

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

ÁQUILA BOY BARBOSA NEVES

**O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS:
UMA ANÁLISE CRÍTICA E CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 139,
INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Juiz de Fora

2017

ÁQUILA BOY BARBOSA NEVES

**O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS:
UMA ANÁLISE CRÍTICA E CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 139,
INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Orientadora: Dra. Clarissa Diniz Guedes.

Juiz de Fora

2017

ÁQUILA BOY BARBOSA NEVES

**O PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS:
UMA ANÁLISE CRÍTICA E CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 139,
INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovada em: Juiz de Fora, de de 2017.

Dra. Clarissa Diniz Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dr. Márcio Carvalho Faria
Universidade Federal de Juiz de Fora

Bela. Thais da Silva Barbosa
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora

2017

Agradeço a Deus pelo cuidado, aos professores pelas orientações e aprendizado e à minha família, amigos e Davi pelo apoio incondicional na construção deste trabalho.

RESUMO

O poder geral de efetivação das decisões judiciais, instituído pelo artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil consagra a atipicidade das medidas executivas, de forma que o juiz, diante da ineficácia dos meios típicos pode aplicar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias não tipificadas em lei. Ocorre que a amplitude de possibilidades em virtude da aplicação de tal norma implica, à luz da Teoria Geral do Processo Constitucional, principalmente sob a ótica de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, e da doutrina e da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, o estabelecimento de limites à atuação jurisdicional, a fim de se garantir a eficácia e a proporcionalidade de sua tutela. Dito isso, a partir da análise crítica, constitucional e empírica do art. 139, IV, do CPC, o magistrado deve observar e considerar critérios relevantes para a sua adequada aplicação, estabelecendo assim os limites indisponíveis das medidas permitidas sob pena de violar direitos individuais para que seja obtida a satisfação de pretensões pecuniárias, como ocorreu em decisão nos autos de número 4001386-13.2013.8.26.0011 do TJSP, que determinou a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do executado, o cancelamento de seus cartões de crédito e a apreensão de seu passaporte até a quitação do débito. Tal decisão foi revogada devido a impetração de *Habeas Corpus*. Ressalta-se que o ideal é enveredar pela lógica modular, ou seja, a busca por soluções adequadas ao caso em contrapartida às soluções genéricas, de pretensa adequação abstrata e universal, de modo que a atuação do juiz ante a aplicação do artigo 139, IV, do CPC, esteja constringida pela participação ativa das partes, não só com o contraditório, como também com sua autonomia para os negócios jurídicos processuais; bem como pela Constituição, lei, jurisprudência, a dogmática jurídica processual e a Teoria do Direito, controláveis no amplo dever de fundamentação judicial, estabelecendo os limites indisponíveis das medidas atípicas.

Palavras-chave: Poder geral de efetivação. Atipicidade de medidas executivas. Princípios da proporcionalidade, razoabilidade e patrimonialidade. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The general power of effectiveness of judicial decision, instituted by the article 139, subsection IV, from the Code of Civil Procedure, enshrines the atypicality of executive measures, so that the judge, faced with the ineffectiveness of the typical means may apply inductive, coercive, mandatory or subrogatory measures not typified by law. Occurs that, the scope of possibilities by virtue of the application of such a norm implies, in the light of the General Theory of the Constitutional Process, mainly from the point of view of Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart and Daniel Mitidiero, and the doctrine and theory of Fundamental Rights by Robert Alexy, the establishment of limits for the jurisdictional action, in order to guarantee the effectiveness and proportionality of its guardianship. Having said that, from the critical, constitutional and empirical analysis of art. 139, IV, from the CCP, the magistrate must observe and consider relevant criteria to its proper application, thus establishing the unavailable limits of the measures allowed under violation penalty of individual rights in order to obtain the satisfaction of pecuniary claims, as occurred in the decision of the case number 4001386-13.2013.8.26.0011 of the TJSP, which ordered the suspension of the convicted's National Driver's License, the cancellation of his credit cards and the seizure of his passport until the discharge of the debit. Such a decision was revoked due to the impetration of Habeas Corpus. It is emphasized that the ideal is to embark on the modular logic, that is, the search for suitable solutions to the case in counterpart to generic solutions, of alleged abstract and universal adequacy, so that the judge's action before the application of article 139 is compelled by the active participation of the parties, not only with the adversary, but also with their autonomy for the juridical proceedings; as well as by the Constitution, law, jurisprudence, the procedural legal dogma and the Theory of Law, controllable in the broad duty of judicial justification, establishing the unavailable limits of atypical measures.

Key-words: General power of effectiveness. Atypicality of executive measures. Proportionality principles, reasonability and patrimoniality. Fundamental rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

CNH – Carteira Nacional de Habilitação.

CPC – Código de Processo Civil.

HC – *Habeas Corpus*.

REsp – Recurso Especial.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL	11
1.1. O processo e a Constituição.....	12
1.2. A decisão a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.	12
1.3. A necessidade de compreensão dos casos concretos e a conformação da lei.....	13
1.4. A necessidade de fundamentação e racionalidade da jurisdição.....	14
1.5. A tutela jurisdicional efetiva.....	15
2. PRINCÍPIOS DA TIPICIDADE E DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS	18
2.1. Princípio da tipicidade e medidas típicas.....	18
2.2. Princípio da atipicidade e medidas atípicas.....	18
3. A PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DAS MEDIDAS E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	22
3.1. Proporcionalidade.....	22
3.2. Efetividade.....	26
4. A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS EM VIRTUDE DO PREVISTO NO ARTIGO 139, IV, DO CPC	28
4.1. Possibilidades de restrições de direitos.....	28
4.2. O princípio da patrimonialidade e o rompimento do dogma da intangibilidade da vontade humana.....	30
4.3. Requisitos e critérios para a adequada aplicação de medidas atípicas.....	32
5. ESTUDO DE CASO: DECISÃO NO PROCESSO DE NÚMERO 4001386-13.2013.8.26.0011/TJSP	46
5.1 Argumentos contrários.....	47
5.2 Argumentos favoráveis.....	52
CONCLUSÃO	56

REFERÊNCIAS.....	59
-------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil que entrou em vigor no ano de 2016 concebeu novas diretrizes ao processo democrático, no sentido de harmonizar suas normas com os ditames do modelo constitucional de processo.

As novas normas fundamentais preocupam-se, primordialmente, com a efetividade da tutela jurisdicional e em consonância com essa sistemática, o legislador, por meio do artigo 139, inciso IV do CPC, autorizou que o juiz determinasse todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. É o chamado poder geral de efetivação das decisões judiciais, que adveio do poder geral de cautela, do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 461,§5º), que dispunha que o juiz, de ofício ou a requerimento, poderia determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, para a obtenção da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente.

Entretanto, o aprimoramento do instituto - pelo legislador de 2015 - trouxe uma maior amplitude de aplicação desse poder, uma vez que, no Novo Código, tais medidas podem ser aplicadas às prestações pecuniárias também, motivo pelo qual é necessário que se discuta a possibilidade de estabelecer critérios objetivos para a adoção dessas medidas. Daí a relevância do presente trabalho, que busca apresentar critérios específicos e legais que auxiliem o magistrado quando da escolha dos meios atípicos, pois caso adotados sem parâmetros, podem acarretar graves consequências jurídicas.

Inicialmente, à luz da Teoria Geral do Processo Constitucional, principalmente sob a ótica de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, bem como da doutrina e da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, objetiva-se verificar como o direito processual deve coexistir com o direito constitucional por meio da aplicação dos princípios constitucionais, principalmente no que diz respeito às decisões judiciais, incluídas as proferidas no processo ou fase de execução. Para tanto, necessário será o estudo do processo constitucional, bem como dos conceitos dos princípios e da análise do processo de execução.

Logo em seguida, após concluir-se pelo breve escopo histórico do processo constitucional e da atividade de execução, serão aprofundados os princípios mais relevantes para o presente estudo: da tipicidade e da atipicidade dos meios executivos. Ademais, serão delineados

pontos importantes para a efetividade da tutela jurisdicional, por meio da proporcionalidade e razoabilidade das medidas aplicáveis.

Na sequência, procurar-se-á adentrar de vez na aplicação de medidas atípicas visando à eficácia da tutela jurisdicional. Para tanto, serão analisadas as chamadas cláusulas gerais processuais executivas e a possibilidade de sua restrição. Além dos limites da responsabilidade patrimonial e da necessidade de sua adequação em virtude das medidas atípicas não poderem constituir-se em um ilícito. Nesse sentido, será extremamente relevante o estudo do conteúdo de decisão interlocutória proferida nos autos número 4001386-13.2013.8.26.0011 do TJSP, que, inclusive foi revogada pela impetração do Habeas Corpus número 2183713-85.2016.8.26.0000, que também será analisado.

Dessa maneira, objetiva-se demonstrar a necessidade de requisitos à adequada aplicação do artigo 139, IV do CPC, considerando o conhecimento do caso concreto e o emprego de normas específicas, o dever de fundamentação do magistrado e a participação ativa das partes em virtude do negócio processual existente. Deve-se ainda visar a assegurar a constitucionalidade e efetividade do presente artigo, pois, como na legislação não existem parâmetros à utilização das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, a aplicação pode acarretar consequências jurídicas que violam, inclusive, direitos fundamentais.

Em suma, após todas as considerações iniciais acima apontadas, o presente trabalho objetiva apontar critérios objetivos a serem considerados pelos magistrados para a adequada aplicação das medidas atípicas previstas no inciso IV do artigo 139 do CPC.

1. O direito processual constitucional.

1.1. O processo e a Constituição

Iniciando o tratamento da temática a ser desenvolvida no presente trabalho, insta tecer breves comentários a respeito do regime constitucional em que o processo se desenvolve.

Para tanto, primeiramente, vale destacar que as linhas fundamentais do direito processual são traçadas pelo direito constitucional, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo aplicado às relações entre autoridade e liberdade¹.

Nesse sentido, Martin Kriele, citado por Mendes e Branco, expressa que:

Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a *potestas desnuda*, como tampouco ainda pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo status jurídico seja respeitado pelo titular da competência.

Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos contidos na Constituição².

Isso posto, a Constituição confere proteção especial aos direitos fundamentais, seja por meio da aplicação imediata (art. 5º, §1º)³ ou inserindo-os no rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, §4º)⁴.

Diante do exposto, evidencia-se que os direitos fundamentais assumem relevante significado para o direito processual, mormente quando a própria Constituição assegura, de forma expressa, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 97.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 385. A obra referida, de Martin Kriele, é: *Introducción a la teoría del Estado*, Tradução de Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980, cit., p. 159-160.

³ BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

⁴ *Idem*.

lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), consagrando, assim, tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito.

1.2. A decisão a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais

Conforme já exposto, a lei está condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, além de só admitir interpretações que a eles estejam adequadas. Sendo assim, a força normativa dos direitos fundamentais submete o legislador à sua apreciação e conseqüentemente à maior efetividade da Constituição⁵.

Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁶ consagram a eficácia vertical dos direitos fundamentais, caracterizada como a vinculação do legislador, do administrador e do juiz a tais direitos. O direito fundamental à tutela jurisdicional incide sobre o juiz e vincula o modo de atuação da jurisdição, uma vez que busca a efetividade da tutela de todas as garantias, podendo repercutir sobre o particular por meio das técnicas processuais empregadas no caso concreto.

Ademais, conforme Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

(...) para se evitar a confusão entre a eficácia do direito fundamental material objeto da decisão judicial e a eficácia do direito fundamental à tutela jurisdicional sobre a atividade do juiz, deve ser feita a distinção entre eficácia horizontal mediatizada pela decisão jurisdicional e eficácia vertical com repercussão lateral, essa última própria do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Enquanto o direito fundamental material incide sobre os particulares através da decisão (eficácia horizontal mediatizada pelo juiz), o direito fundamental à tutela jurisdicional incide apenas sobre a jurisdição. No primeiro caso o juiz atua porque tem o dever de proteger os direitos fundamentais materiais e, assim, de suprir a omissão de proteção do legislador, no segundo, porque tem o dever de dar tutela efetiva a qualquer tio de direito, ainda que a lei processual não lhe ofereça técnicas adequadas⁷.

Sendo assim, ao suprimir um direito fundamental justificando-se apenas na lei, o juiz deve argumentar que decisão contrária interferiria sobre o bem que foi excluído da sua esfera de disposição.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil Volume 1 – Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 104-105.

⁶ *Idem*, p. 82-94.

⁷ *Ibidem*, p. 92-93.

Nesse sentido, Alexy⁸ argumenta que não se trata simplesmente de opor o direito fundamental à lei, mas antes de tudo, de demonstrar, mediante adequada argumentação, que a decisão legislativa contrasta com o direito fundamental. Ou seja, a mera oposição entre direito fundamental e lei, que colocaria em rota de colisão os direitos fundamentais com a democracia, passa a significar uma oposição entre a argumentação jurisdicional em prol da sociedade e a decisão tomada pelo legislativo.

Como solução, é preciso que exista uma representação argumentativa, na qual estejam inseridas as bases da convivência política legítima. Ou seja, deve-se compreender a democracia não só como um processo de decisão, mas também de discussão, tornando-a deliberativa, como um instrumento para a produção de decisões públicas, de modo que as decisões judiciais sejam amparadas em argumentos legitimados pela população⁹.

O controle da lei a partir dos direitos fundamentais somente é viável quando a representação argumentativa em prol desses direitos suplanta mera sobreposição do juiz e passa a ser fundamentada para o convencimento dos particulares.

1.3. A necessidade de compreensão dos casos concretos e a conformação da lei.

Além da argumentação representativa, ao proferir decisão, deve o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise, ou seja, atentar-se aos elementos fáticos da realidade contemporânea, sem, portanto, dispensar a prévia análise da lei e sua devida interpretação ao caso, pois é através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, que o magistrado, fazendo jus ao dever de definir os litígios, faz valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais¹⁰.

Nesse diapasão é que, além da interpretação de acordo ou adequação da lei à Constituição, pode o juiz criar uma norma jurídica específica que justifique a sua decisão diante das peculiaridades daquele caso concreto e destine-se simplesmente a fundamentar a parte dispositiva, não se aplicando como uma norma individual que regula o caso concreto.

⁸ ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales em el estado constitucional democrático. Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001, p. 40.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil Volume 1 – Teoria do Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 97-98.

¹⁰ *Idem*, p. 103-104.

Como exemplo, pode-se citar um caso em que um direito de personalidade é tutelado diante de um direito de liberdade. Ambos tratam-se de direitos fundamentais, motivo pelo qual deve ser criada uma ferramenta normativa específica a fim de solucionar um conflito concreto e contingente entre dois direitos fundamentais.¹¹

1.4. A necessidade de fundamentação e racionalidade da jurisdição.

Conforme já demonstrado, a legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas do convencimento do juiz, mas da justificativa da racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito.

Não obstante, o Código de Processo Civil, em seus artigos 7º, 9º e 10 garante que o magistrado deve demonstrar as razões de seu convencimento a partir do diálogo com as partes ao longo do processo¹². Além disso, a fundamentação da sentença, diante da sua essencialidade, tem seus requisitos elencados no artigo 489 do Código de Processo Civil e foi tornada obrigatória pela Constituição Federal, conforme se depreende do artigo 93, IX¹³ e também do artigo 11 do Código de Processo Civil¹⁴.

Tais dispositivos permitem o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, evidenciando a diferença entre a norma criada pelo legislador e a decisão judicial, uma vez que a fundamentação do juiz nem sempre integra a lei.

Nesse sentido, é preciso conceituar a jurisdição, cuja a existência depende de um adequado discurso justificativo levado a efeito pela fundamentação. A jurisdição colabora com a realização do direito mediante a justificação de suas decisões

¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.175-176.

¹² BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015.

¹³ BRASIL. **Constituição Federal**, 1988: “art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

¹⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015: “art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

interpretativas diante de um determinado caso concreto. Para isso, é necessário que a fundamentação seja racional e fruto do contraditório¹⁵.

A racionalidade se justifica diante do fato de a jurisdição colaborar com a reconstrução da norma mediante a apropriada outorga de razões e explicitando o porquê de suas opções interpretativas. Sendo que, a interpretação deve ser precedida de adequado contraditório, de modo que não se prolate decisão definitiva embasada em elementos desconhecidos previamente pelas partes¹⁶.

Nesse sentido, o produto da interpretação deve ser coerente, posto que capaz de reconduzir um conjunto de princípios e regras alicerçados por direitos fundamentais comuns. Portanto, o resultado interpretativo só é racional se coerente e universalizável. Sendo que, para que se tenha um adequado exercício da jurisdição no Estado Constitucional, tudo isso deve estar evidenciado na fundamentação da decisão, conforme já exposto.

1.5. A tutela jurisdicional efetiva.

Diante do estudo realizado até então, conclui-se que não basta ao juiz compreender e conformar a lei de acordo com as normas constitucionais, deve também se atentar ao caso concreto, ao direito material e à argumentação necessária.

Porém, cabe à jurisdição dar tutela aos direitos, ou seja, outorgar-lhe proteção, e não apenas apontar quais direitos merecem proteção. Nesse sentido é que surge a atividade executiva do processo, com o intuito de aperfeiçoar a tutela jurisdicional.

Corroborando com o entendimento supra, Marinoni, Arenhart e Mitidiero dissertam:

A tutela jurisdicional do direito é prestada quando o direito é tutelado e, dessa forma, realizado, seja através da sentença (quando ela é bastante para tanto), seja através da execução. De modo que passa a importar, nessa perspectiva, a maneira como a jurisdição deve se comportar para realizar os direitos ou implementar a sua atividade executiva. Ou melhor, o modo como a legislação e o juiz devem se

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil Volume 1 – Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 116-120.

¹⁶ *Ibidem*.

postar para que os direitos sejam efetivamente tutelados (ou executados)¹⁷.

Nesse sentido é que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição, obrigando, assim, ao legislador instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material que não foram alcançadas pela jurisdição, como é o caso dos meios de execução diferenciados, tema central deste trabalho.

O direito fundamental à tutela jurisdicional incide sobre a compreensão judicial das normas processuais porque se teme que a lei possa afastar-se dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção do direito material¹⁸.

Ocorre que, a lei não atrela as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material, uma vez que estas assumem contornos variados conforme os casos concretos, motivo pelo qual se deu ao juiz o poder de identificar, em certos casos, os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos, desde que considerados os critérios da proporcionalidade e da necessidade, visando o meio idôneo e menor restrição possível.

Com efeito, o magistrado, ao deparar-se com ausência de previsão de modalidade executiva eficaz, pode e deve suprir a omissão considerando as circunstâncias do caso concreto e a regra da necessidade, precisamente em nome do controle da insuficiência de tutela normativa ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Porém, a necessidade de compreensão da lei a partir da Constituição aumenta o risco de subjetividade das decisões judiciais, que deve ser evitada por meio dos meios já apresentados anteriormente.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil Volume 1 – Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 129-132.

¹⁸ *Ibidem*.

Diante do exposto, tem-se que a fase da execução surge da necessidade de efetivar a tutela jurisdicional de conhecimento ou, ainda, de fazer atuar, no plano prático, um direito reconhecido como certo por lei. Nesse sentido, Didier, Cunha, Braga e Oliveira conceituam:

Executar é satisfazer uma prestação devida. A execução pode ser espontânea, quando o devedor cumpre voluntariamente a prestação, ou forçada, quando o cumprimento da prestação é obtido por meio da prática de atos executivos pelo Estado¹⁹.

Sendo assim, a execução rege-se pelo conjunto de meios materiais previstos em lei, à disposição do juízo, visando à satisfação do direito, sendo que tais atos materiais executivos podem ser praticados de diferentes maneiras, incluída a chamada execução indireta, ou por coerção, na qual o Estado-juiz não substitui a vontade do executado e sim atua de forma a convencê-lo a cumprir sua obrigação a fim de satisfazer o direito do exequente²⁰.

Isso posto, o procedimento executivo é formado pelo conjunto de atos praticados no sentido de alcançar a tutela jurisdicional executiva, isto é, a efetivação da prestação devida²¹, sendo ainda regido por princípios derivados da Constituição Federal, conforme se verá mais adiante.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 45.

²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm. 2017, p. 965-971.

²¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 143.

2. Princípios da tipicidade e da atipicidade dos meios executivos.

Pelo princípio da tipicidade, a esfera jurídica do executado somente poderá ser afetada por formas executivas taxativamente estipuladas pela norma jurídica. A existência de um rol expresso de medidas executivas permite antever de que modo a execução se realizará²².

Enquanto a atipicidade não prevê um modelo predefinido a ser observado, haja vista existir uma multiplicidade de medidas executivas diversas que podem ser aplicadas²³.

2.1. Princípio da tipicidade e medidas típicas.

O Código de Processo Civil prevê algumas medidas coercitivas típicas para incentivar que o devedor cumpra voluntariamente a sua obrigação de pagar. São elas: a multa de 10% (dez por cento) prevista no artigo 523, §1º; o benefício da redução pela metade do valor dos honorários advocatícios, do artigo 827, §1º; a possibilidade de protesto da decisão transitada em julgado, do artigo 517; e a possibilidade de inserir o nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, constante no artigo 782, §3º.

Ocorre que, resta inviável ao legislador prever todas as particularidades dos direitos mercedores de tutela executiva e preordenar meios executivos diferenciados, levando em consideração essas particularidades que se verão no caso concreto²⁴. Por este motivo, o chamado princípio da tipicidade dos meios executivos foi cedendo espaço ao princípio da atipicidade ou princípio da concentração dos poderes de execução do juiz²⁵, que será adiante analisado.

2.2. Princípio da atipicidade e medidas atípicas.

²² ARANDA, Alexandre Lundgren Rodrigues. Dos princípios do processo executivo. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dos-principios-do-processo-executivo,47755.html>>. Acesso em: 20-06-2017.

²³ *Idem*.

²⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção ao credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 66.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle do poder executivo do juiz. Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

Diante do princípio da atipicidade da execução, ampliam-se os poderes executivos do magistrado, criando-se o chamado poder geral de efetivação, elencado principalmente pelo artigo 139, IV, do CPC, que permite ao julgador valer-se de meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto²⁶. Parte-se da premissa que as modalidades executivas devem ser idôneas às necessidades de tutela das diferentes situações de direito substancial²⁷.

Nesse sentido, o princípio da atipicidade decorre de três enunciados normativos do CPC: o artigo 139, IV, o artigo 297 e o §1º do artigo 536.

Com efeito, devido à sua amplitude, o presente trabalho visa a destrinchar apenas o artigo 139 e seu inciso IV, que estabelece que o juiz pode determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

As medidas atípicas inseridas no artigo 139, IV do CPC superam a ideia de que a medida coercitiva de *astreintes* estaria restrita às obrigações de fazer e não fazer, bem como as de entrega de coisa, prevista no CPC de 1973, já que considerada ineficaz em virtude de muitos devedores optarem pelo inadimplemento diante da possibilidade de limitação do valor da multa diária pelo descumprimento em grau de recurso.

Ademais, ainda na vigência do CPC de 1973²⁸, O Superior Tribunal de Justiça já vinha reconhecendo expressamente a existência do princípio da atipicidade fazendo alusão ao art. 461, §5º, do dispositivo legal supramencionado, entendendo, por exemplo, admissível o bloqueio ou o sequestro de verbas públicas como medida coercitiva para o fornecimento de medicamentos pelo Estado, na hipótese em que a demora no cumprimento da obrigação acarrete risco à saúde e à vida do demandante²⁹.

²⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 100.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle do poder executivo do juiz. Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

²⁸ BRASIL, **Código de Processo Civil**, 1973.

²⁹ Informativo 532/STJ, 1.ª Seção, **REsp 1.069.810-RS**, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.10.2013.

Importante salientar que o artigo 139, IV, do CPC é uma cláusula processual geral, ou seja, é uma espécie de texto normativo, cuja hipótese fática é composta por termos vagos e o consequente efeito jurídico é indeterminado. Nesse diapasão, a existência de cláusula geral reforça o poder criativo da atividade jurisdicional, uma vez que o juiz é chamado a interferir de maneira mais ativa no ordenamento jurídico, a partir dos deslindes do caso concreto³⁰.

A previsão contida no artigo 139, IV, do CPC de 2015, claramente permite a aplicação ampla e irrestrita do princípio da atipicidade a qualquer espécie de execução, independentemente da natureza da obrigação exequenda, inclusive e, em especial, nas obrigações de pagar quantia certa.

Meireles, diante da não especificidade do dispositivo legal, apresenta um criativo e alentado rol de possibilidades de aplicação do inciso IV do artigo 139 do CPC, vejamos:

Proibição contra o devedor pessoa física de exercer certas funções em sociedades empresariais ou na Administração Pública; Proibição de contratar com a própria Administração Pública; Indisponibilidade de bens móveis e imóveis; Proibição de uso de cartão de crédito; Suspensão de benefício fiscal; Suspensão dos contratos, ainda que privados, de acesso aos serviços de telefonia, Internet, televisão a cabo etc., desde que não essenciais à sobrevivência (tais como os de fornecimento de energia e água); Proibição de frequentar determinados locais ou estabelecimentos; Apreensão do passaporte; Apreensão temporária, com desapossamento, de bens de uso (exemplo: veículos), desde que não essenciais (exemplo: roupas ou equipamentos profissionais); Suspensão da habilitação para dirigir veículos; Bloqueio da conta-corrente bancária; Embargo de obra; Fechamento do estabelecimento; Restrição ao horário de funcionamento da empresa etc.³¹.

Assim, as medidas atípicas processuais executivas atuam como genuínos instrumentos para assegurar o cumprimento de uma ordem judicial. Daí porque é outorgado ao magistrado o poder geral de fixar a medida coercitiva ou sub-rogatória que seja necessária para este desiderato.

³⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 102.

³¹ MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, vol. 247/2015, p. 06.

Diante do exposto, tem-se a possibilidade de execução direta da decisão, por meio das medidas sub-rogatórias, bem como de aplicação de meios de execução indireta do comando judicial através das medidas mandamentais, indutivas e coercitivas, que serão adiante aprofundadas na discussão cerne do presente trabalho.

De antemão, cumpre definir que os tipos de medidas indiretas aplicáveis são espécies da tutela mandamental, que é aquela em que o objetivo principal faz derivar uma ordem do juízo de fazer ou não fazer, e de entrega de coisa, de acordo com o sentido da pretensão deduzida³².

Assim, a providência mandamental coercitiva diz respeito à imposição de multa em pecúnia que se agrega ao valor original da execução. Nesse sentido, preconiza Waldraff:

(...) obter-se o cumprimento de uma decisão judicial, há medidas, coercitivas umas, como a imposição de multa, que visam ao cumprimento do mandado judicial mediante ato do próprio destinatário da ordem; sub-rogatórias outras, que visam ao cumprimento da obrigação, independentemente da vontade do devedor, como a busca e apreensão do bem devido³³.

Já a providência mandamental indutiva implica a atribuição de sanções indiretas restritivas de algum direito da parte. Waldraff, citando Edilton Meireles expõe:

Confrontando de forma diferencial as medidas coercitiva e indutiva, Meireles observa que, no primeiro caso, impõe-se ao obrigado uma sanção negativa, um castigo, que “pode ser um mal econômico (v.g., multa), social (v.g., banimento), moral (v.g., advertência), jurídico (v.g., perda da capacidade) ou até mesmo físico (v.g., açoites).” Óbvio que nem todas essas sanções são permitidas no nosso ordenamento jurídico.

Ao contrário, a medida indutiva acena “uma vantagem, um ‘prêmio’, como incentivo (coação premial) ao cumprimento da decisão judicial. Daí porque a doutrina denomina essa sanção como premial. Busca-se, com essas medidas, provocar, incentivar, a prática do ato de forma mais atraente, ainda que com sacrifício à situação jurídica” eventualmente do próprio credor³⁴.

³² WALDRAFF, Célio Horst. **Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973.** Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94739/2016_waldraff_celio_poderes_mandamentais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13.05.2017

³³ *Idem.*

³⁴ *Ibidem.*

3. A proporcionalidade e a razoabilidade das medidas e a efetividade da tutela jurisdicional.

3.1 Proporcionalidade.

Considerada como princípio pela maioria da jurisprudência pátria, a proporcionalidade vincula o legislador, a administração pública e o julgador³⁵, sendo compreendida por Bonavides como:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando, com seu auxílio, se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental³⁶.

Em contrapartida, Silva³⁷ sustenta que a proporcionalidade trata-se de regra e não princípio, conforme a teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy, pois está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto, aplicando-se, portanto, no todo.

Nesse contexto, cumpre esclarecer alguns pontos importantes sobre a teoria dos direitos fundamentais. Nela, Alexy sustenta que as regras são caracterizadas pelo baixo grau de generalidade e pela máxima do tudo ou nada, que dita que ou ela é aplicável ou não no caso concreto³⁸.

Um exemplo de regra seria o da fundamentação das decisões judiciais, prevista por meio do devido processo legal e amparada pelo artigo 11 do CPC. De acordo com essa regra, todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade, e não há outra interpretação para essa regra.

Já os princípios possuem um grau de generalidade alto e caracterizam-se pela impossibilidade de aplicação da máxima do tudo ou nada, pois são considerados

³⁵ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000 p. 266-270.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 372.

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 168.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 89-105.

mandamentos de otimização que não dependem somente das possibilidades fáticas do caso concreto, mas, principalmente, de suas possibilidades jurídicas para a sua aplicação. Ou seja, os princípios são aplicados dentro das possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto³⁹.

Um exemplo de princípio é o da liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV, da Constituição, que estabelece “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.*”⁴⁰ De acordo com esse princípio, toda pessoa é livre para manifestar-se, desde que não seja de forma anônima. Entretanto, a realização desse princípio encontra limites nas situações fáticas e jurídicas do caso concreto, como, por exemplo, se a livre manifestação colidir com o direito de privacidade e a honra das pessoas, este poderá sofrer restrições, inclusive total⁴¹.

A proporcionalidade, segundo Alexy⁴², subdivide-se em três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade. A adequação e a necessidade dizem respeito a características fáticas, conforme se estudará adiante, e a proporcionalidade diz respeito às características jurídicas⁴³.

Nesse sentido, a proporcionalidade tem por objetivo aferir a justa relação entre meio e fim, ou seja, é preciso saber se o meio escolhido promove o fim (adequação), se existem meios concorrentes que promovem igualmente o fim sem promover de forma tão intensa a restrição dos direitos fundamentais envolvidos no caso (necessidade) e se a importância da realização do fim justifica a intensidade da restrição aos direitos fundamentais (proporcionalidade em sentido estrito)⁴⁴.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 89-105.

⁴⁰ BRASIL, **Constituição Federal**, 1988.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 89-105.

⁴² *Idem*, p.116.

⁴³ ALVES, Lucélia de Sena; RETES, Tiago Augusto Leite. O poder geral de efetivação das decisões judiciais na execução de pagar quantia certa: uma análise crítica acerca do art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil. XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba. Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/6p264t76/33nw90ltews90jqg.pdf>>. Acesso em: 12.05.2017.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.204-217.

Com efeito, a proporcionalidade está esculpida no artigo 8º do Código de Processo Civil e tem o intuito de atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana⁴⁵. Ou seja, quando da tomada de decisão judicial, deve-se verificar se esta é proporcional, a fim de que efetive a tutela jurisdicional e não seja desproporcional e contrária à ordem jurídica.

Além disso, tal princípio também deve ser interpretado de forma constitucional, uma vez que, conforme Alvim Netto⁴⁶, a proporcionalidade permite que se identifiquem parâmetros mais profundos e sofisticados de interpretação e controle da validade das normas jurídicas.

Nesse sentido, o STF tem considerado que a norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, ajusta-se ao princípio do devido processo legal, analisado na perspectiva de sua projeção material⁴⁷.

Para Alvim Netto:

O que se percebe é que, por um lado, a incidência do princípio da proporcionalidade amplia a margem de atuação do órgão jurisdicional na aplicação do direito – que, há muito, deixou de refletir a previsão fria da lei infraconstitucional –, e, por outro, fornece ao juiz parâmetros que, embora não possam ser considerados totalmente objetivos, reduzem significativamente a subjetividade da interpretação das normas jurídicas.

Desse modo, o controle da validade e eficácia das normas jurídicas, bem como a análise do alcance e significado dos princípios jurídicos e dos conceitos jurídicos indeterminados, se devem se orientar pelos critérios de adequação e necessidade precedentemente descritos, de forma a evitar-se o sacrifício desnecessário de direitos e garantias constitucionais em detrimento de valores menos relevantes, inclusive no plano do processo⁴⁸.

No âmbito da execução, o princípio da efetividade muitas vezes entra em conflito com o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com o que o postulado da proporcionalidade seja aplicado no que tange aos poderes exercidos pelo juiz.

⁴⁵ BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015.

⁴⁶ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 17ª ed. São Paulo: RT, 2017, capítulo 7, n. 7.8.3.1.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

Conforme Humberto Ávila:

A uma, a razoabilidade impõe um dever de equidade (razoabilidade como equidade), o que exige na aplicação das normas a consideração daquilo que normalmente acontece e a consideração de particularidades do caso concreto flagrantemente desconsideradas pela generalidade normativa. A duas, impõe um dever de congruência (razoabilidade como congruência), o que vincula a aplicação das normas com as suas condições externas de aplicação, proibindo-se a consideração de um suporte empírico inexistente como se existente fosse (vinculação à realidade) e impõe a existência de uma relação de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida normativamente adotada (necessidade de congruência). A três, impõe um dever de equivalência (razoabilidade como equivalência), o que exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona⁴⁹.

Isso posto, por ser norma fundamental, a proporcionalidade deve ser aplicada como critério pelo magistrado em todas as oportunidades que lhe couber impor medidas em que a lei abrir margem à sua análise discricionária, observando-se também a razoabilidade, que visa a promover harmonização de uma norma geral com um caso particular⁵⁰.

Derivando-se do princípio da proporcionalidade, tem-se a adequação, que se ampara no legislativo como orientadora da confecção das leis; e no jurisdicional, autorizando ao juiz, diante do caso concreto, adaptar o procedimento às suas peculiaridades⁵¹, opção relevante a este trabalho.

Isso quer dizer que, no momento legislativo, o devido processo deve ser observado pelo legislador para a confecção das normas de direito processual que irão servir de instrumento efetivo de concretização do direito substancial a ser tutelado, atendendo a todas as suas finalidades sob pena de falência do próprio direito. No momento jurisdicional, da mesma forma, a via processual escolhida pelo autor também deve estar sujeita a este princípio, para que não sofra as mesmas consequências da sua inobservância.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil Volume 1 – Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 139.

⁵¹ GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 247.

A legislação brasileira prevê o princípio da adequação expressamente no CPC: pela possibilidade de redistribuição do ônus da prova do (artigo 373, §1º); pela concessão de tutelas provisórias (artigo 297); e nos processos de jurisdição voluntária (artigo 723, parágrafo único).

Além disso, Fredie Didier e Hermes Zaneti entendem que tal princípio não precisa ser previsto expressamente no texto legal, para ter aplicação, uma vez que este é corolário do devido processo legal adequado⁵².

O juiz deve zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional através da aplicação da técnica processual adequada, para que se possa evitar uma tutela não efetiva, imprestável ou tardia.

No processo executivo, o princípio da adequação é aplicado em sua forma objetiva quando o direito aos alimentos impõe um meio coercitivo mais eficaz: a prisão civil. Já o regramento especial de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública que impede a penhora de seus bens e submete o pagamento ao regime dos precatórios é uma manifestação da adequação subjetiva. Enquanto a aplicabilidade do contraditório na estruturação do procedimento executivo é a manifestação teleológica⁵³.

A adequação jurisdicional também se revela na concretização das cláusulas gerais executivas, como a do artigo 139, IV, do CPC, pois cabe ao órgão jurisdicional identificar a medida executiva adequada às peculiaridades do caso concreto⁵⁴.

3.2 Efetividade.

O princípio da efetividade, insculpido pelo artigo 4º do CPC, garante o direito fundamental à tutela executiva através da existência de meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva⁵⁵.

⁵² GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, p. 252.

⁵³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.84-85.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2002, p. 102-104.

Portanto, significa que as normas que regulam a tutela executiva têm que ser interpretadas no sentido de se extrair a maior efetividade possível. Além disso, o juiz tem o poder-dever de não aplicar uma norma que restrinja um meio executivo caso a restrição não se justifique como proteção a outro direito fundamental, do mesmo modo que cabe ao juiz adotar os meios executivos necessários à prestação integral da tutela executiva⁵⁶.

Conforme Didier, Cunha, Braga e Oliveira:

Partir da premissa de que existe um direito fundamental à tutela executiva, ora ratificada pelo CPC, é indispensável para a solução de diversos problemas oriundos do procedimento executivo, principalmente aqueles relacionados à aplicação das regras de proteção do executado⁵⁷.

Em sede de exemplo prático, têm-se as hipóteses de impenhorabilidade previstas no artigo 833 do CPC.

Com efeito, é certo que a possibilidade de impenhorabilidade de certos bens é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva, justificando-se como meio de proteção à dignidade do executado, ao direito ao patrimônio mínimo e a função social da empresa⁵⁸.

Isso posto, para se aplicar as hipóteses previstas no artigo 833 do CPC deve-se valer de um juízo de ponderação a partir da análise das circunstâncias do caso concreto e em observância das normas de direitos fundamentais, optando, no caso da penhora, pela mitigação do direito do exequente em favor da proteção do executado⁵⁹.

Concluindo, as hipóteses previstas em lei que permitem a restrição de direito não podem incidir em casos concretos os quais se evidenciem a desproporção, desnecessidade e/ou inadequação entre a restrição a um direito fundamental e a proteção ao outro.

⁵⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2002, p. 102-104.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 66-67.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

4. A aplicação das medidas atípicas em virtude do previsto no artigo 139, IV, do CPC.

4.1. Possibilidades de restrições de direitos.

É certo que a aplicação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias envolve limites a serem considerados. Meireles dá o tom, ao afirmar que:

(...) não nos parece que o legislador quis conceder um ‘cheque em branco’, de natureza verdadeiramente legislativa, ao juiz”, que somente poderia agir nesse sentido com lastro em algum tipo de fomento legal específico⁶⁰.

Carvalho sublinha requisitar a sanção uma “certa proporção com a obrigação inadimplida, que lhe permita desempenhar o papel de coercibilidade, em consonância com os critérios de suficiência e compatibilidade⁶¹”.

Segundo Eduardo Talamini, os limites a essas providências executivas indiretas pode bem ser constatado pela censura do STF em três de suas súmulas:

É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo” (Súmula 70). “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” (Súmula 323). “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais” (Súmula 547).⁶²

Isso posto, é inevitável a conclusão de que passou também a ser cabível a aplicação de medidas executivas que ameacem piorar a situação do executado por meio de restrição de seus direitos.

Desta feita, conforme pertinente lição de Leonardo Greco:

(...) o poder de coerção é o poder do juiz de sujeitar as partes, os serventúrios e quaisquer terceiros ao respeito da sua autoridade, ao cumprimento de suas ordens e decisões, que se exercita através de sanções e restrições à liberdade individual, pessoal e patrimonial⁶³.

⁶⁰ MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, vol. 247/2015, p. 10.

⁶¹ CARVALHO, Fabiano Aita. Execução da multa (astreintes) prevista no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, vol. 114/2004, p. 03, Mar - Abr/2004.

⁶² TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso whatsapp. **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 0/2016, p. 05, Jan - Mar / 2016.

⁶³ GRECO, Leonardo. **O processo de execução**, vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 181.

Ainda na vigência do CPC de 1973, a doutrina já apontava a possibilidade de interditar direitos, a exemplo da cassação de licença especial, da proibição de contratar com o Poder Público, da proibição do exercício de certa atividade por período de tempo, entre outros⁶⁴. Com o art. 139, IV, do novo CPC, resta consagrada tal possibilidade.

Importante salientar, ainda, que o Código de Processo Civil prevê alguns meios típicos de execução que são restritivos de direito, como o disposto no artigo 536, §1º, e artigo 538, §3º do CPC, que possibilita a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva nas execuções de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa. Tais medidas típicas, por força do artigo 139, IV, do CPC, também são aplicáveis para a execução de obrigação de pagar quantia certa.

Nesse diapasão, a remoção de pessoas e coisas naturalmente restringe o direito de ir e vir, o desfazimento de obra pode restringir o exercício do direito de propriedade e/ou de posse; e o impedimento de atividade nociva, amplo como previsto na lei, pode restringir diferentes espécies de direito.

Ademais, existem duas medidas executivas coercitivas típicas na execução de pagar quantia certa que inegavelmente têm como objetivo a restrição de direito do executado como forma de pressioná-lo ao pagamento, que são: o protesto da sentença previsto no artigo 517 do CPC e a possibilidade de inclusão do executado em cadastro de inadimplentes, (artigo 782, §§3º a 5º, do CPC).

A liberdade concedida ao juiz pelo artigo 139, IV, naturalmente aumenta sua responsabilidade, não sendo admissível que a utilize para contrariar a lei ou mesmo princípios do Direito, devendo, portanto, atuar com proporcionalidade e razoabilidade.

Além disso, deve-se levar em consideração a supervalorização do princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de se inviabilizar a efetivação da tutela executiva, direito fundamental do exequente, por meio da adoção das medidas previstas no art. 139, IV, do CPC.

A medida coercitiva naturalmente restringirá o exercício de direitos do devedor, e somente quando efetivamente tal restrição gerar prejuízos a ele mais

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Execução**. São Paulo: RT, 2007, p. 89.

significativos que os benefícios ao credor – e à própria tutela executiva – deve ser inadmitida no caso concreto.

Caberá ao juiz, portanto, ponderar no caso concreto as vantagens práticas da adoção de cada medida executiva atípica, em especial as de natureza coercitiva, e as desvantagens de sua adoção, levando em conta a possibilidade de a medida criar uma limitação excessiva ao exercício de direito fundamental do executado.

4.2. O princípio da patrimonialidade e o rompimento do dogma da intangibilidade da vontade humana.

Em virtude do princípio da patrimonialidade, consagrado pelo artigo 391 do Código Civil e artigo 789 do Código de Processo Civil, a execução é real e não pessoal, ou seja, os bens do executado são os responsáveis materiais pela satisfação do direito do exequente⁶⁵.

Contudo, conforme preceituam Didier, Cunha, Braga e Oliveira:

Houve época, como no primitivo Direito Romano, em que se permitia que a execução incidisse sobre a própria pessoa do executado, que poderia, por exemplo, virar escravo do credor como forma de pagamento de sua dívida.

No Direito Romano, não se falava em “obrigação”. O seu correspondente histórico era o *nexum* (espécie de empréstimo), que conferia ao credor o poder de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação, sob pena de responder com o seu próprio corpo – quando poderia ser reduzido, inclusive à condição de escravo.

Essa visão era socialmente aceita, a ponto de admitir-se um concurso de credores sobre o corpo do devedor, que seria dividido entre eles (Tabula III: “Tertiis nundinis partis secanto; si plus minusve secuerunt se fraude esto”). A Tábua Terceira da Lei das XXII Tábuas deixa clara essa macabra possibilidade de responsabilização pessoal do devedor, em sua Lei 9: “se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor e tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre”.

A obrigação era um vínculo eminentemente pessoal, estando o devedor vinculado à obrigação com o seu próprio corpo. O credor tinha o direito sobre o seu cadáver.

⁶⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil - Volume 5**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 72.

Com a evolução do conceito de obrigação, a execução passou da pessoa do devedor ao seu patrimônio⁶⁶.

O princípio da patrimonialidade passa a ser utilizado, portanto, com a finalidade de evitar violações à dignidade e à integridade física do devedor, bem como para inibir a ingerência indevida sobre sua vontade. Fala-se, então, no dogma da “intangibilidade da vontade humana”⁶⁷.

Segundo Neves:

A proibição de que o corpo do devedor responda por suas dívidas, reservando-se tal garantia a seu patrimônio, é vista como representação da humanização que o processo de execução adquiriu durante seu desenvolvimento histórico, abandonando gradativamente a ideia de utilizar a execução como forma de vingança privada do credor⁶⁸.

Diante do exposto, tem-se que, apesar da humanização do direito, a aplicação das técnicas de execução indireta relativizam o princípio da patrimonialidade na medida em que pressionam psicologicamente a pessoa do devedor para que cumpra a obrigação⁶⁹.

Em contrapartida, é importante registrar que a adoção de medidas executivas coercitivas tem o intuito apenas de pressionar psicologicamente o devedor para que este se convença de que o melhor a fazer é cumprir voluntariamente a obrigação. Portanto, evidente que é a vontade, ainda que não espontânea, do executado em cumprir sua obrigação, que gera a satisfação do direito⁷⁰.

Tome-se como exemplo de fundamentação a prisão civil do devedor de alimentos, pois apesar de ser uma medida de execução coercitiva indireta que recai sobre o corpo do devedor, a prisão não é forma de satisfação da obrigação, tanto que, conforme o artigo 528, §5º do CPC, o encarceramento do executado pelo prazo

⁶⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 69-71.

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

⁶⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1045-1047.

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 69-71.

⁷⁰ *Ibidem*.

determinado pelo juiz, não o exime do pagamento das prestações vencidas e vincendas⁷¹.

Há corrente doutrinária que busca restringir o alcance do termo “todos” previsto no artigo 139, IV do CPC, afirmando que apenas as medidas que recaem diretamente sobre o patrimônio do devedor podem ser admitidas. Não sendo, portanto, cabíveis as que recaiam sobre a pessoa do devedor para coagi-lo psicologicamente a cumprir a obrigação⁷².

Nesse diapasão, vale salientar que as medidas executivas típicas, conforme o artigo 536, §1º do CPC, podem depender do exercício da força estatal para serem efetivadas. Enquanto as medidas executivas coercitivas atípicas podem, ao menos em sua maioria, efetivarem-se sem a necessidade de violência física, o que as torna menos invasivas que a efetivação de algumas medidas executivas típicas.

Sendo assim, a responsabilidade executiva assume atualmente caráter híbrido, comportando coerção pessoal, que incide sobre a vontade do devedor, admitindo o uso das medidas previstas no artigo 139, IV, do CPC e, sendo descumprida a obrigação e, diante da impossibilidade ou inadequação do uso de técnicas de coerção pessoal, tem-se a sujeição patrimonial, que recairá sobre os bens do devedor⁷³.

4.3. Requisitos e critérios para a adequada aplicação de medidas atípicas.

Não há controvérsia quanto à possibilidade de aplicação das medidas típicas, uma vez que se trata de regras específicas do tipo de procedimento. Entretanto, a doutrina questiona a aplicação das medidas atípicas e de seus limites, posto que não estipulados no dispositivo legal.

Nesse sentido e da necessidade de análise do caso concreto pelo juiz, deve-se salientar a existência de dois tipos de executados: o que por dificuldade financeira não consegue honrar seus compromissos, e o que, de forma desleal, esconde o seu

⁷¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 69-71.

⁷² TARTUCE, Fernanda. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/noticias/6096/O+po%C3%AAmico+inciso+IV+do+artigo+139+do+CP C\(LGL\)2015\1656\)+e+suas+difusas+interpret+%C3%A7%C3%B5es](http://www.ibdfam.org.br/noticias/6096/O+po%C3%AAmico+inciso+IV+do+artigo+139+do+CP C(LGL)2015\1656)+e+suas+difusas+interpret+%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 15.05.2017.

⁷³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 69-71

patrimônio propositadamente, com o fim de frustrar as tentativas de satisfação do débito⁷⁴.

Segundo Rodrigues⁷⁵, a aplicação das medidas atípicas, no caso do executado que por dificuldade financeira não consegue honrar com seus compromissos, deveria ser mais restrita e cautelosa do que para o caso do executado desleal.

Assim, em harmonia com a regra da proporcionalidade, a aplicação das medidas atípicas do art. 139, IV, somente se justifica se necessária, pela atitude desleal do exequente, e adequada, por atingir os fins a que se destinam, ou seja, compelir, de forma eficaz, o exequente a colaborar ou não obstaculizar os atos executivos.

Nesse sentido:

A) A medida atípica deve ser proporcional e razoável.

Pelo princípio da atipicidade dos meios executivos, o juiz não está adstrito apenas à lei, motivo pelo qual é preciso investigar o parâmetro de controle da escolha realizada pelo magistrado⁷⁶.

De modo geral, remetendo-se ao explicitado no item 1 deste trabalho, é necessário, inicialmente, que o juiz se atente às particularidades do caso concreto e a partir de então, com a conformação da lei a respeito, observando a Constituição e os princípios dela oriundos, bem como o respeito aos direitos fundamentais.

Com efeito, deve o magistrado considerar também a racionalidade da jurisdição e a argumentação representativa, para assim, verificar as medidas atípicas que pretende estipular.

Para tanto, a escolha deve pautar-se na proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista a menor onerosidade da execução e o princípio da eficiência⁷⁷.

⁷⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,510450+que+fazer+quando+o+executado+e+u+m+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>>. Acesso em: 20.04.2017.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 110-113.

⁷⁷ *Ibidem*.

Sendo assim, para a aplicação de uma medida atípica proporcional, deve-se, diante das situações em que há uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, analisar se o meio promove o fim; se dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo de direitos fundamentais afetados; e se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio⁷⁸.

Diante do conflito, por exemplo, entre o princípio da efetividade da tutela executiva, voltado à proteção do exequente, e o princípio da dignidade da pessoa humana, voltado à proteção do executado, deve se considerar que àquele também é um direito fundamental, motivo pelo qual deve ser compatibilizado com direitos fundamentais do executado para que sua dignidade humana seja preservada.

Para se obter o equilíbrio entre os princípios colidentes, prestigiando-se a prudência do juiz e evitando-se abusos nas medidas executivas aplicadas no caso concreto, é preciso que o julgador aplique, na espécie, o princípio da proporcionalidade, que se destina, como já afirmado, a evitar excessos nos atos do Poder Público⁷⁹.

Já a razoabilidade da medida atípica engloba: o dever de equidade, que preconiza a harmonização da norma geral com o caso individual, impondo a consideração do usual em detrimento do extraordinário e das especificidades do caso concreto ante a generalidade da norma; o dever de congruência, que exige a harmonização da norma com suas condições externas de aplicação; e o dever de equivalência, que estipula um relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona⁸⁰.

Destaca-se ainda que a medida atípica deve observar a proibição de excesso. Nesse sentido, Humberto Ávila afirma que “a realização de uma regra ou princípio

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ªed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 205.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle do poder executivo do juiz. Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ªed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 188.

constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamento que lhe retire um mínimo de eficácia⁸¹.”

Nessa mesma esfera, preza-se também pela eficiência, prevista no artigo 37 da Constituição Federal, que, conforme Didier, Cunha, Braga e Oliveira⁸², observa dois deveres: o de obtenção do máximo de um fim com o mínimo de recursos; e o de, com um meio, atingir o fim máximo.

Ou seja, a atuação jurisdicional deve promover, de maneira satisfatória, os meios necessários ao alcance dos objetivos processuais, de modo que tais métodos tenham condições de promover resultado significativo; existam por intermédio da probabilidade de se alcançar o resultado almejado; e não produzam muitos efeitos negativos⁸³.

Além disso, o juiz deve atentar-se ao princípio da menor onerosidade da execução a fim de impedir o comportamento abusivo do exequente e não onerar de maneira excessiva o executado⁸⁴.

Diante do exposto e não existência de um rol de medidas atípicas que podem ser aplicadas, deve o magistrado se ater não só às peculiaridades da causa, mas também à Constituição, argumentação representativa e fundamentação coerente, razoável e proporcional do instrumento jurisdicional que vise ao fim, ao meio e ao resultado entre a medida coercitiva e o cumprimento da ordem.

Salienta-se ainda a observância à lealdade e boa-fé processual, pois, devido à possibilidade da prática de comportamentos desleais, abusivos e fraudulentos, o artigo 5º do CPC consagra o princípio da boa-fé processual como corolário do devido processo legal.

⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ªed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 188.

⁸² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 110-113.

⁸³ ÁVILA, Humberto. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Baía, n. 4. 2005, p.19.

⁸⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 110-113.

Nesse mesmo sentido, tem-se o princípio do resultado, que se ampara na especificidade da execução, ou seja, as regras processuais devem ser adequadas à finalidade da satisfação da obrigação tal qual houvesse o cumprimento espontâneo da prestação⁸⁵.

B) A medida atípica deve ser adequada, necessária e conciliar os interesses contrapostos.

Conforme já exposto, o critério da adequação impõe que o juiz, quando da decisão, considere a relação entre a medida executiva e o resultado a ser obtido, determinando a providência que mais se adeque ao resultado buscado⁸⁶.

Dito isso, a providência tomada deve ser necessária, na medida em que limite a atuação judicial e leve em conta a posição do devedor. Ou seja, além da medida adequada ao resultado, o magistrado deve se atentar ao menor sacrifício ao executado, pois não se pode ir além do necessário para alcançar o propósito almejado⁸⁷.

O juiz deve ponderar e equilibrar os interesses das partes processuais de modo que a eficácia da medida atípica supere as desvantagens de seu uso, pois deve-se privilegiar a solução que melhor atenda aos valores em conflito⁸⁸.

Da mesma forma, deve atentar-se ao princípio da execução menos onerosa ao executado, consagrado pelo artigo 805 do CPC⁸⁹.

Tal artigo trata-se de cláusula geral de proteção ao executado e inspira a escolha do meio executivo pelo juiz, ou seja, da medida que levará à satisfação da prestação exigida pelo credor, motivo pelo qual o princípio incide na análise da adequação e necessidade do meio, e não do resultado, a ser alcançado, pois a opção pelo

⁸⁵ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11^a ed. São Paulo: RT. 2007, p. 101-102.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT. 2002, p. 1127.

⁸⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015: “Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.”

meio menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazes⁹⁰.

Ademais, conforme leciona Neves⁹¹, a execução não é instrumento de exercício de vingança privada, não justificando, portanto, que o executado sofra gravames desnecessários à satisfação do direito.

Ressalta-se que o respeito ao princípio da menor onerosidade não pode sacrificar a efetividade da tutela executiva, que será posteriormente detalhada neste trabalho. Assim, em caso de conflito, caberá ao juiz no caso concreto, aplicando as regras da razoabilidade e proporcionalidade, decidir de forma a evitar sacrifícios onerosos, seja ao exequente ou ao executado.

Nesse sentido, salienta-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de inexistir preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva, como foi o caso do REsp 1.337.790/PR, no qual o Ministro Herman Benjamin votou no sentido:

Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal estabelecida no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto, o que não se verificou na hipótese dos autos⁹².

Por fim, em decorrência do princípio ora analisado, tem-se a necessidade de relacionar o menor sacrifício com a satisfação do crédito, para que se tenha uma execução equilibrada e evite-se a aplicação de medidas executivas incapazes de gerar a satisfação da obrigação, como é o caso do pacificado entendimento do STJ, sedimentando pelo artigo 139, IV do Código de Processo Civil, no sentido de serem inaplicáveis as *astreintes* quando o cumprimento específico da obrigação é impossível⁹³.

⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 79.

⁹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 980-982.

⁹² STJ. **REsp 1.337.790/PR**, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12.06.2013, DJe 7.10.2013.

⁹³ STJ. **REsp 1.230.174/PR**, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, DJe 13.12.2012.

C) *A medida atípica deve ser fundamentada e em observância ao contraditório.*

Com fulcro no artigo 93, IX da Constituição Federal e artigos 11 e 489, II do CPC, toda decisão precisa ser fundamentada, pois, é pela análise da fundamentação que se controla a opção do julgador pela aplicação de medida executiva atípica⁹⁴.

Nesse sentido, Didier, Cunha, Braga e Oliveira preceituam:

Deve o juiz, na fundamentação decisória, expor racionalmente os motivos da sua escolha, demonstrando, com atenção ao art. 489, §1º, CPC, de que modo a sua opção atende os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁹⁵.

Sendo assim, diante da atipicidade do meio executivo, a necessidade da medida torna-se o fundamento e o limite estabelecido pelo legislador para delimitação da medida a ser imposta pelo juiz. Ora, por “medida processual necessária” deve-se entender aquela que seja adequada, proporcional e razoável para assegurar o cumprimento da ordem judicial⁹⁶.

O princípio do contraditório, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, pressupõe a participação efetiva e adequada das partes processuais e compreende os direitos: de ser ouvido; de acompanhar os atos processuais; de produzir provas, participar de sua produção, de manifestar-se sobre a prova produzida e de obter do juiz a respectiva valoração; de ser informado regularmente dos atos praticados no processo; à motivação das decisões; e o de impugnar as decisões.⁹⁷

Com efeito, apesar da função predominantemente material do juiz no processo ou fase de execução, é inegável a existência de cognição acerca de questões incidentes no processo, fazendo-se, portanto, indispensável o contraditório⁹⁸.

Nesse sentido, Didier, Cunha, Braga e Oliveira:

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 116-117.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI245946.51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>>. Acesso em: 20.04.2017.

⁹⁷ LOPES, João Batista. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 1**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 42.

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8ª ed. São Paulo. Malheiros: 2002, p. 103.

Também o dever de o juiz zelar pelo efetivo contraditório, previsto no art. 7º, CPC, aplica-se no contexto executivo. Trata-se de norma que permite, inclusive, adequações do processo feitas pelo juiz, em situações excepcionais, para reequilibrar o contraditório. O dever de zelar pelo efetivo contraditório pode servir como fundamento normativo de adequações atípicas do processo feitas pelo juiz. (...) ⁹⁹

Sendo assim, a obediência ao princípio do contraditório pelo magistrado constitui garantia à sua imparcialidade ¹⁰⁰.

O respeito ao contraditório demonstra que a atipicidade abstratamente prevista em lei se torna concreta a partir do momento em que o juiz indica quais são as medidas que considera adotar e intima o executado para se manifestar sobre elas. Dessa forma, o executado saberá previamente as medidas de coerção psicológica que suportará se não convencer o juiz de sua inadequação no caso concreto.

Nesse sentido, considerando que a opção pela medida executiva atípica pressupõe a análise de enunciados normativos de conteúdo semântico aberto, bem como a consideração de distintos pontos de vista, é essencial a observância do contraditório, previsto nos artigos 7º e 9º do CPC a fim de evitar o cerceamento de defesa e consequentes prejuízos às partes ¹⁰¹.

Ou seja, o juiz, ante a aplicação de medida não requerida ou debatida nos autos, deve intimar as partes para se manifestarem sobre a possibilidade de aplicação da medida.

D) A medida atípica não pode ter caráter punitivo, nem constituir-se em um ilícito.

A medida processual punitiva não se submete ao mesmo regime de atipicidade da medida processual coercitiva, pois aquela é sanção que se impõe,

⁹⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm: 2017, p. 77.

¹⁰⁰ ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal (introducción)**. 2ª ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 130.

¹⁰¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 116-117.

enquanto que o desta se espera é justamente que a coerção atue como medida instrumental com o cumprimento do ato para o qual ela atua¹⁰².

A imposição de medidas restritivas de direitos pessoais estão sendo aplicadas como se fossem medidas coercitivas destinadas a pressionar o devedor a cumprir uma obrigação. Porém, trata-se de medidas punitivas e não coercitivas, haja vista que o magistrado deixa evidente a sua irresignação com a conduta do executado, com seu comportamento desrespeitoso com a violação do dever ético, da boa-fé e da colaboração com a justiça, fato que diz respeito ao artigo 77, IV do CPC e ao artigo 774 do mesmo diploma.

Portanto, trata-se de punição pela violação do dever de boa-fé e colaboração com a justiça travestida de medida coercitiva. Sendo que, conforme o artigo 139, IV do CPC, a atipicidade é tão somente o "meio necessário" para o cumprimento das ordens judiciais, e não das medidas sancionatórias ou punitivas pelos descumprimentos cometidas pelo executado.

Nesse sentido, cumpre salientar que a sanção civil material decorre do inadimplemento e encontra-se totalmente regulamentada pelo direito material, porquanto as medidas impostas pelo juiz para que, com ou sem o concurso de vontade do executado, o direito do exequente seja satisfeito.

Logo, não é lícito que o magistrado possa, incorretamente, denominar de “medida coercitiva” uma “medida sancionatória” e, com base na atipicidade de meios executivos, aplicar uma medida processual punitiva atípica, como da restrição de direitos, pois não pode haver uma sanção, seja ela processual ou não, sem prévia lei que a defina, e, sem contraditório ou devido processo que permita alguém contra ela se defender¹⁰³.

Sendo assim, quando o artigo 389 do Código Civil prevê que não sendo cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários

¹⁰² RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>>. Acesso em: 20.04.2017.

¹⁰³ *Idem*.

advocáticos¹⁰⁴, consagra sanções civis de natureza material, que decorrem do inadimplemento.

Tais sanções apenas criam um direito de crédito ao sujeito que já era titular da obrigação descumprida, sendo, portanto, incapazes de gerar qualquer satisfação do direito ao seu titular, como pactuado por Cândido Rangel Dinamarco:

(...) esse agravamento pouco mais é do que um efeito escritural: não impede que o credor continue credor, que o devedor continue devedor e, conseqüentemente, que o direito daquele permaneça insatisfeito. Diferente é a sanção executiva, a qual se resolve em atos práticos de invasão patrimonial ou de pressão sobre a vontade da pessoa, destinados a impor resultados efetivos referentes às relações entre dois ou mais sujeitos¹⁰⁵.

Um exemplo de medida atípica não sancionatória é o caso da prisão civil, uma vez que o artigo 528, §5º, do CPC, prevê expressamente que cumprida a prisão civil, ou seja, aplicada a medida executiva e exaurida sua função em razão do tempo máximo de encarceramento fixado pelo juiz, continua o executado a dever as parcelas vencidas e vincendas de sua obrigação alimentar. Além disso, o §6º no mesmo artigo permite a suspensão da ordem de prisão caso ocorra o adimplemento da obrigação.

Por outro lado, é possível que medidas restritivas de direitos, como a apreensão de passaporte, proibição de ir ao estádio, apreensão da carteira de motorista, etc., possam ser, em algum caso concreto, uma medida processual coercitiva para assegurar o cumprimento de uma ordem judicial.

Para tanto, para que essas medidas sejam coercitivas é preciso que atuem como um instrumento necessário, adequado, proporcional ou razoável para a obtenção de uma conduta que leve ao cumprimento da ordem judicial. A análise do caso concreto é que vai dizer se a medida coercitiva atípica escolhida pelo juiz é adequada, pertinente, necessária e logicamente razoável.

Ademais, conforme já exposto, a medida executiva coercitiva deve efetivamente pressionar o devedor a cumprir sua obrigação, logo, é temporária, devendo ser aplicadas somente até a satisfação da obrigação ou até a percepção de sua ineficácia no caso concreto.

¹⁰⁴ BRASIL, *Código Civil*, 2002.

¹⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil – Vol. IX*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 605.

Ressalta-se que, a execução não é instrumento de exercício de vingança privada, nada justificando que o executado sofra mais que o estritamente necessário na busca da satisfação do direito do exequente, conforme já demonstrado por meio do princípio da menor onerosidade, previsto no artigo 805 do CPC.

Nesse diapasão, as medidas executivas fundadas em ameaça de piora na situação do devedor no caso de descumprimento de sua obrigação devem considerar se no caso concreto a pressão psicológica exercida é eficaz para contribuir com a satisfação do direito exequendo, partindo-se da premissa de que o pagamento é possível, pois piorar a situação do executado sem a contrapartida da satisfação do direito exequendo transforma a medida executiva em sanção processual de caráter punitivo.

Neste particular é essencial distinguir entre aquele executado que, a despeito de não conseguir saldar a dívida por completo, esforça-se em encontrar meios para diminuí-la, oferecendo uma solução, ainda que parcial, e o outro executado, que se vale de todos os meios, especialmente os ilícitos, para não satisfazer a pretensão do exequente¹⁰⁶.

Desta feita, a adoção de medidas executivas atípicas deve ser amparada em indícios presentes no processo de que a pressão psicológica por elas exercidas pode efetivamente funcionar para se obter no caso concreto a satisfação do direito exequendo. Devendo ser dirigida ao devedor que não paga porque não quer e não para aquele que não paga porque não pode¹⁰⁷.

Ademais, em consequência ao exposto, não se permite a adoção de uma medida executiva que seja, ela mesma, um ato ilícito, como o emprego de práticas de torturas e /ou outros ilícitos regulamentados em lei¹⁰⁸.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>>. Acesso em: 20.04.2017.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 131.

Por fim, quanto ao poder geral de efetivação do magistrado no âmbito da aplicação das medidas permitidas pelo artigo 139, IV do CPC, cumpre esclarecer alguns pontos:

I) O julgador deve atentar-se ao negócio processual que verse sobre o poder geral de efetivação.

O Código de Processo Civil, por meio dos artigos 199 e 200, consagrou a possibilidade de ampla negociação sobre o procedimento e as situações jurídicas processuais.

Com efeito, podem as partes, por convenção processual, restringir o poder executivo do órgão julgador, porém, não em sua totalidade¹⁰⁹.

Desta feita, partindo-se do pressuposto que a execução é pautada no interesse do credor, podem as partes convencionarem a proibição da tomada de algumas medidas executivas.

Sendo assim, no que diz respeito à aplicação das medidas executivas atípicas previstas no artigo 139, IV, do CPC, as partes podem, por exemplo, estabelecer como principal, e não subsidiária, o uso das medidas atípicas na efetivação da decisão¹¹⁰.

Da mesma forma, conforme bem pontuam Didier, Cunha, Braga e Oliveira: “admite-se negócio processual em que se aceite, previamente, o uso de determinadas medidas executivas atípicas, que passam, por isso, a ser medidas típicas, de origem negocial¹¹¹.”

II) Existem restrições legais ao poder geral de efetivação.

Apesar de pela análise dos artigos 536 e 537 do CPC se extrair que o magistrado não está adstrito à medida executiva atípica proposta pelo interessado para a efetivação do comando decisório, motivo pelo qual ele pode impor, de ofício,

¹⁰⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 136-138.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

providência executiva não requerida pela parte ou distinta da que foi requerida¹¹², o próprio Código de Processo Civil estabelece restrições que devem ser observadas.

Nesse sentido, o julgador não pode impor, como medida executiva atípica, providência para a qual a lei, tipicamente, exige provocação da parte, como nos exemplos da prisão civil do devedor de alimentos (artigo 538, *caput* do CPC); penhora *on line* (artigo 854, *caput* do CPC); inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes (artigo 782, §3º do CPC); e constituição de capital na execução de alimentos indenizáveis (artigo 533, *caput* do CPC), pois seria uma forma de burlar o texto da lei¹¹³.

Conforme Didier, Cunha, Braga e Oliveira: “as regras típicas de execução funcionam como limite à interpretação das cláusulas gerais executivas¹¹⁴.”

Não pode também o juiz determinar, como medida executiva atípica, medida executiva típica regulada pela lei de outro modo, como os casos, por exemplo, da busca e apreensão (artigo 536, §2º do CPC) e do arrombamento (artigo 846, §§1º ao 4º do CPC)¹¹⁵.

Se a lei exige requisitos prévios e necessários para o cumprimento das medidas, não pode o órgão julgador ignorá-las, sob o risco de, também, burlar a lei.

III) O julgador tem a possibilidade de alteração da medida executiva que se mostrou ineficaz ou que já não é mais necessária.

O artigo 537, §1º do CPC expõe:

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

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento¹¹⁶.

¹¹² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 117-119.

¹¹³ *Idem*, p 122-123.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015.

Ante o exposto, verifica-se pela interpretação ampla do dispositivo legal supramencionado que é lícito ao juiz, tanto de ofício, como a requerimento da parte interessada, alterar a medida executiva imposta quando ela se mostrar ineficaz para a efetivação da decisão judicial ou excessiva para a obtenção do resultado almejado.

Tal poder resta implícito na permissão dada pelo artigo 139,IV do CPC, posto que o objetivo da aplicação das medidas executivas é a garantia ao direito fundamental à tutela executiva¹¹⁷.

Conforme Didier, Cunha, Braga e Oliveira:

Às vezes, é necessário reforçar a medida que se mostra ineficaz. É possível a substituição de uma medida indireta por uma sub-rogatória, e vice-versa, bem como, e obviamente, uma indireta por outra, ou uma sub-rogatória por outra. É possível, ainda, a cumulação posterior de medidas, sejam elas sub-rogatórias ou indiretas. Nesses casos, é natural que a eficácia da nova medida se some aos efeitos já produzidos pela medida anterior – por exemplo: determinada a entrega das chaves do imóvel sob pena de multa, eventual descumprimento pode ensejar nova medida sub-rogatória de desapossamento forçado do imóvel, mas o montante da multa será devido pelo tempo em que ela incidiu.

Por outro lado, algumas vezes é necessário atenuar a medida que se mostra excessiva. Se o devedor demonstra que cumpriu parcialmente a ordem, ou que adotou, de modo diligente, as providências necessárias ao seu cumprimento, pode o juiz, de ofício ou a requerimento, reduzir o valor da multa, ou substituir a medida imposta por outra mais branda. O devedor também é titular de garantia do devido processo legal substancial, calcado na noção de proporcionalidade¹¹⁸.

Diante do exposto, o magistrado pode alterar a medida executiva excessiva ou ineficaz, desde que a justifique e a submeta ao contraditório.

Vale salientar, ainda, que a posterior alteração de medida executiva não ofende a coisa julgada, pois não implica alteração da norma jurídica individualizada contida no comando decisório, uma vez que a partir do momento em que o magistrado julga procedente o pedido formulado pela parte, impondo ao vencido uma prestação, fica autorizado a tomar todas as providências cabíveis para torná-lo efetivo¹¹⁹.

¹¹⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 120-122.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

6. Estudo de caso: decisão no processo de número 4001386-13.2013.8.26.0011/TJSP.

Em 25 de agosto de 2016, a juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo proferiu decisão interlocutória nos autos de Execução de Título Extrajudicial de número 4001386-13.2013.8.26.0011 na qual, aplicando o artigo 139, IV, do CPC, em execução por quantia certa, determinou a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) do executado, bem como apreendeu o passaporte e cancelou os cartões de crédito do mesmo devedor.

A magistrada argumentou que há anos o processo tramitava sem que qualquer valor tivesse sido pago ao exequente, além de o devedor ter demonstrado desídia com o processo, ao não oferecer proposta de acordo ou ter indicado bens à penhora, motivo pelo qual considerou que houve o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito, considerando também os indícios de existência de supressão do patrimônio pelo devedor para negar o direito de crédito ao exequente¹²⁰.

A justificativa de tal decisão foi:

Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva¹²¹.

A favor do devedor, então, foi impetrado o Habeas Corpus número 2183713-85.2016.8.26.0000 (TJSP), tendo sido concedida a liminar em decisão que ora se reproduz:

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

Ademais, o art. 8º, do CPC/2015, também preceitua que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz não atentar apenas para a eficiência do processo, mas também aos fins sociais e às exigências do bem comum, devendo ainda resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade.

¹²⁰ TJ-SP – **DECISÃO 4001386-13.2013.8.26.0011**. Relação: 0337/2016. Data da Disponibilização: 29/08/2016. Data da Publicação: 30/08/2016.

¹²¹ *Idem*.

Por tais motivos, concedo a liminar pleiteada¹²².

Diante do exposto, conclui-se que, utilizando-se do artigo 139, IV do CPC, houve a suspensão do passaporte e da CNH do executado, que, por meio da impetração de HC, foram liberados em virtude da aplicação dos princípios supramencionados.

6.1 Argumentos contrários.

Os argumentos em contrário à decisão interlocutória de primeiro grau, defendendo a inaplicabilidade da apreensão do passaporte, suspensão da CNH e cancelamento dos cartões de crédito, lastreiam-se na restrição ao “direito de ir e vir” previsto no artigo 5º, XV, da Constituição Federal, e no art. 8º do CPC, que sustenta que o processo não deve mirar apenas sua eficiência, mas igualmente os fins sociais e as exigências do bem comum, além de não perder de vista a promoção da dignidade da pessoa humana, sempre sob a observância da proporcionalidade, da razoabilidade e da legalidade.¹²³.

Nesse sentido, Nunes e Streck¹²⁴ entendem que, em regra, o art. 139, IV, do CPC não pode dar ensejo à restrição unilateral de direitos individuais para que seja obtida a satisfação de pretensões pecuniárias.

Além disso, forçoso reconhecer a falta de fundamentação adequada da decisão em questão, na qual a magistrada não explicou a correlação das premissas por ela arguidas, como por exemplo, como o descumprimento da obrigação pelo devedor se justifica ao fato dele não poder dirigir, ter passaporte e cartões de crédito.

Ademais, a juíza afirma ser necessário o exaurimento dos meios tradicionais de busca de bens penhoráveis e indícios de ocultação ou dissipação de bens, demonstrando apenas a incidência do esgotamento das medidas típicas, nada comprovando sobre os indícios de ocultação de patrimônio.

Pois bem, diante da redação vaga do artigo 139, IV, do CPC, e conforme os limites já estabelecidos no presente trabalho, é necessário que a fundamentação das

¹²² TJ-SP – HC 2183713-85.2016.8.26.0000. Data de Julgamento: 29/03/2017, 30ª Câmara de Direito Privado.

¹²³ BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015.

¹²⁴ NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/sensoincomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 14.05.2017.

decisões demonstre que a medida é adequada (ou não) ao caso concreto, motivo pelo qual decisões vagas como a proferidas no caso sob análise não fornecem critérios para orientar quando e quais medidas devem ser aplicadas¹²⁵.

Além disso, a análise de decisão *in comento* leva à conclusão que o executado não foi ouvido antes da prolação da decisão, o que configura violação do contraditório, pois, salvo exceções do artigo 9º, parágrafo único, do CPC, toda decisão deve ser precedida do contraditório, inclusive na execução¹²⁶.

Nesse sentido, Rocha, Silva e Sousa, referindo-se à citada decisão:

Ainda que em menor extensão do que no processo/fase de conhecimento, deve ser assegurada ao executado a possibilidade de influir eficazmente no desenvolvimento e resultado da execução (p.ex. arguindo questões cognoscíveis de ofício, pleiteando a substituição de bem penhorado etc.). De modo que o juiz só pode aplicar o art. 139, IV, CPC, após oportunizar a manifestação das partes, especialmente do executado, até porque tais medidas podem causar gravame de impossível mensuração prévia, potencializando o risco de empregar-se meio mais gravoso sem permitir que o executado possa demonstrar tal fato ou mesmo de indicar meios menos onerosos (art. 805, parágrafo único, CPC). Fora daí, é proferir decisão surpresa, violando o art. 10, CPC. De lembrar que uma das dimensões do contraditório substancial é justamente controlar o poder decisório do juiz, de modo que a sua fragilização abre caminho para o solíssimo (e o moralismo) judicial, o que não se compraz com o processo democrático.¹²⁷

Ademais, há de ressaltar-se que a frequência com que o executado paga seus débitos não é critério idôneo a justificar a aplicação de medidas restritivas de direitos, pois a execução persegue a efetivação da tutela jurisdicional mediante os meios capazes

¹²⁵ ROCHA, Jorge Bheron; SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de. Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>>. Acesso em: 11.05.2017.

¹²⁶ NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/sensoincomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 14.05.2017.

¹²⁷ ROCHA, Jorge Bheron; SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de. Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>>. Acesso em: 11.05.2017.

de promover o melhor resultado para o exequente de modo menos oneroso ao executado¹²⁸.

Portanto, se as medidas executivas atípicas visam a conferir maior efetividade à execução, a qualificação de “devedor contumaz” ao executado, por si só, não é capaz de demandar tais medidas, posto que a natureza das medidas atípicas não é punitiva e sim indutiva, pois devem ser necessárias e adequadas.

A aplicação de medida desnecessária ou inadequada pune o executado que, não tendo bens penhoráveis, também não abre mão das regras protetivas de impenhorabilidade erigidas para garantir-lhe o mínimo existencial, ou seja, é pressionado a abrir mão daquilo que a lei impede que lhe seja tomado à força.

Trata-se, portanto, de sanção punitiva - sem prévia cominação legal - e atinge, não a conduta, mas o agente, já que parte da premissa de que o executado é devedor contumaz.

Claramente, essa pressão visa a dar uma aparência de voluntariedade à indicação de bens impenhoráveis pelo próprio executado, que, na verdade, só age assim por ser a única forma de ver-se livre de um gravame imposto por medida indutiva¹²⁹.

Evidente que o direito pátrio não admite a coexistência de regra protetiva do executado com outra que concede ao juiz poderes para forçar (ainda que de forma indireta) o executado a abrir mão daquela proteção¹³⁰.

No caso em tela, a magistrada fundamentou que a aplicação do artigo 139, IV, do CPC se justifica devido ao exaurimento das vias tradicionais de localização de bens penhoráveis e indícios de ocultação ou dilapidação patrimonial, que, porém, não foi comprovada na decisão.

Sendo assim, partindo do pressuposto que o executado não tem bens penhoráveis, já que foram exauridas as vias tradicionais de localização de bens

¹²⁸ ROCHA, Jorge Bheron; SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de. Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>>. Acesso em: 11.05.2017.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Método, 2016, p.458.

penhoráveis e não há indícios de que oculta ou dissipa bens, as medidas aplicadas não seriam adequadas aos fins a que se destinavam, de levar o executado a cumprir com a obrigação de pagamento, pois serviram apenas para puni-lo pelo inadimplemento.

Aprofundando o exposto, no que tange à suspensão da CNH, o exaurimento infrutífero das buscas de bens penhoráveis, conforme informado na decisão interlocutória de primeiro grau, autoriza concluir que o executado: não é proprietário de veículo; é proprietário, mas o veículo é impenhorável ou é proprietário de veículo penhorável, mas o exequente não teve interesse no bem.

Em qualquer das hipóteses supramencionadas, constata-se que a suspensão da CNH não apresenta justificativa razoável, evidenciando-se, portanto, que o emprego da medida se deu como forma de pressionar o executado a abrir mão de algum bem impenhorável para arcar com o pagamento de seu débito.

Nesse ponto, vale ressaltar que a suspensão da CNH é consequência de infração administrativa regida por legislação específica e só aplicável mediante o devido processo administrativo, com oportunidade de contraditório e ampla defesa¹³¹.

No que diz respeito à retenção do passaporte do executado, mesmo com a existência de comprovação de viagens internacionais durante o infrutífero trâmite da execução, isso, por si só, também não justifica a aplicação de medida executiva atípica, visto que existe a possibilidade de o executado ser agraciado com as despesas de viagem pagas, com presente, sorteio, prêmio, entre outros.

Quanto ao exposto, Rocha, Silva e Sousa¹³² salientam que algumas viagens nacionais possuem custo mais elevado que as internacionais, o que justificaria, então, o magistrado proibir que o executado não frequentasse locais dentro do próprio país a fim de não efetuar gastos que deveriam prover o débito judicial.

¹³¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 72.

¹³² ROCHA, Jorge Bheron; SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de. Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>. Acesso em: 11.05.2017.

Quanto ao cancelamento do cartão de crédito, a magistrada se limita a fundamentar a decisão no fato de que quem não arca com o pagamento de suas dívidas, não deve possuir contrato de cartão de crédito.

Porém, ao determinar o cancelamento dos cartões de crédito do executado com instituição financeira que não participa do processo de execução, a juíza interfere em negócio processual estranho à lide. Não obstante, não há na decisão sinais de que o executado realiza gastos supérfluos e/ou exorbitantes se utilizando de cartão de crédito.

Quanto a isso, Rocha, Silva e Sousa advertem:

(...) é da realidade de parte significativa das pessoas de classe média e média-baixa brasileiras utilizarem o cartão de crédito para pagarem parte das suas despesas ordinárias (v.g. compras de supermercado, remédios etc.). Por isso, privá-las desse recurso creditício pode onerar demasiadamente a ordenação básica de suas vidas, não produzindo qualquer resultado útil para a execução e, pior, gerando ainda mais problemas de inadimplência, ou seja, ao invés de resolver um problema criam-se outros.¹³³

Sendo assim, resta evidente que o cancelamento do cartão de crédito não apresenta adequação ao fim desejado, qual seja, o pagamento ao exequente, mas apenas uma forma de constranger o executado a abrir mão de seus bens impenhoráveis para pagar.

Por fim, Didier, Cunha, Braga e Oliveira defendem que medidas executivas consistentes na retenção de documentos e cancelamento de contratos de crédito não são possíveis e adequadas como forma de pressionar o devedor ao pagamento integral de dívida pecuniária¹³⁴.

Para os autores, não há uma relação de meio e fim entre as medidas restritivas de direito e o objeto que se busca com a execução, já que tais medidas não

¹³³ ROCHA, Jorge Bheron; SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de. **Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>>. Acesso em: 11.05.2017.

¹³⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 115-116.

são capazes de gerar o pagamento da quantia devida ao exequente, uma vez que apenas punem o executado¹³⁵.

Afirmam ainda:

Ainda que adequadas fossem, a retenção da CNH e do passaporte no corte de fornecimento de água não parecem ser medidas necessárias (no sentido de exigíveis), uma vez que outras medidas podem, em tese, ser utilizadas sem causar igual gravame ao executado – como, por exemplo, a simples restrição do uso de cartões de crédito. A retenção de documentos pessoais é medida que termina por restringir a liberdade de ir e vir do executado, mostrando-se, a princípio, não-razoável, por ir de encontro ao dever de equivalência, e desproporcional, por restringir demais o direito à liberdade em favor do direito de crédito pecuniário do exequente.¹³⁶

Concluindo, nota-se que é possível considerar que o emprego das medidas atípicas no caso estudado se mostrou inadequado à realização dos fins a que se prestam, constituindo apenas formas de punir o executado pelo inadimplemento em detrimento a direitos fundamentais.

6.2 Argumentos favoráveis.

Favoravelmente à decisão *in casu*, tem-se que, se o direito de ir e vir encontra matriz constitucional, listado no rol dos direitos fundamentais, tal como o direito de propriedade, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, não há como subsistir o argumento de impossibilidade de ser apreendido o passaporte, suspensa a CNH e cancelados os cartões de crédito somente pela justificativa de se promover uma restrição a um direito constitucional. Veja-se que, contraposta ao direito de ir e vir, está a pretensão de satisfazer-se uma obrigação pecuniária, que, em última análise, encontra guarida também em direito fundamental, isto é, o direito constitucional de propriedade.

Nesse sentido, não é possível afirmar que, dentre as medidas coercitivas para satisfações de prestações pecuniárias não poderiam estar a suspensão da CNH, o cancelamento de cartões de crédito ou a apreensão do passaporte, haja vista estarem em confronto dois direitos fundamentais: o de ir e vir e o de propriedade. Vale expor também o entendimento de Gajardoni, para quem, do art. 139, IV, do CPC podem ser

¹³⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p 115-116.

¹³⁶ *Ibidem*.

extraídas a adoção de medidas coercitivas até então não usuais para devedores de prestações pecuniárias:

Ilustrativamente, não efetuado o pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito, e superados os expedientes tradicionais de adimplemento (penhora de dinheiro e bens), seria lícito o estabelecimento da medida coercitiva/indutiva de suspensão do direito a conduzir veículo automotor até pagamento do débito (inclusive com apreensão da CNH do devedor); não efetuado pagamento de verbas salariais devidas a funcionários da empresa, possível o estabelecimento de vedação à contratação de novos funcionários até que seja saldada a dívida; não efetuado o pagamento de financiamento bancário na forma e no prazo avençados, possível, até que se tenha a quitação, que se obstem novos financiamentos, ou mesmo a participação do devedor em licitações (como de ordinário já acontece com pessoas jurídicas em débito tributário com o Poder Público), etc.¹³⁷

Diante do exposto, para Neves¹³⁸, a possibilidade de retenção do passaporte do devedor, limitando dessa forma, ainda que somente de forma parcial, seu direito de ir e vir, é uma medida executiva que não viola o princípio da dignidade humana, uma vez que obriga, por exemplo, o devedor a economizar e conseguir arcar com as obrigações de pagamento.

Da mesma forma, a suspensão da CNH do devedor não contraria princípio constitucional, pois o direito de ir e vir não resta totalmente limitado, uma vez que tal medida não impede que o devedor continue a frequentar os locais aos quais está habituado, somente não irá dirigindo, mas poderá usar outros meios de transporte, o que obviamente não fere a sua dignidade¹³⁹.

O mesmo se diz ainda com relação à medida executiva de impedimento de utilização de cartão de crédito, que se trata apenas de um inequívoco incômodo no dia a dia do devedor, mas sem violar a dignidade da pessoa humana, posto que apenas o impede de contrair novas dívidas. E ainda, cria um paradoxo de que, se o devedor tem

¹³⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia certa. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia> >. Acesso em: 18.05.2017.

¹³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - Art. 139, IV, do NOVO CPC. **Revista de Processo - vol. 265/2017**. p. 107 - 150. Mar/2017. DTR\2017\417.

¹³⁹ *Idem*.

pecúnia para arcar com as faturas do cartão de crédito, não justifica seu credor não receber pelo menos o mínimo do que lhe é devido¹⁴⁰.

Sendo assim, Neves defende que:

(...) as medidas executivas coercitivas atípicas podem limitar direitos fundamentais do devedor quando úteis, adequadas e eficazes para a tutela do direito fundamental do credor de receber a tutela jurisdicional executiva. A adoção de meios executivos visando a satisfação do direito, entretanto, não deve impor restrições excessivas ao exercício de direitos fundamentais do devedor.¹⁴¹

Vale ainda demonstrar trechos do voto vencido da Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti no HC número 2183713-85.2016.8.26.0000 (TJSP):

Tenho que o dispositivo mencionado permite a adoção das medidas postuladas pela exequente. Dizer o contrário significaria restringir a eficácia e o propósito da norma, chancelando condutas ilícitas e contrárias ao direito. A aludida “crise” da execução pode ser solvida sem que haja abuso ou arbitrariedade, intolerável supor que as partes se valham do Poder Judiciário para protelar débitos contraídos.

O objetivo do novel dispositivo não é impor penas ou restringir direitos, não sendo intenção do Judiciário suspender indefinidamente o direito de dirigir do executado ou sua liberdade de viajar, mas sim impor uma restrição tão gravosa caso ele não cumpra a determinação, que escolha cumprir sua obrigação e dar fim ao problema. Em outras palavras, mediante as medidas de coerção o Estado procura persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações tão onerosas e inconvenientes que em algum momento seja para ele mais vantajoso cumprir do que permanecer no inadimplemento.

Vejam, a dívida contraída há muito vem sendo protelada pelo executado, esgotados os demais meios adequados de lhe compelir ao pagamento. A necessidade, portanto, está bem delineada já que a frustração dos meios ordinários implica na adoção das medidas atípicas do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. No mesmo sentido, a cassação da Carteira Nacional de Habilitação e do passaporte denotam adequação, inequívoca a eficácia para a consecução do objetivo do dispositivo legal.

Do exposto, nota-se que estamos diante de devedor contumaz, com diversos processos distribuídos, conforme cópias juntadas aos autos. O fato dele não poder dirigir, em absoluto retira o direito de ir e vir de alguém, pois ele pode se locomover, apenas não, dirigindo o próprio carro. E, quanto à apreensão do passaporte, o objetivo é evitar novos

¹⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - Art. 139, IV, do NOVO CPC. **Revista de Processo - vol. 265/2017**. p. 107 - 150. Mar/2017. DTR\2017\417.

¹⁴¹ *Idem*.

gastos, com viagens ao exterior, já que o executado está muitíssimo endividado¹⁴².

E, na mesma esteira, trechos das informações prestadas pela magistrada de 1º grau à instância superior no que diz respeito à decisão recorrida:

A decisão atacada, por exemplo, ao contrário do que pretende fazer crer o impetrante, não atenta contra o direito constitucional de ir e vir do executado. Toda determinação judicial coercitiva ou indutiva certamente implicará em limitação a direitos do devedor. E é exatamente essa a finalidade do artigo 139, inciso IV, do CPC.

Nesse sentido, suspender a carteira de habilitação é medida coercitiva e limita direito do devedor, pois o impede dirigir. Mas argumentar que a limitação fere o direito de ir e vir é absolutamente equivocada. Tal ordem de consideração peca, dentre outras razões, por ignorar a realidade brasileira, em que a maioria da população não tem carro próprio. Estariam todos frustrados em seu direito de ir e vir? Evidente que não.

A aplicação de tal medida é excepcional e deve ser apenas implementada quando o caso concreto revela comportamento ardiloso de quem pode pagar e não o faz; de quem tem bens em seu patrimônio, mas os oculta e ostenta visíveis sinais de riqueza, todos eles absolutamente incompatíveis com o que consta oficialmente de seu patrimônio. Tal medida coercitiva jamais poderia ser aplicada aos devedores que não têm efetivamente como pagar a dívida, pois a sua finalidade é forçar quem pode pagar e não punir o sujeito passivo da relação obrigacional pela falta de bens em seu patrimônio.

Não se aplicou a medida para punir o devedor que não paga, mas como forma de coerção (medida coercitiva), porque todos os elementos dos autos indicam que ele tem como pagar, mas não o faz.

Por essa razão, a decisão não ofende direito essencial individual do devedor¹⁴³.

A magistrada de 1º grau salienta ainda que as garantias constitucionais do devedor devem se amoldar às garantias constitucionais do credor, haja vista ser este também proprietário, de um crédito, tendo ainda o direito constitucional à efetividade da tutela jurisdicional e à razoável duração do processo¹⁴⁴.

¹⁴² TJ-SP – Voto nº 18653 - HC 2183713-85.2016.8.26.0000. Data de Julgamento: 29/03/2017, 30ª Câmara de Direito Privado.

¹⁴³ TJ-SP – DECISÃO 4001386-13.2013.8.26.0011. REF: HABEAS CORPUS Nº 218371-85.2016.8.26.0000. - OFÍCIO Nº 220/16 - MOR.

¹⁴⁴ *Idem*.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, verificou-se que ao instituir o poder geral de efetivação das decisões judiciais, o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil concebeu a aproximação do Direito Processual Civil ao contexto indissociável das regras e princípios da Constituição Federal, motivo pelo qual o processo de execução deve ser analisado sob a égide dos princípios constitucionais e em consonância com os direitos fundamentais.

Entretanto, como visto, o princípio da atipicidade das medidas executivas com o intuito de garantir a efetividade da tutela jurisdicional executiva por vezes colide direitos fundamentais importantes, motivo pelo qual se deve ponderar que em um Estado Democrático de Direito, não há direito ou garantia constitucional de natureza absoluta, sendo possível, assim, que eventual colisão entre direitos fundamentais importe na relativização, no caso concreto, daquele que for considerado de menor importância.

Nesse sentido é que o artigo 139, IV, do CPC, de maneira ampla, permite ao julgador valer-se de medidas atípicas para a efetivação da tutela jurisdicional executiva e, partindo do pressuposto que não poder dar ensejo à restrição unilateral de direitos individuais para que seja obtida a satisfação de pretensões pecuniárias, faz tornar necessário o estabelecimento de critérios objetivos para a adoção das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias previstas no dispositivo legal, visando assegurar sua constitucionalidade e efetividade.

Nesse diapasão, além da demonstração da necessidade da influência constitucional no âmbito da profissão de decisões, foram expostos no presente trabalho os princípios que devem reger a tutela jurisdicional executiva, entendendo-se que tanto os direitos do executado, quanto os do exequente devem ser efetivados.

Por consequência, por ser norma fundamental, a proporcionalidade deve ser aplicada como critério pelo magistrado em todas as oportunidades que lhe couber impor medidas em que a lei abrir margem à sua análise discricionária, como norma aberta. Especialmente quando da aplicação do poder geral de efetivação das decisões

judiciais, tal máxima deve ser cautelosamente considerada, a fim de não se tornar ineficaz ou desproporcional, o que frustraria os objetivos da tutela jurisdicional.

Ademais, as medidas executivas típicas devem prevalecer sobre as atípicas, justificando a aplicação destas apenas quando esgotados os meios típicos previstos em lei e a percepção de que o executado, agindo de maneira desleal impede a satisfação do credor.

Portanto, ao utilizar-se do poder geral de efetivação do artigo 139, IV, do CPC, o magistrado deve considerar, quando da análise do caso concreto, o esgotamento das medidas típicas, o histórico das atitudes do executado, bem como a necessidade e adequação da possível medida atípica.

Pois bem. Na esteira desse pensamento, destacou-se a decisão interlocutória proferida nos autos de execução número 4001386-13.2013.8.26.0011 do TJSP, na qual utilizando-se do dispositivo legal estudado neste trabalho, a juíza determinou a supressão de alguns direitos do executado para forçá-lo a cumprir com a obrigação objeto da demanda judicial.

Para tanto, foram analisadas correntes doutrinárias favoráveis e contrárias à decisão da magistrada, sendo que os argumentos contrários amparam-se na impossibilidade de uma medida coercitiva violar o direito de ir e vir do executado, uma vez que deve recair apenas sob o seu patrimônio e não sobre sua pessoa, em contrapartida aos argumentos favoráveis, de que a medida não afeta à pessoa do executado, nem restringe-lhe direitos fundamentais quando se considera o direito de propriedade do exequente ao possuir um crédito que deve ser saldado.

Vale ressaltar ainda que a decisão peca na adequação, uma vez que não há expressa previsão legal para as punições aplicadas, e de maneira conjunta, que, podem coagir, mas não deixarem de ser retribuição, já que não tem o condão de satisfazer o débito e não estão diretamente ligada à conduta.

Além disso, além da constrição ao direito fundamental de ir e vir, há restrição desproporcional, na medida em que não exauridos outros meios; inadequada, pois não há relação direta entre os meios e o resultado pretendido; e com caráter punitivo explícito na decisão, que dá o tom de um castigo, e não de mecanismo para forçar o cumprimento.

Desse modo, chegou-se à conclusão de que é possível estabelecer critérios e requisitos para a aplicação do artigo 139, IV, do CPC, principalmente nas obrigações de pagar quantia certa, com o intuito de se resguardar, de forma igualitária os direitos e garantias do exequente e do executado.

Portanto, as medidas atípicas, quando aplicadas no âmbito da execução devem ser regidas pela proporcionalidade e razoabilidade, além de adequadas ao caso concreto e necessária a conciliar os interesses contrapostos. A aplicação das medidas atípicas, tal como toda decisão judicial, deve ser fundamentada e em respeito ao contraditório, salientando-se que não pode constituir-se em um ilícito e nem ter caráter punitivo ao executado, pois são medidas indutivas e não sancionatórias.

Por fim, a atuação do juiz ante a aplicação do artigo 139, IV, do CPC, deve estar constrangida pela participação ativa das partes, não só com o contraditório, como também com sua autonomia para os negócios jurídicos processuais; bem como pela Constituição, lei, jurisprudência, a dogmática jurídica processual e a Teoria do Direito, controláveis no amplo dever de fundamentação judicial, estabelecendo os limites indisponíveis dessas medidas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Los derechos fudamentales em el estado constitucional democrático. Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal (introduccion).** 2^a ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.

ALVES, Lucélia de Sena; RETES, Tiago Augusto Leite. O poder geral de efetivação das decisões judiciais na execução de pagar quantia certa: uma análise crítica acerca do art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil. XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba. Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/6p264t76/33nw90ltews90jqg.pdf>>. Acesso em: 12.05.2017.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil.** 17^a ed. São Paulo: RT, 2017.

ARANDA, Alexandre Lundgren Rodrigues. Dos princípios do processo executivo. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dos-principios-do-processo-executivo,47755.html>>. Acesso em: 20-06-2017.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução.** 11^a ed. São Paulo: RT, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa.** Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

BRASIL, **Código Civil**, 2002.

BRASIL, **Código de Processo Civil**, 1973.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

CARVALHO, Fabiano Aita. Execução da multa (astreintes) prevista no art. 461 do CPC. **Revista de Processo**, vol. 114/2004, p. 03, Mar - Abr/2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8ª ed. São Paulo. Malheiros: 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil – Vol. IX**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia certa. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia> >. Acesso em: 18.05.2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Método, 2016.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 4ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução, vol. 1**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção ao credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2002.

Informativo 532/STJ, 1.^a Seção, **REsp 1.069.810-RS**, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.10.2013.

LOPES, João Batista. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 1**. São Paulo: Atlas, 2005.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Execução**. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil Volume 1 – Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, vol. 247/2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 8^a ed. Salvador: JusPodivm. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - Art. 139, IV, do NOVO CPC. **Revista de Processo - vol. 265/2017**. p. 107 - 150. Mar/2017. DTR\2017\417.

NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro? Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/sensoincomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 14.05.2017.

ROCHA, Jorge Bheron; SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de. Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>>. Acesso em: 11.05.2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil - Volume 5**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,510450+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Aprensao+de+passaporte>>. Acesso em: 20.04.2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STJ. **REsp 1.230.174/PR**, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, DJe 13.12.2012.

STJ. **REsp 1.337.790/PR**, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12.06.2013, DJe 7.10.2013.

TALAMINI, Eduardo. Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso whatsapp. **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 0/2016, p. 05, Jan - Mar / 2016.

TARTUCE, Fernanda. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/noticias/6096/O+po%C3%AAmico+inciso+IV+do+artigo+139+do+CPC\(LGL\2015\1656\)+e+suas+difusas+interpret%C3%A7%C3%B5es](http://www.ibdfam.org.br/noticias/6096/O+po%C3%AAmico+inciso+IV+do+artigo+139+do+CPC(LGL\2015\1656)+e+suas+difusas+interpret%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 15.05.2017.

TJ-SP – DECISÃO 4001386-13.2013.8.26.0011. REF: HABEAS CORPUS Nº 218371-85.2016.8.26.0000. - **OFÍCIO Nº 220/16** - MOR.

TJ-SP – **DECISÃO 4001386-13.2013.8.26.0011**. Relação: 0337/2016. Data da Disponibilização: 29/08/2016. Data da Publicação: 30/08/2016.

TJ-SP – **HC 2183713-85.2016.8.26.0000**. Data de Julgamento: 29/03/2017, 30ª Câmara de Direito Privado.

TJ-SP – **Voto nº 18653 - HC 2183713-85.2016.8.26.0000**. Data de Julgamento: 29/03/2017, 30ª Câmara de Direito Privado.

WALDRAFF, Célio Horst. Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94739/2016_waldruff_celio_poderes_mandamentais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13.05.2017.