

Marcos Youji Minami

DA VEDAÇÃO AO *NON FACTIBILE*

**Uma introdução às medidas
executivas atípicas**

3.^a edição

revista, atualizada
e ampliada

2024

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

6. PREMISSAS CONCEITUAIS

6.1 Dos meios executivos

A função jurisdicional executiva, como visto acima, possui como escopo a entrega de uma prestação¹. Por isso, alguns estabelecem como “nota comum” dos atos ou meios executivos² o fato de causarem invasão na esfera jurídica do executado³.

Pode-se conceituar *meio* como plano, método ou expedientes adotados para se chegar a determinado fim⁴. No contexto da execução, o objetivo é justamente a realização da prestação constante no título executivo. Por isso, os meios executivos também serão aqui chamados de medidas de efetivação, correspondendo aos expedientes ou às providências necessárias para o atingimento da meta executiva⁵.

-
1. Nas palavras de Araken de Assis: “a necessidade de transformação do mundo físico é a matriz da função jurisdicional executiva” (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, volume IV: manual de execução*/ Livro Eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, §2º, tópico 4).
 2. Segundo Araken de Assis, a noção de meio executório desenvolveu-se na Alemanha (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, volume IV: manual de execução*/ Livro Eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, §5º). Um dos trabalhos citados por Araken foi consultado e data de 1868 (*Das Deutsche Civilprozessrecht* de Wilhelm Endemann) e merece aqui referência, pois seu autor explica que, com o objetivo de conferir uma importância real às taxas e despesas que ocorrem no processo, este deveria estar equipado com meios de coerção. ENDEMANN, Wilhelm. *Das Deutsche Civilprozessrecht*. Heidelberg: Verlag von Bangel & Schmitt, 1868, p. 453. É a única referência encontrada nesta pesquisa relacionando a necessidade de meios coercitivos para justificar, entre outras coisas, os custos do processo. Os escritos de Endemann salientam ainda que os meios coercitivos são característicos de procedimentos realizados perante tribunais.
 3. ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, volume IV: manual de execução*/ Livro Eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, cit., §5º, tópico 19.
 4. Michaelis, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, versão eletrônica.
 5. Nas palavras de Araken de Assis: “mantida rigorosa fidelidade ao objetivo de qualquer execução, consistente na satisfação do exequente, os atos executivos encadeiam-se

Os exemplos são os mais diversos. A indicação de um bem para penhora, a permissão de acesso a determinado lugar para que se avalie se há ou não bens que possam ser usados na satisfação da dívida, a venda de bens pelo Estado ou o bloqueio de valores depositados em bancos, a abertura de um cofre, a cominação de multa para coagir alguém a realizar uma prestação, a indicação de um endereço para realizar determinada busca e apreensão ou para que lá se impeça determinado fato de ocorrer, o auxílio no cumprimento de uma ordem como, por exemplo, explicar aos agentes estatais onde se localiza e como se faz o desligamento de um maquinário que está poluindo determinado rio.

As medidas de efetivação possuem finalidades bem delimitadas e que se confundem por vezes com o objetivo da própria execução. Esses fins foram descritos com precisão por Araken de Assis: “(a) eliminar os efeitos da infração a algum direito, o que se consumaria na entrega ao exequente da mesma utilidade lesionada, reconstituindo, portanto, a feição originária do respectivo direito; (b) impedir a própria infração do direito e a repetição do ato lesivo”⁶. No que concerne à prestação a ser realizada, ela pode ser: “(a) coisa certa ou determinada (*corpus*); (b) soma em dinheiro, ou uma quantidade de coisas em dinheiro passíveis de conversão (*genus*); e, finalmente, (c) atividade ou uma abstenção do executado (*facere e non facere*)”⁷.

Para chegar aos fins acima, três caminhos são possíveis. Ou o Estado-juiz realiza as ações necessárias à realização da prestação devida⁸ ou coage o executado, ou um terceiro a diligenciar nesse sentido⁹ ou ocorre uma

articulam-se em grandes operações, chamadas de meios executórios” ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, volume IV: manual de execução*/ Livro Eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, §5º, tópico 19.

6. ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, volume IV: manual de execução*, §5º, tópico 19.
7. ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, volume IV: manual de execução*, §5º, tópico 19. Era muito comum a referência das prestações pelos seus equivalentes em latim. Alguns doutrinadores ainda mantêm isso. As prestações de fazer ou não fazer também eram identificadas por *faciendi vel non*. FRAGA, Affonso. *Theoria e pratica na execução das sentenças*. São Paulo: C. Teixeira & C. Editores, 1922, p. 256.
8. Nas execuções por quantia isso é bem visível. A penhora é ato realizado por agente estatal e compreende duas ações: apreensão e depósito (art. 839, CPC/2015). A apreensão ocorre, na maioria das vezes, mediante uso de força estatal. Apenas excepcionalmente o devedor torna-se depositário do bem (art. 840, §2º, CPC/2015). A expropriação, seja pela adjudicação – entrega do bem diretamente ao credor ou a alguém indicado pela lei – seja pela alienação, normalmente ocorre sem a participação do devedor ou responsável.
9. Aqui, por exemplo, a medida pode consistir na ameaça de multa, caso persista o inadimplemento, ou no oferecimento de um prêmio, caso o devedor cumpra a prestação.

combinação de ações e técnicas, mesclando iniciativas, ora pelo Estado, ora pelo executado ou terceiro¹⁰.

A depender do tipo de providência a ser adotada, a execução será classificada como direta ou indireta. É o que se verá a seguir.

6.2 Execução direta e execução indireta

Já se classificou, no Brasil, a execução direta ou indireta a partir do objeto da execução. Observa-se isso nas lições de Affonso Fraga: “quanto ao seu objecto a execução é directa ou indirecta; aquella tem lugar quando recahe directamente sobre a coisa que constituiu objecto da acção ou do titulo provido de força executiva, esta quanto versa sobre prestação diversa da ajuizada”¹¹. Mas essas acepções deixaram de vingar. Atualmente, o que Affonso Fraga tratava como execução direta é conhecido como execução para entrega da tutela específica – o que deve ser a regra –, enquanto a execução indireta daquela época corresponde à atual execução pela tutela do equivalente. A menção ao clássico é válida para demonstrar a importância conferida à tutela específica a merecer a alcunha de “direta”.

Doutrina moderna costuma diferenciar as execuções direta e indireta¹² do seguinte modo: “a execução direta se dá através de meios executivos que

-
10. Por exemplo: o juiz determina que o devedor apresente o bem a ser penhorado, sob pena de multa, e o Estado, posteriormente, realiza a alienação do bem. Sobre a conjugação de ambos os métodos Talamini escreveu: “aliás, e em face da absoluta preferência pelo resultado específico, a conjugação de ambos, sempre que viável, é uma imposição”. TALAMINI, Eduardo. “Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas Executivas atípicas!* Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 36.
 11. FRAGA, Affonso. *Theoria e pratica na execução das sentenças*. São Paulo: C. Teixeira & C. Editores, 1922, p. 69. Na época da vigência das Ordenações Filipinas no Brasil, eram três as formas de execução admitidas. Em matéria civil ou comercial, havia a execução direta e “pignoris capio” e em matéria comercial, quando da pluralidade de credores, tínhamos a “distractio bonorum” (FRAGA, Affonso. *Theoria e pratica na execução das sentenças*. São Paulo: C. Teixeira & C. Editores, 1922, p. 41). Nesse tempo, nas prestações de “faciendo”, não se podendo obrigar o inadimplente a fazer o que se obrigara, a execução recaía sobre perdas e danos.
 12. Há quem defenda que a execução indireta é uma falsa execução. Theodoro Jr. afirma: “tecnicamente, em processo civil, o conceito de execução forçada deve ser reservado para exprimir o fenômeno da atuação da sanção por emprego dos meios de *sub-rogação*”. THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2017, p. 60. Isso se justifica a partir de uma perspectiva de análise do processo que leva em consideração lições do processo italiano entendendo que só há execução se o Estado realizar atos sub-rogatórios. Mas há outra

permitem a realização do direito independentemente da vontade do réu, ao passo que a execução indireta objetiva a realização do direito mediante

perspectiva que nega o caráter executivo da execução indireta e que deve ser pontuada. Roberto Campos Gouveia Filho, a partir dos escritos de Pontes de Miranda, escreve que na execução indireta, “o Estado-juiz não opera o ato de executar, agindo tão somente para forçar a satisfação” (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ARAÚJO, Raquel Silva. “Por uma noção de execução forçada: pequenas provocações aos defensores da executividade da ‘execução’ direta”. *Pontes de Miranda e o direito processual*/ Coord. Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Roberto P. Campos Gouveia Filho. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 996). Gouveia Filho, relacionando a execução indireta com as sentenças mandamentais, explica que nesse caso o Estado-juiz pratica algo que somente ele pode fazer, ou seja, dar uma ordem. Isso, porém, não é critério de diferenciação, pois nas demais decisões (declaratória, condenatória etc.) também apenas um órgão investido de jurisdição pode deliberar, sob pena de inexistência de decisão (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 131). Ainda segundo a lição em análise, a executividade estaria na transmutação das esferas jurídicas. Quando o juiz na decisão determinasse que algum bem não é de uma pessoa, mas de outra, já teria ocorrido a execução. “Aqui, a execução, em nível de linguagem, já se operou na própria sentença – transmutando-se as esferas jurídicas das partes” (GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ARAÚJO, Raquel Silva. “Por uma noção de execução forçada: pequenas provocações aos defensores da executividade da ‘execução’ direta”, cit., p. 997). Ainda segundo Gouveia Filho, a sentença mandamental é, rigorosamente, “autorrealizável, já que, ao ordenar, o Estado-juiz cumpre com seu dever”. Para esta pesquisa, que parte da execução na perspectiva do jurisdicionado, a decisão mandamental, por si só, não traduz a realização da prestação em si. Para que isso ocorra, é necessária a efetiva realização da conduta. Gouveia Filho afirma que é um equívoco confundir execução com o efetivo cumprimento da conduta devida, pois, nesse caso, cairia por terra a distinção entre cumprimento espontâneo e execução. Ocorre que a execução afirmada aqui possui um qualificativo que, embora não afirmado expressamente sempre, está implícito. É que a execução referida como realização de uma prestação a partir da provocação em um determinado processo é *forçada*, e não *espontânea*. Ademais, ela só ocorre justamente mediante um procedimento, seja ele para efetivar uma decisão condenatória, seja após uma ordem. A técnica apenas é um meio para se chegar ao fim colimado: a prestação devida. Uma ordem, por si só, não significa satisfação do credor. Mesmo o cumprimento dela não garante a efetiva realização da tutela. Se se pede, por exemplo, que se pare de poluir, e o magistrado determina que se desligue um ou outro maquinário da fábrica, pode ser que, mesmo em assim ocorrendo, os agentes poluentes permaneçam agindo. Em sentido semelhante às ideias de Gouveia Filho é a conclusão: “nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa a decisão tem eficácia executiva ou mandamental, conforme o caso, e, por isso, não há uma fase de cumprimento de sentença, já que este se dá já com a prolação da decisão e, ademais, vê-se uma possibilidade de modificação do dispositivo sentencial, para ajuste da técnica executiva”. MACÊDO, Lucas Buriel de. “Procedimento para cumprimento de decisão judicial e diferenciação baseada na eficácia”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, n. 250, edição eletrônica. Também: WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação de sentença civil: individual e coletiva*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 50.

meios de execução que atuam sobre a sua vontade, objetivando convencê-lo a adimplir¹³. A primeira atua pelos chamados meios de substituição ou sub-rogação, enquanto a segunda, pelos meios de coerção.

Embora se concorde com a distinção acima, algumas observações são cabíveis.

A execução desenvolvida mediante penhora e seguida por alienação judicial é comumente indicada como exemplo de execução direta. Essa categorização estaria justificada, pois tanto a penhora quanto a venda do bem ocorreriam independentemente da vontade do executado. Por outro lado, a hipótese clássica de execução indireta seria aquela na qual haveria a imposição de multa – *astreintes* – no caso de inexecução da prestação determinada. O requerido, para não sofrer prejuízo, realizaria a prestação por conta própria, mesmo contra sua vontade.

O grau de intenção do requerido em colaborar de alguma maneira na realização da prestação devida não é importante para se qualificar a execução em direta ou indireta, mas auxilia na escolha do tipo de medida a ser utilizada como meio de coerção¹⁴. Quanto mais indícios houver de falta de vontade em cooperar pelo executado, mais drástico deve ser o meio coercitivo a ser utilizado¹⁵. Como visto quando se tratou da máxima da adequação no contexto

-
13. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume III* Livro Eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, tópico 10.10.
 14. Como alertou Talamini: “para ser eficaz, a medida de coerção terá de impor ao réu um sacrifício, sob certo aspecto, maior do que o que ele sofreria com o cumprimento do dever que lhe cabe”. TALAMINI, Eduardo. “Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas Executivas atípicas/* Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 31.
 15. Bruno Campos, Diego Crevelin e Jorge Bheron aduzem que: “a execução persegue a efetivação da tutela jurisdicional mediante os meios capazes de promover o melhor resultado para o exequente de modo menos oneroso ao executado. Ora, se as medidas indutivas inominadas visam conferir maior efetividade à execução e se todo exequente faz jus a uma tutela efetiva, ao emprego delas pouco importa a maior ou menor frequência com que o executado desonra seus débitos” (SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de; ROCHA, Jorge Bheron. “Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylockiano do art. 139, IV, CPC”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas Executivas atípicas/* Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: Juspodivm, 2018). A conclusão precisa ser mais bem analisada e não pode desconsiderar as peculiaridades de cada caso. Todo exequente faz jus às medidas atípicas, nos limites discutidos neste estudo, independentemente de o executado ser devedor contumaz ou não. Contudo, a depender do caso, essas medidas podem ser mais ou menos enérgicas. Não se pode esquecer que a

da execução, essa escolha não deve levar em conta uma situação em abstrato (o que normalmente poderia ser utilizado para coagir as pessoas), mas as peculiaridades do caso concreto. A aplicação de multa diária por descumprimento, por exemplo, pode ser medida eficaz para a média dos casos, mas, provavelmente, em certas situações específicas, pouco surtirá o efeito desejado se o executado puder suportá-la preferindo o inadimplemento.

Considerar a vontade de cooperar do executado para escolher a medida coercitiva mais ou menos drástica não significa desprezar a necessidade de combater atos atentatórios à dignidade da justiça nem a impossibilidade de se realizar uma execução trazendo prejuízos desnecessários ou mesmo que atentem contra os direitos da personalidade do executado (como visto quando analisado a máxima da necessidade no contexto da execução). Não se pode esquecer, contudo, que a dignidade do executado precisa ser analisada a partir dos valores em jogo na execução (proporcionalidade em sentido estrito), explanados no tópico 2.2.5.3¹⁶.

A distinção entre execução direta e indireta possui uma repercussão prática não abordada pela doutrina.

Quando o Estado-juiz atua na execução direta, na maioria dos casos, os custos envolvidos são maiores: gastos com pessoal para a realização da penhora, custos gerados pelo depósito do bem, gastos no leilão judicial etc. Na execução indireta, por sua vez, a atuação estatal coercitiva não costuma envolver custos elevados. A determinação de uma conduta sob pena de multa diária, por exemplo, não acarreta maiores gastos de tempo, pessoal e outros recursos pelo Estado. O que pode reduzir drasticamente os custos de uma execução indireta são as ações executivas estatais realizadas na modalidade eletrônica como a penhora em dinheiro por sistema eletrônico.

execução não envolve apenas exequente e executado. Se, no caso concreto, percebe-se que o requerido diligencia no sentido de atrasar ou impedir a realização da prestação devida, não apenas medidas de combate aos atos atentatórios à dignidade da justiça são possíveis (veja tópico 6.4 – *contempt of court*), mas o juiz precisa adequar os meios coercitivos às peculiaridades do caso para garantir, mais do que a realização da tutela do exequente, a própria credibilidade da atividade jurisdicional executiva.

16. Como já exposto, pela proporcionalidade em sentido estrito, os agentes do direito devem considerar: a) o prejuízo que a utilização de um meio executivo causará ao executado, se temporário ou permanente; b) o prejuízo que a não utilização de um meio executivo causará ao exequente, se temporário ou permanente; c) os direitos da personalidade do executado e o direito fundamental à tutela executiva do credor; d) os custos materiais e humanos para o Estado tanto pela utilização quanto pela não utilização desse meio de efetivação e e) a proibição de deixar de entregar a tutela ao requerente por não existir procedimento para isso ou porque os meios executivos disponíveis mostraram-se insuficientes.

A utilidade prática decorrente dessa observação é que, na execução direta, como os atos executivos podem envolver custos imediatos mais significativos, mesmo se em um segundo momento houver ressarcimento desses valores, a existência deles pode, *a priori*, atrasar ou mesmo inviabilizar a realização desses atos. Na execução indireta, por outro lado, a prestação devida pode ser realizada sem a necessidade de maiores recursos pelo Estado.

Os meios executivos são utilizados para se chegar a determinado resultado. Tal resultado, como visto, pode ser obtido mediante atos de sub-rogação (execução direta), atos de coerção (execução indireta) ou pela combinação de estratégias que os envolva. Cabe, agora, analisar de forma mais detida os meios sub-roatórios e coercitivos.

6.3 Meios sub-roatórios e coercitivos

O inciso IV, art. 139, do CPC/2015, estabelece que o juiz deve dirigir o processo conforme as disposições do Código, incumbindo-lhe, entre outras coisas, “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-roatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. O enunciado traz, à primeira vista, pelo menos quatro técnicas executivas possíveis de utilização: medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-roatórias. Contudo, como visto no tópico anterior, são apenas duas as categorias possíveis: coerção e sub-rogação¹⁷. É preciso elucidar a celeuma.

O primeiro grupo a ser analisado é o das medidas de sub-rogação. Os atos realizados aqui são feitos pelo Estado-juiz ou por alguém que o auxilie, direta ou indiretamente. O juiz pode agir diretamente na execução: é o que ocorre quando, por exemplo, mediante uso de sistema eletrônico específico (Bacen-jud), penhora quantia diretamente de seu gabinete. O auxílio direto ocorre mediante a ação de agentes estatais, como um oficial de justiça, que pode retirar bens *in loco* do devedor ou responsável. O auxílio indireto é verificado quando, por exemplo, ocorre a hipótese do art. 817 do CPC/2015: prestação realizada por terceiro.

Tradicionalmente, classificam-se os meios executórios de sub-rogação em três categorias: de desapossamento, de transformação e de expropriação¹⁸.

-
17. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC”. *Revista de Processo*, cit.; CÂMARA, Alexandre Freitas. “O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas*, cit.
 18. ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, volume IV: manual de execução*, cit., §6º, tópico 21.

Pelo primeiro, “tudo se resume a procurar e encontrar, se a coisa for móvel, e, na sequência, tomar e entregar a *res* ao exequente. O art. 806, § 2.º, distingue a busca e apreensão, dirigida às coisas móveis, e a imissão na posse, restringida a imóveis”¹⁹.

Na transformação, a prestação devida, consistente em um fazer (ou desfazer, por vezes) fungível, é realizada por um terceiro, mediante pagamento adiantado pelo credor e futuramente cobrado do devedor. Aqui, “a obrigação de fazer transforma-se em obrigação de pagar quantia, pois o órgão jurisdicional determina que um terceiro proceda ao *facere* a expensas do devedor”²⁰. Sua disciplina consta nos artigos 817 a 819 do CPC/2015. É curioso ressaltar, aqui, a hipótese em que o próprio credor age como auxiliar do juízo, nos termos do art. 820 do CPC/2015, na medida em que pode ele mesmo realizar ou supervisionar a realização da prestação devida nas condições havidas pelo terceiro, se ele cumprisse a prestação.

Por fim, a expropriação é a realização das medidas constantes no artigo 825 do CPC: adjudicação, alienação e apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens. A essas modalidades é possível acrescentar o desconto de parcela de quantia recebida pelo devedor ou responsável direcionando essa quantia à satisfação do crédito devido²¹.

Como visto no tópico passado, os custos do processo devem ser levados em consideração²². Os meios sub-rogatórios, quando não realizados na modalidade eletrônica, precisam ser evitados na medida do possível em uma execução. Isso porque neles, como há atividades realizadas por agentes estatais ou terceiros nessa condição, há gastos de recursos humanos e materiais estatais para a realização da prestação devida. Os procedimentos executivos constantes no Código de Processo Civil, se bem analisados, seguem essa perspectiva, conforme se observa a seguir.

No cumprimento de sentença de quantia, a multa do §1º do art. 523 objetiva pressionar o devedor ao cumprimento da conduta devida²³ evitando,

-
19. ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, volume IV: manual de execução*, cit., § 6º, tópico 21.
 20. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 338.
 21. ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, volume IV: manual de execução*, §6º, tópico 21.
 22. É preciso prestigiar a duração razoável do processo e a eficiência da administração (Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência).
 23. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 3*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Edição eletrônica.

assim, atos sub-rogatórios como penhora e avaliação²⁴. Mesmo quando o bem penhorado é expropriado, a preferência trazida pela lei²⁵ pela adjudicação ou pela alienação por iniciativa particular revela a preocupação do legislador em evitar ao máximo alienação judicial, normalmente demorada e dispendiosa²⁶.

No cumprimento de prestação diversa de quantia (fazer ou não fazer, ou entrega e coisa), medidas coercitivas como a multa são preferíveis às medidas sub-rogatórias. Do mesmo modo, nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial de prestações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, a medida coercitiva da multa é preferencial nos termos dos arts. 806, §1º e 814 do CPC/2015.

Os atos sub-rogatórios são preferíveis apenas quando realizados em modalidade eletrônica como a penhora mediante sistema específico (Bacen-jud) e o leilão eletrônico (art. 879, II). Não apenas sua eficácia é maior, como seus custos são reduzidos quando comparados a outros expedientes não virtuais.

Para evitar, então, as medidas de sub-rogação, existem as medidas coercitivas²⁷.

Por elas, mediante oferecimento de melhora na situação do executado ou ameaça de piora nessa situação, o Estado-juiz o coage para que realize, ou a prestação devida (pague a dívida, entregue o bem, faça o que devia ter

-
24. Mesmo quando a penhora ocorre, os custos financeiros do processo são levados em consideração. Sua modalidade preferencial é aquela realizada pelo juiz mediante utilização de sistema eletrônico para penhora de quantia. Essa modalidade, além de mais eficiente, é pouco onerosa ao judiciário se comparada a outros meios.
 25. Flavio Cheim e Marcelo Abelha, entre outros, explicam que a adjudicação deve seguir a ordem determinada pelo legislador. A primeira modalidade prevista é a adjudicação ao credor. Os juristas lembram uma razão para isso, além da economia de gastos pela não realização do leilão. No caso de a penhora não incidir em quantia, a preferência em adjudicar trazida pelo legislador, além de encurtar o caminho do processo executivo, atende ao direito de preferência em arrematar o bem em alguns casos (no caso de adjudicação a terceiros indicados na lei que não o credor – art. 876, § 5º) e garante sua venda por preço não inferior ao da avaliação. JORGE, Cheim Flávio; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Comentários ao código de processo civil – volume 3* (arts. 539 a 925)/Coordenador: Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 611-613.
 26. Aqui um fato curioso demonstra o que se quer provar. Toda a execução ocorre na promessa da entrega da tutela específica. Contudo, a primeira opção de expropriação é a adjudicação ao credor, ou seja, a entrega a ele da tutela do equivalente.
 27. Theodoro Jr. batiza essas medidas de medidas de apoio, pois elas em si não seriam executivas na medida em que não realizam diretamente a prestação, mas apenas “servem de apoio às reais medidas executivas, isto é, aquelas que diretamente proporcionarão o implemento da prestação que o título executivo garante ao credor”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – Vol. III*. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 186.

feito ou desfaça o que indevidamente realizou), ou uma determinada ação sem a qual a efetivação tornar-se-á impraticável (indique bens à penhora, diga onde o bem a ser entregue está, autorize o acesso a auxiliares da justiça para que realizem penhora etc.)²⁸.

A utilização de meios coercitivos mediante incentivo (por alguns chamados de sanções premiaias) deve observar alguns cuidados. Oferecer alguma benesse ao executado caso ele realize a prestação devida pode causar desvantagem ao exequente. Se o magistrado, por exemplo, informa que se o pagamento ocorrer em um determinado intervalo de tempo haverá desconto ou parcelamento do valor devido, isso fará com que o exequente receba menos do que deveria ou em espaço de tempo além do esperado. Por isso, a doutrina tem defendido a possibilidade de medidas de incentivo ao executado, quando aptas a trazer algum prejuízo ao exequente, apenas nos casos previstos em lei²⁹. Fora dessas hipóteses, as sanções premiaias estariam bastante reduzidas. Há quem aponte, como exemplos possíveis, a dilação de prazos processuais na execução³⁰ ou a permissão de participação mais ativa do devedor nos atos expropriatórios³¹.

-
28. Olavo de Oliveira Neto traz classificação detalhada dos meios coercitivos atípicos, mas que não será utilizada nesta pesquisa. Segundo ele, medidas coercitivas atípicas podem ser classificadas a partir do bem jurídico atingido. Em relação à liberdade, elas podem ser limitadoras de liberdade do destinatário (prisão) ou limitadoras da livre circulação (apreensão de passaporte). Se a liberdade não for o bem jurídico atingido, ainda seria possível três outras medidas coercitivas: “a medida coercitiva atípica pecuniária, que é a multa aplicada às situações nas quais não há previsão expressa para sua aplicação (prestação pecuniária); as medidas coercitivas atípicas que impõem restrições de direitos, como a suspensão da licença para conduzir veículos automotores ou a proibição de contratar com o Poder Público; e, as medidas coercitivas atípicas referentes a informações, como a comunicação da execução a uma determinada classe ou entidade para a qual tal informação possa ser relevante, produzindo com isso efeitos no mundo empírico”. OLIVEIRA NETO, Olavo de. O poder geral de coerção. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 265.
 29. CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da gama e. “Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas Executivas atípicas/* Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: Juspodivm, 2018.
 30. Conforme Edilton Meireles, seria possível ao juiz, no procedimento executivo: “dilatatar os prazos, inclusive os peremptórios, desde que a alteração seja fixada antes de encerrado o prazo regular (parágrafo único do art. 139 do CPC/2015)”. MEIRELES, Edilton. “Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015”. *Revista de Processo*, vol. 247, Set/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Versão eletrônica.
 31. Mazzei e Rosado escrevem que seria um estímulo à cooperação: “na alienação por iniciativa particular, ao invés de se manter o devedor alijado do procedimento, autorizá-lo a trazer propostas com valores e condições de pagamento que lhe sejam interessantes”.

Importa frisar, todavia, a possibilidade de criação de medidas de incentivo por negociação entre as partes sobre o procedimento executivo³². Nesse caso, não há nenhum problema em sua utilização, mesmo se houver alguma perda pelo exequente, pois ele mesmo aceitou tal situação.

Meios coercitivos de incentivo são batizados por parte da doutrina de meios indutivos³³, notadamente a partir do texto do inciso IV, do art. 139, acima exposto. Mas essa não é a opção desta pesquisa. Como visto, os meios executivos: a) operam para que alguém realize uma conduta (executado ou, eventualmente, um terceiro) ou b) consistem em ações realizadas pelo Estado-juiz (mesmo que por terceiros) objetivando a entrega da prestação devida³⁴.

-
- MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. “A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas Executivas atípicas/* Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: Juspodivm, 2018.
32. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. “Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC”. *Revista de Processo*, vol. 267/2017, mai. 2017. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Versão eletrônica; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. “Negócios jurídicos processuais atípicos e execução”. *Revista de Processo/* vol. 275, jan. 2018. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. Versão eletrônica; STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? *Consultor Jurídico*, 25 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016ago25/sensoincomuminterpretarart139ivcpccartabrancaarbtrio?>> Acesso em 14 out. 2016.
33. Nesse sentido: MEIRELES, Edilton. “Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015”. *Revista de Processo*, vol. 247, Set/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Versão eletrônica; MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. “A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas Executivas atípicas/* Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: Juspodivm, 2018; CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da gama e. “Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas*, cit.
34. Tesheiner assim expôs a ideia: “em outras palavras, a obrigação é cumprida voluntariamente pelo devedor (*coactus voluit tamen voluit*) ou independentemente de sua vontade. *Tertium non datur*, isto é, não há terceira hipótese”. TESHEINER, José Maria Rosa. “PL 5.139/2009 – Medidas Indutivas, Um Cavalão de Tróia?” *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 9, nº 925, 19 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/47-artigos-nov-2009>> Acesso em 25 nov. 2017. Marcelo Guerra é mais incisivo: “por outro lado, ‘medida indutiva’ parece ser uma expressão inteiramente “inventada” pelo legislador, uma vez que seu uso, se ocorrente em algum texto doutrinário, o é de forma inteiramente isolada e recente”. GUERRA, Marcelo Lima. Poderes executórios do juiz: breve leitura do inc. IV do art. 139 do CPC/2015. *Análise Crítica do CPC 2015*. 22 abr. 2016. Disponível em: <<http://analiscriticadocpc2015.blogspot.com.br/2016/04/poderesexecutoriosdojuizbreve.html>>. Acesso em 6 out. 2017.

A execução é instrumentalizada ou por meios executivos coercitivos, ou sub-rogatórios, ou, no máximo, pela combinação deles³⁵.

Quanto aos meios coercitivos que trazem alguma situação de desvantagem ao executado, esses são os mais comuns de ocorrência e, por vezes, os mais eficazes. Seus limites são analisados em vários tópicos desta pesquisa: princípio da proporcionalidade no contexto da execução (tópico 2.2.5), análise dos meios coercitivos pela doutrina (capítulo 8), critérios propostos para a atipicidade (capítulo 9).

Os meios de coerção possuem um objetivo: a realização de uma conduta pelo coagido. Essa conduta pretendida não necessariamente é a prestação devida. Ela pode consistir, por exemplo, na indicação de um bem para futura expropriação. Da premissa apontada, conclui-se: não se pode utilizar medida coercitiva quanto o coagido não possui meios para realizar a conduta pretendida. Uma aplicação prática dessa conclusão pode ser observada na análise para a aplicação de meios coercitivos na execução por quantia. Medidas executivas mais contundentes nesse caso (como eventualmente alguma medida executiva atípica) apenas deveriam ocorrer após fortes indícios de ocultação patrimonial pelo executado³⁶.

Por fim, há quem defenda a existência de medidas coercitivas mandamentais como uma categoria distinta, novamente, principalmente a partir do texto do art. 139, IV. Essa nova modalidade consistiria em uma ordem cujo descumprimento geraria crime de desobediência³⁷, ou são “aquelas em que

35. Separar coerção de indução pode causar dúvidas, pois além dos posicionamentos já vistos, há quem, discorrendo sobre o inc. IV, art. 139, entenda que o gênero é indução e a coerção seria a espécie: “o dispositivo chega ao exagero de tratar medidas indutivas e coercitivas como coisas distintas, embora estas sejam espécies daquelas”. SILVA, Bruno Campos; SOUSA, Diego Crevelin de; ROCHA, Jorge Bheron. “Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylockiano do art. 139, IV, CPC”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas Executivas atípicas!* Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: Juspodivm, 2018.

36. Como se verá no capítulo que analisará as decisões envolvendo as medidas atípicas, o STJ, em algumas decisões, estabeleceu os seguintes parâmetros para a aplicação dessas medidas: a) verificação de existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável; b) aplicação subsidiária; c) por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta; e) observância do contraditório substancial e f) observância do postulado da proporcionalidade. (REsp 1788950/MT, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019 e REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019).

37. MEIRELES, Edilton. “Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015”. *Revista de Processo*, vol. 247, Set/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Versão eletrônica.

se determina o cumprimento pessoalmente à parte”³⁸. Não faltam críticas a essas medidas. Para alguns, sua previsão seria uma impropriedade técnica do legislador “uma vez que não se trata de uma medida, mas sim de um efeito típico decorrente das ordens judiciais”³⁹. Como já dito, este trabalho adota a existência de apenas dois meios executivos⁴⁰.

6.4 Dos atos atentatórios à dignidade da Justiça

No tópico anterior, discorreu-se sobre as medidas executivas necessárias à realização da prestação, mas é importante não as confundir com os meios que combatem os atos atentatórios à dignidade da justiça e com a litigância de má-fé. Para que isso não ocorra, basta que se atente para a função desempenhada por cada um dos institutos.

O Código de Processo Civil, prezando a conduta cooperativa, ética, leal e de boa fé dos sujeitos processuais⁴¹, elenca vários deveres das partes e de seus procuradores em seu art. 77, bem como a consequência pelo seu descumprimento. Dentre tais deveres, cita-se: a necessidade de expor os fatos em juízo conforme a verdade; não formular pretensão ou apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais (de natureza provisória ou final) e não criar embaraços à sua efetivação. Há ainda, principalmente no art. 80⁴², condutas consideradas litigância de má-fé, como a alteração da verdade

38. MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. “A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas*, cit.

39. CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Caldas da gama e. “Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas*, cit.

40. Criticando a modalidade “medida mandamental”, Marcelo Guerra pontua: “enfim, ‘medida mandamental’ é a mais recente ‘variação terminológica’ do adjetivo introduzido na literatura jurídica brasileira por Pontes de Miranda, para qualificar, no entanto, ações. A partir da década de 90 do século passado, o mesmo adjetivo passou a ser utilizado para qualificar ‘tutela jurisdicional’ e ‘providência jurisdicional’”. GUERRA, Marcelo Lima. Poderes executórios do juiz: breve leitura do inc. IV do art. 139 do CPC/2015. *Análise Crítica do CPC 2015*. 22 abr. 2016. Disponível em: <<http://analisecriticadocpc2015.blogspot.com.br/2016/04/poderesexecutoriosdojuizbreve.html>>. Acesso em 6 out. 2017.

41. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – Vol. III*. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 245; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

42. Consulte-se, também: art. 142 e 536, §3º.

dos fatos, utilização do processo para conseguir objetivo ilegal, resistência injustificada ao andamento do processo, entre outras. O art. 81 explicita a pena para esses ilícitos.

Algumas das condutas acima descritas atentam não apenas contra a outra parte, mas contra a própria dignidade da justiça (§2º do art. 77).

No contexto da execução civil, os atos atentatórios à dignidade da justiça são tão frequentes e prejudiciais que existem enunciados normativos específicos para preveni-los ou combatê-los. Isso se mostra necessário para “evitar ou, se necessário, punir qualquer tipo de conduta que represente uma afronta ao órgão julgador [...], que lhe ofenda a honra e o decoro, prejudicando o perfeito andamento do feito – o que obsta, por fim, a entrega de uma tutela célere, justa e eficaz”⁴³. O principal desses artigos é o 774⁴⁴:

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I – frauda a execução;

II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III – dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV – resiste injustificadamente às ordens judiciais;

43. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. cit., p. 419.

44. Além dele, podem ser mencionados: art. 161, parágrafo único; art. 903, §6º e 918, parágrafo único. A análise dos atos atentatórios à dignidade da justiça não é objeto deste estudo, pelo que se indicam duas leituras: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. cit., pp. 418-426. Além da análise do artigo 774, o texto referido disserta sobre o art. 772 cujo destaque é a necessidade de advertência, por parte do juiz, de que determinada conduta do executado possa se configurar em ilícito punível, bem como a possibilidade de o juiz “determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável”. Eis a outra leitura indicada para o tema: ZAVASCKI, Teori. *Comentários ao código de processo civil: artigos 771 ao 796*/ Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v. 12/ coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 43-52. O destaque para esses comentários é o alerta aos conceitos abertos utilizados no art. 774. A partir desse mote, Zavascki analisa com cuidado cada inciso do artigo em comentário, fazendo relações dele com outros preceitos do próprio código como os que tratam da litigância de má-fé (art. 80) e o da tutela provisória de evidência (art. 311). Também há a explicação do procedimento para a cobrança da multa imposta.

V – intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

No artigo do Código de Processo Civil que aborda os poderes do juiz, art. 139, há um inciso que trata da prevenção ou repressão de atos contrários à dignidade da justiça (inc. III) e outro para tratar das medidas de efetivação (inc. IV)⁴⁵. Eis aqui uma advertência no sentido de que são dois assuntos que, embora por vezes relacionados, merecem análise particular em cada caso.

Para combater a litigância de má-fé e os atos atentatórios da dignidade da justiça, vale-se o juiz das punições previstas em lei, não podendo, em regra, inovar nesse sentido⁴⁶. As medidas de efetivação, por sua vez, podem ser aplicadas mesmo sem previsão expressa em alguns casos (atipicidade dos meios executivos). Surge aqui a primeira diferença entre os meios de coerção e os meios de combate aos ilícitos citados. Nessa linha de entendimento, Leonardo Greco, discorrendo sobre os meios coercitivos, explica:

[...] é preciso não confundir as coações indiretas com as sanções à litigância de má-fé ou com os atos atentatórios à dignidade da justiça, de índole eminentemente punitiva. O caráter sancionador das medidas para induzir o cumprimento de deveres processuais, exige tipicidade, sob a égide dos dispositivos que as contemplam, relativos à litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da justiça⁴⁷.

45. Como bem explicado por: RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? Migalhas, 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,510450+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>> Acesso em 14 dez. 2016.

46. Há situações de ilícitos atípicos somente identificáveis no caso concreto. É o caso, por exemplo, de ilícitos decorrentes do abuso de direito, nos termos expostos por Ferreira Jordão na obra “*Repensando a teoria do abuso de direito*” (JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006). Nessas hipóteses, as consequências também serão atípicas e dependerão do caso concreto. Essa, porém, não é a situação ideal. Uma análise da doutrina (capítulo 8) e jurisprudência (capítulo 10) permite concluir que, no contexto da execução civil, há uma tendência de não se aceitar penalidades não previstas em lei.

47. GRECO, Leonardo. “Coações indiretas na execução pecuniária”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas Executivas atípicas*/ Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami.

Araken de Assis, no ponto, possui entendimento que merece menção.

O art. 536, §1º, do CPC/2015, também trata de medidas de coerção, elencando algumas dessas medidas, mas de forma exemplificativa. Isso fica claro pela expressão “o juiz poderá determinar, entre outras medidas”⁴⁸. Aqui, como não há lista exaustiva de medidas de efetivação possíveis, seria um caso de atipicidade de meios executivos. Para Araken de Assis, porém, se assim fosse, o artigo seria inconstitucional neste ponto “e a razão repousa no disposto no art. 5.º, LIV, da CF/1998, segundo o qual ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal, ou seja, de modo diferente do modelo prefixado na lei processual”⁴⁹. Conclui o jurista que nada impede que o juiz utilize a medida que entender melhor para o caso concreto, desde que no âmbito da tipicidade, ou seja, desde que seja uma medida prevista pelo legislador⁵⁰.

A doutrina citada não é aceita por esta pesquisa.

A primeira razão para isso é que não se pode dizer que uma medida, por não ser típica, fere o devido processo legal. Ela é aceita por determinação expressa do legislador⁵¹ e sua realização pressupõe a observância de institutos garantidores de um processo devido como sua aplicação nos termos do princípio da proporcionalidade e suas máximas, o debate em contraditório sobre a medida atípica adotada, a fundamentação da decisão que a determinou e a possibilidade de recurso contra essa opção.

Salvador: Juspodivm, 2018. Em sentido semelhante, pelo menos nesse aspecto da tipicidade da pena contra os ilícitos processuais: RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? Migalhas, 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>> Acesso em 14 dez. 2016; RODRIGUES, Marcelo Abelha. O executado cafajeste II: medida coercitiva como instrumento da medida sub-rogatória. Migalhas, 19 out. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267289,31047-O%201/4>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

48. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 1*/ Edição Eletrônica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, § 195º. Ideia também veiculada no texto: ASSIS, Araken de. “Cabimento e adequação dos meios executórios ‘atípicos’”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas executivas atípicas*/ Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 111-133.
49. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 1*/ Edição Eletrônica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, § 195º.
50. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 1*/ Edição Eletrônica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, § 195º.
51. O atual Código de Processo Civil em vários momentos autoriza medidas atípicas: art. 139, IV; art. 297; art. 536, §1º; art. 553, parágrafo único; 555, parágrafo único; art. 773; art. 380, parágrafo único; art. 400, parágrafo único; art. 403, parágrafo único; art. 497.

Além disso, a abertura das medidas de efetivação não é um fenômeno recente no Brasil. Desde previsões como o art. 84, do Código de Defesa do Consumidor, e preceitos como o art. 461, §5º, do CPC/1973, a atipicidade dos meios executivos é aceita pela doutrina majoritária⁵² bem como pelos tribunais⁵³. O que se discute atualmente, como se verá, não é sua existência, mas sua aplicação na execução por quantia e seus limites. O assunto terá tratamento mais detalhado no tópico 8.4.7.

Outra diferença entre medidas executivas e medidas de punição a ilícitos é que as primeiras admitem negociação. Como alertam Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira:

Não é possível, contudo, negócio jurídico processual firmado entre as partes visando afastar os seus deveres éticos ou suprimir poder do juiz e advertir/punir ou elevar/diminuir o valor da multa⁵⁴ por ato atentatório da dignidade da jurisdição. Prevalece a preservação da ética, da lealdade, da cooperação e do contraditório em detrimento da autonomia da vontade⁵⁵.

Além dos argumentos acima expostos, não se pode negociar sobre o combate aos ilícitos processuais, pois a lisura do processo é indisponível.

A medida de efetivação, excepcionalmente, pode ser concedida sem contraditório prévio, em casos de extrema urgência⁵⁶. Isso não significa, porém,

52. Consulte-se o capítulo 8.

53. Foram analisadas mais de 400 decisões dos Tribunais de Justiça do Brasil inteiro (capítulo 10). Percebeu-se que o que se costuma discutir são os limites das medidas coercitivas atípicas (aqui, o consenso é improvável) e não sua impossibilidade.

54. Em sentido diverso, parecendo aceitar redução da pena contra os ilícitos pelo juiz como medida de incentivo, pelo que discordamos pelas razões acima expostas: “[...] pode-se pensar na concessão de medida indutiva pelo juiz no processo, para induzir a certo comportamento em troca da atenuação de anterior medida sancionatória negativa, como uma multa por ato atentatório à dignidade da justiça ou outra sanção processual que tenha sido aplicada à parte, com previsão de reversão ao fundo de que trata o art. 97 do CPC/15”. MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. “A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas Executivas atípicas/* Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: Juspodivm, 2018.

55. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. cit., p. 420.

56. Nas palavras de Talamini: “a observância do contraditório prévio à adoção das medidas atípicas só será afastada nos casos de extrema urgência”. TALAMINI, Eduardo. “Medidas judiciais coercitivas e proporcionalidade: a propósito do bloqueio do WhatsApp por 48 horas”. *Migalhas*, 18 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231699,61044-Medidas+judiciais+coercitivas+e+proporcionalidade+a+p>>

que não haverá contraditório. Ele só será diferido. As medidas punitivas, por sua vez, só podem ser aplicadas depois da manifestação do acusado⁵⁷.

As medidas de coerção somente podem ser aplicadas se o seu destinatário pode cumprir a ordem, mas não quer fazê-lo. A possibilidade de cumprimento da punição pecuniária pelo destinatário é fato irrelevante no momento de aplicação da pena.

Outra diferença é apontada por Didier Jr. A medida punitiva é inevitável, no sentido de que o punido não tem como se livrar dela. Por outro lado, as medidas coercitivas podem ser evitadas bastando ao executado que realize a prestação devida⁵⁸.

As medidas de efetivação coercitivas não devem ser concedidas sem prazo determinado (exigibilidade temporal, conforme visto no estudo da máxima da necessidade no contexto da execução 2.2.5.2). Uma vez concedidas, pode o devedor a qualquer tempo delas se livrar se realizar o comando determinado. Por outro lado, talvez o devedor não possa adimplir a prestação, ou por uma situação de insolvência ou por estar na iminência de insolvência. Para a primeira hipótese, cabe a ele acusar essa situação. No segundo caso, poderá expor sua fragilidade e negociar a forma de adimplemento conforme visto no tópico 3.1.

Por fim, vale salientar que nada impede a aplicação, em um mesmo caso, de punições contra os ilícitos apontados acima (atos atentatórios à dignidade de justiça e litigância de má-fé) bem como de medidas executivas para que a prestação devida seja realizada. A aplicação de pena contra os desmandos processuais não significa a liberação da prestação devida.

6.5 Tipicidade e atipicidade dos meios executivos

Para garantir, entre outras coisas, a imparcialidade do juiz e permitir uma previsibilidade da ação estatal contra o executado, o procedimento executivo é, na medida do possível, detalhado em lei. É o que se chama de execução regida pela tipicidade dos meios executivos. Esta pesquisa trata

roposito+do> Acesso em 15 nov. 2017. No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. “Coações indiretas na execução pecuniária”. *Grandes temas do novo CPC – Medidas Executivas atípicas*/ Coords.: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: Juspodivm, 2018.

57. Isso decorre do direito constitucional à ampla defesa além de ser facilmente constatável pela simples leitura de artigos como o §2º do art. 77; art. 772, II; 139, III; art. 9º e art. 10, todos do CPC.

58. Didier Júnior, em orientação a este trabalho, alerta que a inevitabilidade é a principal distinção entre medidas de coerção e medidas punitivas no contexto da execução civil.

da possibilidade de utilização não só de medidas típicas, mas também de medidas executivas mesmo sem sua previsão expressa em lei (execução regida pela atipicidade dos meios executivos).

A possibilidade de um procedimento executivo com meios atípicos, criados para o caso, pode induzir a uma ideia de ausência de parâmetros na construção dessas medidas. É que a expressão “atipicidade”, para alguns, pode significar liberalidade e falta de controle. Isso não é verdade. Os meios executivos atípicos passam pelo mesmo rigor de controle dos meios executivos típicos. Toda a base jurídica vista na primeira parte deste livro e que alicerça a atividade executiva é aplicada a qualquer medida de efetivação, seja ela típica ou atípica.

Além disso, uma pesquisa mais rigorosa demonstra que a própria compreensão do que se entende por tipicidade é fluída e que mesmo os meios executivos sem previsão detalhada em lei podem ser classificados como típicos em determinada perspectiva de análise. É que um meio executivo típico também pode ser compreendido como aquele cujos elementos não encontram detalhamento em lei, mas que deve atender a algumas premissas para ser considerado como tal.

Em um ou outro caso, o meio executivo sem detalhamento prévio não significa ausência de parâmetros e meio executivo com detalhamento prévio não acarreta segurança jurídica em todas as situações. É o que se verá.

6.5.1 *Do tipo e do conceito*

O tipo e o conceito são instrumentos do pensamento⁵⁹ e isolam aspectos da realidade. Isso facilita sua compreensão e seu estudo, auxiliando na solução de problemas que os envolvam. No Direito, os tipos e os conceitos exercem outra função: são instrumentos com pretensão de trazer segurança jurídica⁶⁰.

Um conceito é construído mentalmente, a partir da observação de uma pluralidade e através da unificação e da fusão do que existe de comum aos diversos indivíduos que a constituem. Ele é construído por indução⁶¹ e, nesse sentido, é considerado como conceito geral e abstrato. O que há de incomum

59. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos* / Tese de doutoramento. Coimbra: Almedina, 2009, p. 24.

60. TORRES, Ricardo Lobo. “O princípio da tipicidade no direito tributário”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*. N. 5. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-RICARDO%20LOBO.pdf>>, acesso em 30 jan 2017.

61. VANCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos* / Teses de doutoramento. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 25.

entre os sujeitos da pluralidade é abstraído do conceito. “Esta abstracção traduz-se na separação, na não tomada em consideração, dos atributos incomuns ou específicos. Deste modo, abstraindo o que há de incomum na pluralidade conceptuada, torna-se possível subsumir ao conceito todos e cada um dos seus elementos individuais”⁶².

Quando o dicionário, por exemplo, conceitua cadeira como “peça de mobiliário que consiste num assento com costas e, às vezes, com braços, dobrável ou não, para uma pessoa”⁶³, pode fazê-lo a partir da observação de várias peças de mobiliário, destacando o que há de comum em algumas delas. No caso em questão, principalmente, o atributo “assento com costas”. Não pode merecer a alcunha de cadeira, por exemplo, um banco que, embora possibilite que nele se sente, não possui costas.

No contexto jurídico, Barbosa Moreira, a partir da observação do que ocorria de comum entre vários atos de impugnação, chegou ao seguinte conceito de recurso: “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”⁶⁴. A partir desse conceito, não seria possível dizer que remessa necessária, por exemplo, é recurso⁶⁵.

A criação de um conceito facilita a análise de aspectos da realidade, tornando-a mais lógica, na medida em que permite “a subsunção de indivíduos em conceitos e de conceitos inferiores em conceitos superiores”⁶⁶. Isso, quando transportado ao direito, confere às decisões “a previsibilidade e a sindicabilidade que previnem o arbítrio e o abuso”⁶⁷. Mas também há desvantagens nessa dinâmica. O conceito dificulta a análise valorativa e não auxilia muito na concretização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados⁶⁸.

62. VANCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, cit., p.25.

63. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 309.

64. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, vol V: arts. 476 a 565/ 11^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 233.

65. Não é objetivo desta pesquisa analisar a natureza jurídica da remessa necessária.

66. VANCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, cit., p. 26. No exemplo da cadeira, por exemplo, é possível dizer que ela se enquadra na categoria de móveis de uma casa que, por sua vez podem ser divididos em móveis para sentar, móveis para deitar, móveis para escrever etc. No caso dos recursos, eles podem ser integrados em uma categoria maior: meios de impugnação de decisões judiciais. Nessa categoria maior, poder-se-ia pensar em espécies como as ações autônomas de impugnação de decisão, como a ação rescisória, ao lado dos recursos e assim por diante.

67. VANCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, cit., p. 26.

68. VANCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, cit., p. 27.

É difícil, por exemplo, talvez impossível, conceituar a dignidade da pessoa humana. Mas, simplificando ao máximo o tema para fins didáticos, é possível afirmar que vida digna requer, pelo menos, liberdade (art. 5º, CF/1988) e saúde (CF/1988, art. 6º). Assim, quanto mais liberdade e saúde uma pessoa tiver, maior é a chance de estar vivendo dignamente. Mas, se essa pessoa abrir mão da própria liberdade ou realizar ações que certamente trarão risco à sua saúde, a depender das condições em que isso tenha ocorrido, isso não significa, necessariamente, que ela não possua vida digna. Para mais bem racionalizar situações complexas como essa, o *tipo* é melhor que o *conceito*.

Na formação do tipo, “a realidade referida ou designada é aglomerada, é enquadrada, sem abstração do incomum”⁶⁹. Não há, no caso dos tipos, uma subsunção entre eles, como nos conceitos, mas uma coordenação. O que um tipo designa pode também ser referido por outro tipo, sem significar que os entes tipificados percam suas características individuais⁷⁰. O tipo não é rigidamente delimitado⁷¹ e surge quando o conceito e seu sistema lógico não se mostram suficientes para apreender uma realidade⁷².

O relacionamento entre as características de um tipo ocorre dentro de uma “ordem interna” do tipo. “Esta ordem interna do tipo forma um plano, uma configuração, que é ela também típica, e que é ela também uma das características do tipo”⁷³. O tipo capta a realidade “através de uma indicação, mais ou menos sumária, das suas características marcantes”⁷⁴.

No caso acima citado, por exemplo, é possível saber se há vida mais ou menos digna a partir da identificação de características marcantes como

-
69. VANCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, cit., p. 38. O tipo se forma de maneira comparativa-intuitiva. STRACHE, Karl-Heinz. *Pensare per standards – contributo alla tipologia*/ Tradução de Pasquale Femia e Rocco Favale do original de 1968. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 27.
 70. VANCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*/ Teses de doutoramento. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 38.
 71. STRACHE, Karl-Heinz. *Pensare per standards – contributo alla tipologia*/ Tradução de Pasquale Femia e Rocco Favale do original de 1968. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 25.
 72. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*/ Tradução de José Lamego. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 656.
 73. VANCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, cit., p. 40. Essa ordem interna do tipo será válida para quaisquer espécies de tipo. STRACHE, Karl-Heinz. *Pensare per standards – contributo alla tipologia*/ Tradução de Pasquale Femia e Rocco Favale do original de 1968. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 23.
 74. CORDEIRO, António Meneses. *Tratado de direito civil. 2ª. ed. rev. 6. V. Direito das Obrigações*. Lisboa: Edições Almedina, p. 433.

a liberdade e a saúde. Essas características comporiam a ordem interna do tipo dignidade. Mas essas mesmas características podem ser maleáveis. A imagem das pessoas, por exemplo, é inviolável (CF/1988, art. 5º, inc. X) e pode também ser considerada como um parâmetro para se identificar vida mais ou menos digna. Contudo, esse aspecto, que deveria facilitar a identificação da dignidade, a partir do desenvolvimento das redes sociais, é também difícil de delimitar pela constante mitigação que sofre.

Dentre os critérios que distinguem o conceito e o tipo, destacam-se⁷⁵: a) a abertura, no sentido de que as notas características do tipo não precisam estar todas presentes e, mesmo que estejam, não necessariamente significa que o indivíduo pertença ao tipo⁷⁶; b) graduabilidade, significando que a verificação das características do conceito ocorrem pelo critério de sim ou de não (a característica é ou não pertencente ao conceito), enquanto no tipo isso é verificado em termos de maior ou menor adequação; c) totalidade, significando uma relação entre os elementos do tipo que, “nesta perspectiva, é um quadro, uma estrutura em que todos os momentos, elementos ou características estão na presença uns dos outros numa espécie de diálogo em torno de um ponto de referência que constitui seu cerne”⁷⁷; d) sentido e plasticidade que, embora não sejam necessariamente critérios de diferenciação entre tipo e conceito, traduzem-se como consequência da forma de pensar tipológica, que é mais maleável (plasticidade) e ao mesmo tempo permite conhecer a essência do que se está tipificando (sentido)⁷⁸.

Dentre as várias formas de categorização dos tipos, importa agora a diferença entre os tipos jurídicos abertos e os tipos jurídicos fechados⁷⁹.

Os tipos jurídicos abertos não possuem um número determinado e fixo de características que tenham de sempre ser verificadas nos entes

75. VANCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, cit., pp. 42-53.

76. Esse critério pode não encaixar na categoria do tipo jurídico fechado. Essa dificuldade conceitual do tipo é constantemente referida por Pais de Vasconcelos.

77. VANCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, cit., p. 45.

78. Cabe, neste momento, repetir a lição de Pais de Vasconcelos: “não é fácil estabelecer uma fronteira nítida entre um ‘conceito de tipo’ e um ‘conceito de conceito’ em termos que permitam uma classificação dicotômica. A distinção entre tipo e conceito é ela própria graduável”. VANCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, cit., p. 51.

79. Critérios estabelecidos por Larenz e citados por Pais de Vasconcelos. Cita-se aqui a doutrina de Larenz a partir da obra de Pais de Vasconcelos, e não diretamente da sua obra, pois a edição da “Metodologia da ciência do direito” consultada para esta pesquisa foi a sétima e, segundo Vasconcelos, a partir da sexta edição Larenz não trata mais especificamente da distinção entre tipos abertos e fechados, embora isso não “significa porém que a distinção deixe de ter importância, mesmo na metodologia de LARENZ”. VANCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, cit., p. 41.