desempenhada pessoalmente pelo próprio credor, ou seja, possuía um caráter privativo, e muitas vezes atingia a integridade física e/ou a liberdade do devedor.

B. Com o decurso do tempo, a execução foi perdendo a sua feição privada e se tornando monopólio do Estado, momento em que os ordenamentos jurídicos introduziram instrumentos de proteção ao devedor, que propiciou o abandono da execução pessoal em detrimento do patrimonial.

C. Num primeiro momento, a tipicidade das medidas executivas, isto é, a expressa previsão dos mecanismos voltados a compelir o dever ao adimplemento da obrigação reconhecida, possuía o interesse subjacente da burguesia, que ascendeu socialmente e receava a usurpação das suas riquezas e propriedades pelos nobres.

D. Não obstante a tipicidade das medidas executivas seja de notável relevância, ela se revelou insuficiente ao longo do tempo, na medida em que as expectativas dos credores de verem seus direitos satisfeitos foram sendo frustradas em uma frequência cada vez maior.

E. A atipicidade dos meios executivos surgiu um reforço ao poder geral de efetivação do juiz, que o autoriza a analisar e eleger as medidas executivas adequadas para fazer valer o direito do credor.

F. A preocupação com a efetividade das decisões judiciais antecede a vigência do CPC de 2015, preocupação essa ilustrada com reformas legislativas que incorporaram a atipicidade dos meios executivos nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa no ordenamento jurídico brasileiro.

G. A relevante inovação trazida pelo CPC de 2015 no que pertine às medidas executivas atípicas, repousa na dicção do art. 139, inciso IV, a possibilidade de sua utilização pelos magistrados no cumprimento de decisões judiciais que veiculam obrigações de pagar quantia, atenuando a situação cômoda de previsibilidade em que se encontravam os devedores.

H. Verificou-se que, por intermédio do art. 139, inciso IV, do CPC houve uma evidente ampliação dos poderes do juiz e flexibilidade na condução do processo. Atualmente, o juiz, lastreado na análise do caso posto à sua apreciação, possui a faculdade de determinar qualquer medida sub-rogatória, coercitiva, mandamental e indutiva para compelir o devedor a cumprir a prestação pecuniária, ressalvadas, é claro, aquelas vedadas pela ordem jurídica.

I. De acordo com o multicitado art. 139, inciso IV, do CPC, as medidas executivas são classificadas em quatro categorias, a saber: Medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. Cada uma delas possui mecanismos distintos de satisfação do direito e suas próprias peculiaridades.

J. Observou-se também que a atividade executiva costuma ser classificada doutrinariamente em: execução provisória ou definitiva; específica ou genérica, direta ou indireta; e singular ou coletiva.

K. Conclui-se que os princípios e valores constitucionais não podem ser esquecidos pelo magistrados durante a aplicação das medidas executivas em geral, principalmente em relação às atípicas, sob pena de causar danos aos direitos do devedor.

L. Denota-se, ainda, que as medidas executivas atípicas, desde que aplicadas em conformidade com os princípios constitucional não desrespeitam a garantia do devido processo legal.

Q. Infere-se, por fim, que, a despeito da importância das medidas executivas atípicas para a efetividade jurisdicional, o magistrado não pode olvidar de observar alguns parâmetros para a sua aplicação, especialmente o dever de fundamentação, a proporcionalidade e razoabilidade, o princípio da proibição do excesso, a eleição da medida menos gravosa para o executado, o respeito ao auto regramento da vontade das partes (na hipótese de terem estabelecido previamente as medidas executivas típicas e atípicas a serem utilizadas em eventual situação de inadimplemento) e o princípio do resultado.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

ARAÚJO, Luciano Viana. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. Revista de Processo. Vol. 270. Ano 42 – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Teoria Geral da Execução – Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil de 1973.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC ampliou sobremaneira os poderes do juiz. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-23/alexandre-freitas-camara-cpc-ampliou-poderes-juiz>. Acesso em: novembro, 2018.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: Execução – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas

gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. Revista de Processo. Vol. 267. Ano 42 – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER Jr., Freddie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A promessa de recompensa judicial e o novo CPC. Disponível em: http://www.academia.edu/9247598/Promessa_de_recompensa_judicial. Acesso em: novembro, 2018.

GRECO, Leonardo. O processo de execução – Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: Vol 2. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.09.PDF. Acesso em: maio, 2019.

MENDES, Gilmar. Execução e efetividade das sentenças: perspectivas a partir da experiência alemã. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-01/observatorio-constitucional-execucao-efetividade-sentencas-experiencia-alema>. Acesso em: maio, 2019.

MINAMI, Marcos Youji. Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 – Salvador, 2017.

MINAMI, Marcos Youji. Da vedação ao non factibile: uma justificativa às medidas executivas atípicas. Revista de Processo. Vol 288. Ano 444 – São Paulo: Ed: Revista dos Tribunais, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: agosto, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. III 50. ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Ed Forense, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>. Acesso em: novembro, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: Execução – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.