



ABRANGÊNCIA E APLICAÇÃO DOS MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Ricardo Migliorini MUSTAFÁ FILHO¹
Bernardo Fernandes Santos NARDO²

RESUMO: O trabalho pretende, em vista da consagração da atipicidade das medidas executivas pelo CPC/15, estabelecer critérios objetivos para fixação dessas medidas, de forma a evitar uma atuação jurisdicional desregrada e abusiva que pode, de um lado, mitigar excessivamente os direitos fundamentais da parte executada em prol da efetividade da tutela executiva e, de outro, supervalorizar o princípio da dignidade da pessoa humana, à revelia do adimplemento da obrigação executada. Por meio do emprego correto dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, somados a outros requisitos gerais, amoldam-se as medidas atípicas a uma atuação jurisdicional legítima e diretamente ligada a um processo civil finalisticamente adequado.

Palavras-chave: Execução. Meios Atípicos. Proporcionalidade. Razoabilidade. Efetividade.

1 INTRODUÇÃO

O CPC trouxe importante inovação no campo das medidas executivas, atribuindo ao juiz a possibilidade de determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, superando a ideia de vinculação absoluta à lei por meio da instituição de um cenário executivo mais dinâmico, com maior ênfase no poder criativo do juiz.

A inovação legislativa buscou, por meio da possibilidade de emprego de medidas executivas atípicas, restaurar a eficácia da tutela executiva, autorizando

¹ Discente do 10º termo do curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP, onde é pesquisador bolsista do grupo de iniciação científica "Constitucionalismos e Direitos Fundamentais". E-mail: ricammf@gmail.com.

² Discente do 10º termo do curso de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP. E-mail: bernardo_fsn@outlook.com.

a adoção de quaisquer meios necessários para se atingir a obediência da ordem judicial.

Todavia, não se pode afirmar que essa disposição possui alcance ilimitado, sendo necessário o emprego de critérios e técnicas que a compatibilize com uma interpretação ampla dos direitos processuais e constitucionais fundamentais de ambas as partes.

Pelo presente trabalho, foi realizada uma análise da extensão e aplicabilidade desses meios executivos atípicos, exaltados principalmente pelos artigos 139, IV, e 536, § 1º, do CPC. A pesquisa deu enfoque principal aos critérios que devem ser empregados pelo juiz na fixação da medida, de modo que a atividade estatal não se converta em verdadeira imposição arbitrária abusiva, estabelecendo limites para que o emprego das medidas atípicas se compatibilize com os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Para tanto, a partir de noções gerais de direito constitucional e processual e da metodologia dedutiva, entendeu-se ser indispensável a observância de duas categorias de requisitos. Uma delas, ligada às medidas atípicas de forma geral, pode ser consubstanciada na subsidiariedade da medida, na ausência de caráter punitivo, na indispensabilidade de uma fundamentação aprofundada da decisão e no respeito ao contraditório. A segunda categoria, e mais complexa, mostrou-se como sendo fundamental para integrar o raciocínio jurídico voltado à fixação da medida atípica específica em um caso concreto, tratando-se do emprego dos postulados normativos da proporcionalidade e razoabilidade, e como podem ser utilizados para solucionar o conflito entre os direitos fundamentais das partes.

2 DA TIPICIDADE À ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

O princípio do devido processo legal, enxergado como fundamento que exige a “realização de um estado ideal de protetividade de direitos”,³ possui aplicação que varia de acordo com a evolução do direito processual, haja vista as diferentes formas de se entender um processo como devido assumidas durante a

³ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”?. **Revista de Processo**, vol. 163, p. 50-59, 2008.

história. Uma vez, então, ciente da historicidade desse princípio, pode-se dizer que “a construção do processo devido é obra eternamente em progresso”.⁴

Nesse afã, consagrava-se, na sistemática do Código Buzaid, o princípio da tipicidade dos meios executivos, cujo escopo era garantir a previsão dos meios de execução, para que a parte não fosse alvo de arbítrio do órgão jurisdicional durante a execução.⁵ Dessa maneira, o Direito limitava o magistrado, que, no desempenho de atividade executiva, somente podia valer-se dos meios previstos na legislação,⁶ refletindo-se, com isso, os valores de processo devido do liberalismo clássico, calcado na “necessidade de impedir a interferência estatal na esfera jurídica dos indivíduos”.⁷ Por conseguinte, uma ótica não intervencionista foi privilegiada, mormente quando prestada tutela executiva, “a modalidade de tutela que mais amedrontava a sociedade existente em um estado liberal, pois representava um permissivo legal de invasão”.⁸

Contudo, as inúmeras relações sociais que podem ser submetidas ao Judiciário demonstraram a dificuldade do legislador em prever todas as particularidades merecedoras de tutela executiva, razão pela qual preordenar os meios de execução é tarefa impossível.⁹ A premissa de que as várias situações de direito material podem ser igualizadas provou-se falsa, além de ignorar uma função judicial cada vez mais conectada com a lide.¹⁰

Vislumbrou-se, conseqüentemente, a insuficiência da sistemática anterior, baseada, em virtude da noção de intangibilidade da vontade humana, em meios típicos sub-rogatórios, enquanto que muitos direitos infungíveis revelaram a exigência de meios coercitivos não previstos em lei, como a multa.¹¹ Ainda, o atual formato constitucional, de nítida expressão social e, portanto, mais intervencionista, influenciou igualmente o direito processual, fazendo surgir diversas modificações no

⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017, p. 75 e 77.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**, vol. 127, p. 54-74, 2005.

⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: execução. 10 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 101.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**, vol. 127, p. 54-74, 2005.

⁸ ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 22.

⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**, vol. 127, p. 54-74, 2005.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**, vol. 127, p. 54-74, 2005.

CPC/73,¹² e a atipicidade dos meios executivos passou a figurar na execução de obrigações da fazer, não fazer e dar coisa diversa de dinheiro, através do chamado poder geral de efetivação.¹³

No mesmo sentido, sobre a égide do Estado democrático, o direito processual se reorganizou em função de suas finalidades e metas, distanciando-se de uma previsão exaustiva da sequência inflexível de atos do juiz.¹⁴ Destarte, o processo justo deixa de ser um processo sempre submetido ao *rule of law*, mas se assume como um processo “finalisticamente adequado e discricionário”,¹⁵ a fim de melhor atuar no caso concreto.

Emerge, nesse contexto, o atual Código de Processo Civil, com o claro objetivo de cumprir a efetividade, o “maior desígnio do processo moderno”,¹⁶ de modo que uma prestação jurisdicional célere e efetiva mostra-se, hoje, como uma das principais facetas de um processo devido. Assim sendo, do juiz reclama-se uma atuação mais participativa, comprometida com a entrega de uma tutela em tempo razoável¹⁷ e distante do formalismo exagerado.

Inspirado em tais ideais, o Código contemporâneo, concretizando a noção da atipicidade, consagra a cláusula geral de execução, da qual o órgão jurisdicional poderá, diante do caso, utilizar o meio mais adequado para prestar, justa e efetivamente, a tutela executiva.¹⁸ Nesse diapasão, o artigo 139, IV, do CPC possibilita ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. O texto legal, apesar de pouco técnico – uma vez que “medidas mandamentais, indutivas e coercitivas são, rigorosamente, a mesma coisa”¹⁹ –, deixa claro que os meios atípicos podem ser usados nas modalidades de sub-rogação e de coerção. Ainda, a atipicidade é prevista como regra específica do cumprimento de sentença de

¹² ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 23.

¹³ DIDIER JR., Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Revista de Processo**, vol. 118, p. 9-28, 2004.

¹⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. **Revista de Processo**, vol. 121, p. 275-301, 2005.

¹⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. **Revista de Processo**, vol. 121, p. 275-301, 2005.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 30 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 22.

¹⁷ ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 61.

¹⁸ ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 61.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução**. 10 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 103.

obrigação de fazer e não fazer, consoante artigo 536, §1º, do CPC, bem como possui aplicação às tutelas provisórias, haja vista a previsão do artigo 297 do CPC.

Portanto, é inegável, embora anunciada, a mudança de paradigma instituída progressivamente pelo legislador. Tem-se, hoje, cláusula geral, cuja circunstância fática de incidência é, por decorrência, vaga, motivo pelo qual o efeito jurídico será indeterminado, reforçando sobremaneira o poder criativo do juiz e a perseguição da justiça do caso concreto.²⁰ Surge, assim, campo fértil para divergências, inclusive jurisprudenciais, acerca dos limites dos meios atípicos, que devem ser compatibilizados, de um lado, com cada uma das modalidades de execução e, de outro, com os princípios constitucionais, como a segurança jurídica e a eficiência.²¹

Dessa maneira, a abrangência de tais disposições impacta de forma direta a realidade dos jurisdicionados, porquanto a atividade executiva busca notadamente a realização do direito no mundo dos fatos. A interpretação e aplicação da nova sistemática devem ser cuidadosas, para que uma análise utilitarista de busca por resultados não despreze os direitos de envergadura constitucional do executado,²² sem, contudo, esquecer-se de que, em sentido oposto, o exequente possui direito fundamental à execução.²³

3 OS LIMITES DE UMA ATUAÇÃO JURISDICIONAL LEGÍTIMA NA APLICAÇÃO DOS MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS

Conforme sustentado, o CPC disciplina os meios executivos atípicos por meio de cláusulas gerais de efeito jurídico indeterminado, restando ao campo jurisprudencial a tarefa de delimitar os desdobramentos definitivos da norma legal. Desse modo, a aplicação reiterada de um precedente judicial é o único elemento objetivo apto a conferir especificidade aos meios atípicos de execução cabíveis em

²⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução**. 10 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 104-105.

²¹ TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. **Revista de Processo**, vol. 284, p. 139-184, 2018.

²² FREIRE, Alexandre et al. Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz – arts. 139 a 143. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 224, 2017.

²³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução**. 10 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 68.

determinado contexto fático.²⁴ Essa ausência de objetividade, embora, por um lado, amolde-se a uma nova faceta primariamente finalística do processo civil, tende, por outro, a tolher significativamente a aplicabilidade dos meios executivos atípicos. A seu turno, o legislador, ao disciplinar de forma detalhada medidas executivas, enfrenta antecipadamente o conflito principiológico existente em relação às garantias do exequente e executado, entregando ao julgador o produto desse sopesamento.²⁵

No entanto, em se tratando dos meios executivos atípicos, é mais efetivo, além de melhor atender aos anseios do processualismo moderno, entregar ao juiz a tarefa de balancear os princípios em colisão e determinar o cabimento de medida específica ao caso concreto. Assim, imperiosa a conclusão de que o tema é delicado, principalmente diante da possibilidade de restrição de direitos do executado e de sua responsabilização pessoal, em detrimento do princípio da patrimonialidade.²⁶

Pode-se citar, como exemplo da delicadeza do tema, a ADI/5941, que sustenta a inconstitucionalidade de algumas medidas atípicas em espécie, especificadamente apreensão de carteira nacional de habilitação e suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e proibição de participação em licitação pública, ressaltando a impossibilidade de supressão da liberdade de locomoção, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal na execução.

De fato, não pode o juiz agir com arbitrariedade, suprimindo direitos fundamentais de maneira indistinta sob o manto de satisfação do direito exequendo. Para se obter o equilíbrio entre os princípios colidentes na aplicação de uma medida executiva atípica, faz-se indispensável o estabelecimento de limites entre a atuação jurisdicional legítima e o excesso arbitrário na busca pela efetividade da tutela executiva.²⁷

²⁴ DIDIER JR., Fredie. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. **Revista de Processo**, vol. 267, p. 227-272, 2017.

²⁵ DOUTOR, Maurício Pereira. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: o recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/2015. **Revista de Processo**, vol. 286, p. 299-324, 2018.

²⁶ 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, p. 107-150, 2017.

²⁷ 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, p. 107-150, 2017.

Tem-se, contudo, que a linha existente entre os dois opostos é tênue, cabendo ao julgador exercer um raciocínio técnico pautado em critérios alicerçados predominantemente em fatores objetivos, o qual será objeto de análise pelo presente trabalho.

3.1 Parâmetros Gerais Necessários Para Emprego Da Medida Atípica

Antes de se esmiuçar o raciocínio jurídico que deve ser empregado na fixação das medidas atípicas em espécie, é necessário ressaltar alguns elementos indispensáveis para que haja um emprego legítimo da medida atípica de forma geral, sem pretender, contudo, exaurir a matéria, em vista da infinitude de pontos passíveis de análise.

Examinam-se assim, alguns dos requisitos mais relevantes à aplicação das medidas executivas atípicas, especialmente sua subsidiariedade, a ausência de caráter punitivo, a indispensabilidade de uma fundamentação aprofundada da decisão e o inafastável respeito ao contraditório.

De início, conquanto haja defensável entendimento contrário,²⁸ é de suma importância destacar o caráter subsidiário das medidas executivas atípicas na execução por quantia certa, porquanto “há um procedimento típico que, em princípio, há de ser observado, e no qual as medidas coercitivas previstas são outras”.²⁹

Ora, referida modalidade de execução foi cuidadosamente pormenorizada pelo CPC, que descreveu de antemão regras historicamente consolidadas acerca do devido processo, ao passo que o inciso IV do artigo 139 não pode ser interpretado de modo a ignorar todo o extenso rol de garantias que o legislador fez questão de priorizar.³⁰ Com isso, preserva-se a interpretação do CPC como um conjunto de normas orgânico e coerente,³¹ somente se permitindo a

²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”? **Revista de Processo**, vol. 281, p. 141-167, 2018.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: volume 3. 52. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 238-239.

³⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: execução. 10 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 109-110.

³¹ Defendendo um postulado interpretativo da unidade do Código: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: Editora JusPoivm, 2017, p. 171.

aplicação de medidas coercitivas não previstas na sistemática da execução quando as medidas ordinárias se mostrarem ineficazes.³²

Todavia, quando a execução recai sobre obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro, a regra é a atipicidade das medidas atípicas, por força do artigo 536, § 1º, do CPC,³³ que traz um rol meramente exemplificativo das medidas que podem ser adotadas. Evidente que o legislador, nessas modalidades executivas, não detalhou nenhuma medida, cabendo ao juiz determinar quaisquer meios necessários à satisfação do exequente, ao contrário da execução por quantia certa, em que as medidas cabíveis são definidas de forma minuciosa.

Ademais, não se pode perder de vista a função das medidas executivas, que não guardam nenhuma relação com o caráter punitivo. Essa premissa possui diversas implicações práticas, dentre elas a limitação da aplicabilidade das medidas somente até a “satisfação da obrigação ou até o juiz notar que elas não cumpriram sua função no caso concreto”³⁴ e a ilegitimidade da medida diante da ausência de real possibilidade de o executado ter condições para satisfazer a obrigação.³⁵

O cuidado deve ser ainda maior quando essas medidas executivas forem de natureza coercitiva, cujo intuito é tão somente forçar o devedor a cumprir a obrigação, e não o punir pelo descumprimento. A exemplo dessa asserção, pode-se citar o artigo 537, § 1º, do CPC, que traz a possibilidade de exclusão da multa em havendo justa causa para o descumprimento pelo executado.³⁶ O legislador não traria tal disposição se a medida transpassasse seu caráter coercitivo e passasse a valer como sanção.

Ainda, necessário ressaltar que é primordial o cumprimento do dever de fundamentação da decisão na fixação da medida executiva atípica, sendo indispensável que o julgador demonstre o raciocínio desenvolvido, evitando recursos

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 3. 52. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 238-239.

³³ DIDIER JR., Fredie. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. **Revista de Processo**, vol. 267, p. 227-272, 2017.

³⁴ 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, p. 107-150, 2017.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: volume 3. 52. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 238-239.

³⁶ 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, p. 107-150, 2017.

de caráter retórico pautados em noções abstratas não expressamente relacionadas com os fatos da causa. Deveras, o dever de fundamentação, que é sempre imposto ao juiz, encontra aqui um recrudescimento, uma vez ser imprescindível que a decisão justifique a medida escolhida através de uma exposição analítica de adequação,³⁷ utilizando-se, para tal, dos postulados normativos da proporcionalidade e razoabilidade.

Por fim, o contraditório, na hipótese de não comprometer a eficácia da medida, deve ser oportunizado ao executado antes da adoção do meio atípico.³⁸ No entanto, o direito nunca pode ser menosprezado, devendo ser exercido ao menos de maneira diferida nas hipóteses em que um contraditório prévio não for possível por comprometer a efetividade do meio executivo utilizado.

3.2 A Razoabilidade e a Proporcionalidade Como Ferramentas Para Dirimir o Conflito Principiológico

Superados os critérios gerais, passa-se à análise do método destinado propriamente à solução do conflito principiológico existente na fixação de uma medida coercitiva atípica específica, sendo esse meio a intervenção dos postulados normativos da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de conferir um norte à atuação jurisdicional que busca valer-se da cláusula geral de execução, independentemente da modalidade.

A proporcionalidade da medida atípica abrange três etapas: primeiro, a medida deve ser adequada a promover o resultado pretendido, ou seja, satisfazer a pretensão executória; segundo, precisa ser verificada a necessidade de emprego daquela medida, observando-se esse critério quando o meio escolhido é o menos restritivo dentre aqueles igualmente eficazes; por último, o fim almejado pela medida estatal deve “superar as desvantagens da intervenção no direito fundamental”.³⁹

³⁷ DOUTOR, Maurício Pereira. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: o recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/2015. **Revista de Processo**, vol. 286, p. 299-324, 2018.

³⁸ DOUTOR, Maurício Pereira. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: o recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/2015. **Revista de Processo**, vol. 286, p. 299-324, 2018.

³⁹ ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves; RODRIGUES, Daniel Colnago. O (b)ônus argumentativo necessário à aplicação das medidas executórias atípicas – notas para um instrumentalismo processual constitucionalmente adequado. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, vol. 18, p. 219-244, 2017.

A razoabilidade, por sua vez, está mais ligada à necessidade da medida, razão pela qual é sempre analisada em conjunto com a segunda exigência da proporcionalidade. Serve como uma espécie de contrapeso, assegurando que a medida executiva “gere o menor sacrifício possível para o executado, não podendo ir além do necessário para alcançar o propósito almejado”.⁴⁰

Por conseguinte, tais postulados, quando integrados a uma fundamentação relacionada com os elementos do caso em concreto, são capazes de limitar uma atuação discricionária do magistrado, sem, por outro lado, deixar de considerar a efetividade e adequação necessárias à satisfação do direito do exequendo. Dessa forma, se atendidos todos os critérios, estaria o juiz fixando medida atípica que se enquadra nos limites de sua atuação jurisdicional, sem que se torne abusiva.

Anote-se que a aplicação desses postulados evita que o juiz imponha medidas que a “sua consciência oferecer como aptas para que se cumpra a obrigação”,⁴¹ hipótese em que incorreria em uma atuação arbitrária. Portanto, a linha de raciocínio elencada, quando aplicada da forma correta pelo juiz, sopesando os conflitos entre princípios e direitos fundamentais das partes, legitima a escolha dos fins,⁴² autorizando uma aplicação fundamentada e justa da medida executiva atípica.

Necessário registrar, todavia, que a medida atípica traz inerentemente uma mitigação no exercício de direitos do devedor, de forma que se deve evitar a “supervalorização do princípio da dignidade da pessoa humana”.⁴³ Isso significa que a medida somente pode ser considerada ilegítima quando, em observância ao raciocínio de aplicação dos postulados normativos, os prejuízos causados ao devedor são mais significativos do que o proveito obtido pelo credor através da tutela executiva – até porque o próprio exequente tem a sua dignidade protegida constitucionalmente.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. **Revista de Processo**, vol. 267, p. 227-272, 2017.

⁴¹ ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves; RODRIGUES, Daniel Colnago. O (b)ônus argumentativo necessário à aplicação das medidas executórias atípicas – notas para um instrumentalismo processual constitucionalmente adequado. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, vol. 18, p. 219-244, 2017.

⁴² AURELLI, Arlete Inês. Medidas executivas atípicas no código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 307, 2020.

⁴³ 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, p. 107-150, 2017.

A visualização dessa situação faz-se mais cristalina com a análise de um caso prático. Para tanto, cita-se, a título de exemplo, a hipótese em que o juiz, após constatar a ineficácia dos meios executivos típicos no caso concreto, pretende fixar a retenção do passaporte do devedor, com o intuito de coagi-lo a cumprir uma obrigação de pagar em execução. Suponha-se que esse devedor esteja habituado a viajar para o exterior com fins de turismo e lazer.

Nesse caso, a medida sem dúvidas incomodaria o devedor, que está habituado a manter um certo patamar de vida luxuoso, vendo-se obrigado a pagar a quantia devida para que possa continuar desfrutando de suas viagens.

Em termos técnicos, a medida se mostra adequada a promover o resultado pretendido (forçar o devedor a realizar o pagamento); o emprego da medida é necessário, e, portanto, razoável, já que os meios típicos falharam, sendo esse o meio executivo mais efetivo e menos restritivo disponível para promover o resultado útil da tutela executiva; e, por fim, a finalidade almejada supera as desvantagens da intervenção no direito fundamental.

Esse último ponto é digno de especial análise, pois, neste caso, o executado se mostrou como sendo um devedor contumaz, ou seja, que se recusa a quitar seus débitos, mesmo diante de determinação judicial. Sendo assim, como as viagens ao exterior tinham finalidade de mero divertimento, a limitação ao direito de ir e vir com a apreensão do passaporte é inferior ao prejuízo sofrido pelo credor com a não satisfação de sua pretensão executória. Assim, o devedor passa a ter um estímulo que realmente o coage psicologicamente a realizar o pagamento da dívida, sem que haja uma limitação abusiva de seus direitos fundamentais, pois existente a relação de razoabilidade e proporcionalidade.

O mesmo não poderia ser dito caso as viagens ao exterior fossem a trabalho, hipótese em que a apreensão do passaporte causaria uma redução no salário do devedor, e inclusive poderia dar causa a sua demissão. Nesse caso, a medida não seria nem mesmo apta a promover o resultado útil, pois a perda do salário auferido pelo devedor diminuiria ainda mais as chances de satisfação do débito, além de importar em significativa e excessiva intervenção na dignidade da pessoa humana.

Igualmente desproporcional e irrazoável seria a apreensão do passaporte de indivíduo que não costuma e não tem condições de viajar para o

exterior. Não por representar restrição excessiva de direito fundamental, mas por não ser medida apta a promover o resultado pretendido.

Destarte, tem-se que a aplicação dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade é extremamente sensível aos elementos do caso em apreço, mas o raciocínio a ser realizado é aquele supra elencado. Cabe ao juiz analisar esses elementos à luz dos critérios objetivos trazidos pelos postulados, de forma a rechaçar o conflito principiológico e aplicar a medida executiva mais indicada a satisfazer a pretensão executiva, amoldando a execução a um processualismo moderno mais finalisticamente adequado.

4 CONCLUSÃO

Embora já houvesse inúmeras modificações no CPC/73 que buscavam o conceito de efetividade, foi no CPC/15 que o legislador trouxe uma cláusula geral de execução. Nesse sentido, o artigo 139, ao elencar os poderes do juiz, aponta em seu inciso IV a possibilidade do órgão jurisdicional se valer de meios executivos atípicos, de modo que o poder criativo e dirigente do processo tomou singular protagonismo.

Outrossim, o conceito de justiça do ideal do liberalismo clássico, cingido a um movimento que repelia as manifestações intervencionistas do Estado-juiz, foi substituído por um modelo de justiça do caso concreto, a fim de que os procedimentos passem a ser cada vez mais adequados às circunstâncias particulares de cada lide.

Nesse contexto, a consagração de uma cláusula geral – que é, portanto, vaga e traduz efeitos jurídicos indeterminados – depende de um equilíbrio interpretativo, com o objetivo de evitar, a um extremo, uma visão utilitarista de efetividade que viole os direitos mais fundamentais do executado e, de outro, o esvaziamento de seu escopo, relacionado a um dos principais anseios do processualismo constitucional moderno e ao direito à satisfação do direito.

Com vistas, por conseguinte, à garantia de um processo devido, formularam-se alguns pontos a serem observados pelo juiz no emprego de uma medida executória atípica:

i) na execução por quantia certa, é imperioso o esgotamento do meio típico, ou seja, o procedimento detalhado pelo CPC deve ser seguido; se houver

insuficiência na satisfação do direito do exequente, fica autorizado o juiz a usar medidas atípicas;

ii) nas execuções de obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro, a atipicidade das medidas é a regra, por expressa opção legislativa;

iii) o caráter punitivo da medida deve ser completamente afastado, razão pela qual a medida atípica somente poderá ser utilizada se existir real possibilidade de, através delas, haver adimplemento;

iv) o dever de fundamentação das decisões judiciais, embora presente em quaisquer julgamentos, é intensificado na adoção de medidas executivas atípicas, exigindo-se uma exposição analítica de fatos, provas e fundamentos autorizadores do uso de determinado meio atípico sobre o respectivo caso em concreto;

v) o contraditório deve ser sempre oportunizado, mesmo que de forma diferida, como quando comprometer a eficácia da medida;

vi) aos conflitos entre direitos fundamentais do exequente e do executado devem ser aplicados os postulados normativos da: a) proporcionalidade, relacionado com a necessidade da medida frente ao resultado pretendido; e b) razoabilidade, cujo objetivo é garantir que o executado sofra o menor sacrifício possível.

Acredita-se que, a partir de tais critérios, o exercício da atividade executiva pelo magistrado estará revestido de legitimidade democrática, efetividade processual e respeito aos direitos fundamentais de ambos os lados.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves; RODRIGUES, Daniel Colnago. O (b)ônus argumentativo necessário à aplicação das medidas executórias atípicas – notas para um instrumentalismo processual constitucionalmente adequado. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, vol. 18, p. 219-244, 2017.

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

AURELLI, Arlete Inês. Medidas executivas atípicas no código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 307, 2020.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, vol. 163, p. 50-59, 2008.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. **Revista de Processo**, vol. 121, p. 275-301, 2005.

DIDIER JR., Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Revista de Processo**, vol. 118, p. 9-28, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. **Revista de Processo**, vol. 267, p. 227-272, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução**. 10 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

DOUTOR, Maurício Pereira. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: o recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/2015. **Revista de Processo**, vol. 286, p. 299-324, 2018.

FREIRE, Alexandre et al. Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz – arts. 139 a 143. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 224, 2017.

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

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**, vol. 127, p. 54-74, 2005.

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, p. 107-150, 2017.

TALAMINI, Eduardo. Poder geral de adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias nas diferentes espécies de execução. **Revista de Processo**, vol. 284, p. 139-184, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: volume 3**. 52. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 30 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.