

COORDENADORES
ARAKEN DE ASSIS
GILBERTO GOMES BRUSCHI

PROCESSO DE EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO
DA SENTENÇA

TEMAS ATUAIS E CONTROVERTIDOS

VOLUME 2

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

PROCESSO DE EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

TEMAS ATUAIS E CONTROVERTIDOS

Publicações de Catálogo de Publicações (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro - CBL)

Assim, a execução e o cumprimento da sentença são temas atuais e controvertidos.
Este volume é o primeiro de uma série de estudos sobre o tema, organizado por
os autores: L. A. de Almeida e J. de Almeida (Coordenadores) - 2010

ISBN 978-65-2614-920-1

1. Execução de sentença. 2. Processo civil. 3. Processo de execução. I. Almeida, L. A. de Almeida. II. Almeida, J. de Almeida. III. Título.

CDU 342.023.4(1.01)

Indicador para catálogos eletrônicos:
L. A. de Almeida e J. de Almeida (Coordenadores de sentença)
L. A. de Almeida (ISBN 978-65-2614-920-1)
L. A. de Almeida e J. de Almeida (ISBN 978-65-2614-920-1)

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
MILSA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi, Bruna Mestriner e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial
Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Vanessa Mafra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfour

Estagiárias: Bianca Satie Abduch, Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Lucas Kfour

Adaptação capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Assis, Araken de

Processo de execução e cumprimento da sentença : temas atuais e controvertidos : volume 2 / Araken de Assis e Gilberto Gomes Bruschi -- Coordenadores. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5614-920-2

1. Cumprimento da sentença 2. Processo civil 3. Processo de execução I. Bruschi, Gilberto Gomes. II. Título.

21-65085

CDU-347.952:331(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Processo civil : Processo de execução : Cumprimento da sentença :
Direito civil 347.952:331(81)

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

COORDENADORES
ARAKEN DE ASSIS
GILBERTO GOMES BRUSCHI

PROCESSO DE EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO
DA SENTENÇA

TEMAS ATUAIS E CONTROVERTIDOS

VOLUME 2

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

PROCESSO DE EXECUÇÃO E
CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Temas Atuais e Controvertidos – Volume 2

ARAKEN DE ASSIS E GILBERTO GOMES BRUSCHI

Coordenadores

© desta edição [2021]

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Os autores gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS

(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.livro@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil [06-2021]

Profissional

Fechamento desta edição [11.05.2021]



ISBN 978-65-5614-920-2

Sumário

Apresentação	5
PARTE I	
TEORIA GERAL DA EXECUÇÃO, LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA E CUMPRIMENTO DA SENTENÇA	
1. Objeto e limites da liquidação do título judicial.....	19
<i>Araken de Assis</i>	
2. Execução por sub-rogação	39
<i>Gilberto Gomes Bruschi e Maurício Bunazar</i>	
3. Responsabilidade do exequente.....	51
<i>Ronaldo Cramer</i>	
4. Breve ensaio sobre o cumprimento da decisão arbitral no CPC/2015	59
<i>Alexandre Freitas Câmara</i>	
5. O poder-dever de dispensar caução na execução provisória (art. 521 do CPC).....	69
<i>André Gustavo Salvador Kauffman e Marcio Manoel Maidame</i>	
6. O desmembramento decisional e os reflexos no cumprimento de sentença e na ação rescisória.....	91
<i>José Henrique Mouta Araújo</i>	
7. Tutela de urgência na execução: meios para cumprir a promessa de efetividade do processo	103
<i>Rogéria Dotti</i>	
8. A executividade da multa judicial (astreinte) e o comportamento das partes sob a perspectiva do Enunciado 96 da CJF.....	119
<i>Rafael Caselli Pereira</i>	
9. Efetivação das decisões estruturais: problemas inerentes e ferramentas emergentes	141
<i>Marco Félix Jobim e Carolina Borges Mosmann</i>	

10. Cumprimento da sentença por quantia no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.....	159
<i>Denis Donoso</i>	
11. Cooperação judiciária nacional nos processos de execução.....	175
<i>Juliana Melazzi Andrade e Fernanda Costa Vogt</i>	
12. Controvérsias na Execução envolvendo Direito Internacional.....	197
<i>Jonathan Hernandes Marcantonio</i>	
13. Repercussões de julgamentos em incidentes de assunção de competência e em recursos especiais repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça na tutela jurisdiccional executiva: uma análise empírica.....	205
<i>Bianca Mendes Pereira Richter e Giovana de Moraes Busnello dos Santos</i>	
14. Locação e cumprimento de sentença.....	219
<i>Paulo Sérgio Restiffe</i>	
15. Do regime executivo aplicável às decisões que reconhecem obrigação de entregar coisa: uma reflexão calcada na classificação das ações/sentenças de acordo com sua eficácia preponderante.....	239
<i>Artur Torres e Dórandi Longo</i>	
16. A conexão entre a execução de título extrajudicial e a ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico (art. 55, § 2º, I, do CPC/2015).....	259
<i>Antonio Adonias Aguiar Bastos</i>	
17. Tutela executiva coletiva.....	279
<i>Luiz Antônio de Souza e Marcos Stefani</i>	

**PARTE I-A
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

18. Honorários sucumbenciais em cumprimento de sentença e na respectiva impugnação.....	325
<i>Rogério Licastro Torres de Mello</i>	
19. Honorários arbitrados em embargos à execução, respeito à vontade do credor quanto ao procedimento adotado para sua efetivação: acerto da jurisprudência.....	333
<i>Carolina Uzeda</i>	

**PARTE I-B
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS**

20. Negócios processuais típicos na execução civil.....	343
<i>Antonio do Passo Cabral</i>	

21. Convenções processuais atípicas na execução civil 361
Fernando da Fonseca Gajardoni

PARTE II

DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO

22. A advocacia e a execução extrajudicial 389
Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave e Isabela Araújo Barroso
23. Análise crítica e comparada da desjudicialização da execução civil (Projeto de Lei nº 6.204/19) 403
Gisele Mazzoni Welsch
24. Execução e desjudicialização. Modelos, procedimento extrajudicial pré-executivo e o PL n. 6.204/2019 419
Antônio Pereira Gaio Júnior

PARTE III

RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E QUESTÕES RELACIONADAS À PENHORA, À GARANTIA DO JUÍZO E À EXPROPRIAÇÃO

25. A responsabilidade patrimonial secundária do cônjuge do executado 441
Gilberto Gomes Bruschi e Daniel Colnago Rodrigues
26. Da eficácia subjetiva na fraude à execução e na desconsideração da personalidade jurídica: a decisão pode alcançar outros processos? 461
Renato Montans de Sá e Ricardo Amin Abrahão Nacle
27. A fraude à execução e o princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel à luz do CPC/2015 491
Marco Aurélio Ventura Peixoto, Renata Cortez Vieira Peixoto e Kelly Amanda da Silva
28. A desconsideração da personalidade jurídica e o termo inicial da fraude à execução 505
Luís Eduardo Simardi Fernandes e Isabella da Rocha Cairo
29. A substituição de depósito por seguro-garantia na execução 517
Daniel Willian Granado
30. Processo de execução e moedas digitais: uma perigosa releitura contemporânea de “os bons companheiros” 539
César Augusto Martins Carnaúba e Ronaldo Vasconcelos
31. Penhora de pontos oriundos de clubes de vantagens ou programas de fidelidade 559
Pedro Bentes Pinheiro Neto

32. Inventário sucessório e liquidação da herança: importação das técnicas de expropriação executiva 567
Rodrigo Reis Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves
33. Arrematação perfeita, acabada e irretroatável e Ação autônoma do § 4º do art. 903 do CPC 585
Antonio de Padua Notariano Junior e Welder Queiroz dos Santos
34. Penhora e aspectos registraes 601
Vitor Frederico Kämpel
35. Penhora de quotas de sociedades empresárias em recuperação judicial 621
Bruno Dantas e Caio Victor Ribeiro dos Santos

PARTE IV
EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO E DEBATES
SOBRE IMPENHORABILIDADE

36. A execução efetiva e os meios de investigação e localização de bens do devedor: acertos, desacertos e possibilidades na busca da atividade satisfativa em tempo razoável 639
Gilberto Carlos Maistro Junior
37. Direito material e princípios da execução civil como fundamentos à aplicação das medidas executivas atípicas 667
Eduardo de Avelar Lamy e André Schmidt Jannis
38. Potencialidades do inc. IV do art. 139 do Código de Processo Civil 683
Alexandre Guerra
39. Hipótese de atipicidade da prisão civil 701
Cristina Reindolff da Motta
40. As impenhorabilidades e a efetividade da execução 711
Sidnei Amendoeira Junior
41. Análise econômica do processo executivo: artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil sob a ótica da *prospect theory* e da noção de *credible threat* 731
Flávio Luiz Yarshell e Bianca Bez Goulart

PARTE V
DEFESAS DO EXECUTADO E QUESTÕES CORRELATAS

42. A arguição de falsidade na execução 747
Rodolpho Vannucci e Geraldo Fonseca de Barros Neto

43. Defesas heterotópicas: defenda-se quando e como quiser.....	763
<i>Luciano Vianna Araújo</i>	
44. Afinal, existe vida da exceção de pré-executividade na execução civil após o CPC/15?	773
<i>Carolina Moraes Migliavacca</i>	
45. A função da decisão de saneamento e organização do processo nos embargos à execução.....	781
<i>Camila Victorazzi Martta</i>	
46. A Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal e a prescrição executiva.....	803
<i>Sérgio Cruz Arenhart</i>	
47. Os reflexos da recuperação judicial de empresas nas execuções individuais.....	813
<i>Juliana Borinelli Franzoi</i>	
48. Embargos à execução e convenção de arbitragem à luz do Conflito de Competência nº 150.830 – PA	823
<i>Thiago Rodvalho</i>	

PARTE VI
ALIMENTOS

49. Repercussão jurisprudencial da prisão do devedor de alimentos	835
<i>Rodrigo Frantz Becker e Miriam Rocha Freitas</i>	
50. O novo regramento jurídico das execuções de alimentos.....	847
<i>Maurício Giannico</i>	

*Análise econômica do processo executivo:
artigo 139, inciso IV, do Código de
Processo Civil sob a ótica da prospect
theory e da noção de credible threat*

FLÁVIO LUIZ YARSHHELL

Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1986), mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo (1992), doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (1997), livre-docência em Direito pela Universidade de São Paulo (2004). Professor Titular em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (2009). Membro do Instituto Ibero Americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual, da Associação dos Advogados de São Paulo e do American Law Institute. Sócio fundador do Yarshell Advogados. Advogado. Árbitro.

BIANCA BEZ GOULART

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) (2015). Mestre em Análise Econômica do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) (2018). Membro da Diretoria da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Presidente da Comissão de Análise Econômica do Direito da OAB/SC. Autora do livro "Análise Econômica do Litígio: entre acordos e ações judiciais". Advogada (Julio Muller Advogados).

SUMÁRIO: I. Considerações iniciais. II. *Prospect theory* e breves incursões sobre Análise Econômica do Direito "clássica" ou "tradicional" e comportamental. III. Utilização do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil como incentivo à satisfação de obrigação pecuniária a partir da *prospect theory* e da noção de *credible threat*. IV. Considerações finais. V. Bibliografia.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Compreender o comportamento humano e como as pessoas tomam suas decisões ou realizam suas escolhas diárias, em um mundo em que os recursos são escassos¹, é a principal tarefa da Análise Econômica. Quando a palavra economia vem à nossa mente, é comum surgirem questões relativas ao mercado, dinheiro, inflação, juros, entre outras – em especial para quem possui formação em outra área, como é o caso, em geral, dos profissionais do Direito (inclusive dos presentes autores).

No entanto, a título exemplificativo, quando o leitor questiona “*por que a grande maioria das partes interpõe recurso de apelação após a sentença de primeiro grau?*”, “*por que, mesmo quando diante da possibilidade de celebrar um acordo razoável, uma das partes opta por propor ação judicial?*”, “*por que, no processo executivo, aparentemente é mais fácil ser devedor em vez de credor?*”, está-se diante de perguntas tão econômicas quanto às questões atinentes ao mercado, à inflação e aos juros.

Aliando a perspectiva jurídica e os pressupostos da Economia (adiante tratados), torna-se possível refletirmos acerca dos efeitos das regras legais sobre o comportamento dos agentes relevantes, ou seja, das pessoas que devem tomar determinada decisão em certo contexto. Por exemplo, como agirão as partes

de um contrato perante o seu descumprimento, investidores e consumidores perante as modificações do mercado, advogados voltados à celebração de acordos entre partes que se digladiam, juízes ao prolatarem suas sentenças, entre outros.

Em continuidade, podemos questionar se os efeitos comportamentais substancialmente determinados pela estrutura normativa e sua interpretação pelos tribunais são socialmente desejáveis². É que a compreensão da dinâmica do que leva as pessoas a tomarem certas decisões e, por via de consequência, de como se dará a prática social, perpassa pelo “*design das regras legais*”³.

A Análise Econômica do Direito tem por escopo, com efeito, “*expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências*” – a partir dos ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins⁴. Em termos gerais, a economia é capaz de fornecer elementos teóricos voltados à previsão de como as pessoas podem reagir às leis, à consolidação de algum entendimento jurisprudencial ou à sua modificação – indo além do mero bom senso que já permeia (ou deveria permeiar) a atuação profissional no meio jurisdicional⁵.

Cumprir mencionar que a intenção do presente artigo não é esgotar as nuances jurídicas

1. Consoante salienta Bruno Meyerhof Salama, a “*escassez é o ponto de partida da análise econômica*”, pois, “*se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem*”. Em outros termos, torna-se clara a concepção de que “*a escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e incorrerem em tradeoffs, os quais [...] são, na verdade, ‘sacrifícios’: para se ter qualquer coisa é preciso renunciar a alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo*” (SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22).
2. KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. In A.J. Auerbach and M. Feldstein, *Handbook of Public Economics*. February, 1999, p. 1.
3. BAR-GILL, Oren. The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation. *The Journal of Law, Economics, & Organization*. Vol. 22, n. 2, p. 490 a 507, dec. 2005, p. 492.
4. GICO JR., Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 8.
5. Um dos papéis dos sistemas legal e jurisdicional sob a perspectiva da análise econômica consiste em poder ser ou representar “*instituições que reduzem custos de transação, facilitando transações*

que englobam a temática, e, sim, trazer novas perspectivas e ferramentas para a análise do dispositivo inscrito no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Em um primeiro momento, portanto, apresentaremos ao leitor a *prospect theory* (ou teoria da perspectiva), fazendo uma breve incursão sobre as diferenças e a complementação existentes entre a Análise Econômica do Direito “clássica” ou “tradicional” e a comportamental (*behavioral law & economics*).

Em seguida, trataremos da potencial utilização do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil (com menção a outros dispositivos legais, a exemplo do artigo 774, inciso V, do referido diploma adjetivo) como incentivo (ou não) à satisfação de obrigação pecuniária no bojo do processo executivo – utilizando, para tanto, as premissas da *prospect theory* e a noção de *credible threat*. Esperamos que o leitor, ainda que não esteja acostumado com as premissas da Análise Econômica do Direito, consiga perceber no tema proposto que a economia, “baseada em como as pessoas reagem a incentivos, suplanta a intuição da mesma maneira como a ciência suplanta o bom senso”⁶.

II. PROSPECT THEORY E BREVES INCURSÕES SOBRE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO “CLÁSSICA” OU “TRADICIONAL” E COMPORTAMENTAL

Setenta e sete milhões de processos – esse é o número aproximado que representa as demandas judiciais em tramitação no ano de 2019, relativo ao relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça⁷. Todas essas ações são colocadas à mesa de 18.091 (dezoito mil e noventa e um) magistrados, ou seja, uma média de 4.256 (quatro mil, duzentos e cinquenta e seis) processos por juiz. A cada 100.000 (cem mil) habitantes, 12.211 (doze mil, duzentos e onze) ingressaram com uma ação judicial no ano de 2019, número em que se incluem os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais (excluídos, portanto, os cumprimentos de sentença).

Apenas por estarmos a par desses simples dados⁸, podemos – senão devemos – começar a questionar quais são os fatores determinantes que fazem alguém optar pelo caminho que leva seu respectivo conflito para ser resolvido no Poder Judiciário. Sabemos que podem

entre desconhecidos, balizando o que pode ser negociado e identificando as responsabilidades de cada um”. As atividades negociais, a sua realização, formalização por meio dos contratos e a própria atuação no bojo de uma ação judicial podem ser “mais simples” – ou seguras – a partir de informações obtidas por meio de regras claras e precisas. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 2ª impressão, pp. 62-64.

6. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25.
7. Desses 77,1 milhões de processos, 14,2 milhões, ou seja, 18,5% encontravam-se sobrestados ou em arquivo provisório, “aguardando alguma situação jurídica futura”. Assim, conclui-se que, em efetivo andamento, o ano de 2019 terminou com 62,9 milhões de ações judiciais. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020, p. 93. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.
8. Existem diversos outros colocados no relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça que valem a atenção do leitor, especialmente o tempo médio de duração das demandas: na Justiça Estadual, considerando apenas os processos pendentes, o tempo médio de duração foi de 3 anos e 9 meses na fase de conhecimento e de 6 anos e 9 meses na fase de execução, ambas na primeira instância. No âmbito da primeira instância da justiça Federal, o tempo médio dos processos foi de 2 anos e 4 meses e de 7 anos e 8 meses nas fases de conhecimento e de execução, respectivamente.

ser diversas as variáveis e os motivos por que, eventualmente, decide-se pela ação judicial: desencontro de vontades para a celebração de acordo, necessidade de postergar alguma responsabilidade (sopesando o tempo médio de duração de um processo), motivos emocionais (como mágoa, raiva e desprezo), tentativa de demonstrar ou de criar algum obstáculo ou incentivo à resolução consensual do conflito, entre outros.

A despeito de existirem inúmeras razões, tanto de cunho afetivo quanto pautadas em critérios mais objetivos (como o financeiro e dimensionamento do tempo), a Análise Econômica do Direito “clássica” ou “tradicional” é capaz de trazer ferramentas para a compreensão dessa conduta ou escolha – tomada de decisão sobre a propositura de ações judiciais – a partir de três pressupostos: *escassez*⁹,

*racionalidade e preferências*¹⁰. Cumpre destacar que a intenção dessa forma de abordagem, cuja forma de pensamento convencionou-se chamar de teoria ou de modelo da escolha racional, é a de encontrar *padrões* de conduta, como uma maneira de simplificar a média de comportamento das pessoas¹¹.

No entanto, como o objetivo do presente artigo não é esgotar a temática relativa à escolha do modelo racional e ainda precisamos chegar nas premissas da *prospect theory*, passaremos a abordar, também de maneira breve, a Análise Econômica comportamental (*behavioral law & economics*).

As premissas clássicas da Análise Econômica do Direito (escassez, preferências e racionalidade) favorecem a simplificação e a generalidade acerca das decisões ou escolhas realizadas pelas pessoas. Por sua vez, a

9. A escassez remete ao simples (e talvez assustador) fato de que os recursos do mundo são finitos e estão à nossa disposição de maneira limitada. É essa limitação de recursos que impõe a necessidade de fazermos escolhas e de tomarmos toda e qualquer decisão – se todas as coisas do universo fossem infinitamente abundantes, não haveria a necessidade de escolher entre as alternativas A e B, poderíamos ter ambas sem analisar questões de custo e benefício (GICO JR., Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 13-14).
10. O pressuposto das preferências pode ser resumido da seguinte forma: a) entre duas opções, A e B, A será considerada preferível se for justamente a escolha realizada pela pessoa, em detrimento de B; b) já, entre essas mesmas opções, se B é o caminho escolhido, pode-se afirmar que a pessoa prefere a opção B em detrimento de A; e c) A será indiferente a B e vice-versa se, para a pessoa que está realizando a escolha, não fizer diferença optar por uma ou por outra alternativa (GREEN, Steven L. *Rational choice theory: an overview*. Prepared for the Baylor University Faculty Development Seminar on Rational Choice Theory, may 2002, p. 6. Disponível em: <https://business.baylor.edu/steve_green/green1.doc>. Acesso em: 11 mar. 2021).
11. Segundo o pressuposto da racionalidade, as decisões que somos “obrigados” a tomar por conta da premissa da escassez seriam racionais. Ou seja, agiríamos *como se* ponderássemos os custos e benefícios de cada alternativa de escolha possível e decidiríamos seguir o caminho que mais *utilidade* nos trouxesse (maximização da utilidade – daquilo que buscamos com a realização de uma escolha, a exemplo de bem-estar, alegria, prazer, dinheiro, sucesso, entre outras). Como mencionado, o escopo dessa forma de abordagem – cunhada de modelo da escolha racional – é o de possibilitar a generalização do comportamento humano e permitir a conclusão de que as pessoas respondem a incentivos – assim, qualquer modificação nessa estrutura de incentivos poderá levá-las a uma escolha ou caminhos diferentes (SMITH, Vernon L. *Rational choice: the contrast between economics and psychology*. *The Journal of Political Economy*, v. 99, n. 4, p. 877-897, aug., 1991. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/0495/d32e96325197776c8ee13d10d0efc1fae753.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2021, p. 878) (COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. IX).

economia comportamental refinou a análise sobre a estrutura decisória dos indivíduos inserindo aspectos psicológicos e trabalhando com a neurociência (vieses¹² e heurísticas¹³ cognitivas, por exemplo). Deve-se pontuar que a economia comportamental não objetiva invalidar ou refutar os fundamentos do modelo da escolha racional¹⁴ – ambas as formas de abordagem são complementares e preservam sua utilidade.

Segundo a Análise Econômica comportamental, nossas decisões não seriam sempre condizentes com a premissa de que agiríamos como se sopesássemos apenas os custos e os

benefícios de nossas escolhas (como simples seres maximizadores da utilidade das nossas deliberações). Existiriam aspectos subjetivos, valorativos e psicológicos que influenciariam e, por vezes, determinariam fortemente a realização de decisões (a exemplo das emoções negativas ou positivas – raiva, mágoa, desprezo, orgulho, admiração etc.).

Nesse contexto, em março de 1979, Amos Tversky e Daniel Kahneman publicaram o artigo intitulado “*Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*”. Nesse ensaio, os referidos autores passaram a criticar a teoria da utilidade esperada¹⁵ e o modelo da escolha

12. Vieses cognitivos correspondem à ocorrência de desvios sistemáticos no processo de tomada de decisão por conta da utilização de atalhos mentais. Quando o nosso cérebro tenta diminuir o caminho para a realização de uma escolha, pode acontecer de esse atalho levar a um comportamento enviesado ou marcado por vieses cognitivos (PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, v. 49, issue 2, p. 114-118. 2013. Disponível em: <<http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 114).
13. Sobre o conceito de heurísticas, Eyal Peer e Eyal Gamliel assentam que: “Heuristics are cognitive shortcuts, or rules of thumb, by which people generate judgments and make decisions without having to consider all the relevant information, relying instead on a limited set of cues that aid their decisions making”. Em tradução livre: “heurísticas são atalhos cognitivos, ou regras práticas, pelas quais as pessoas geram julgamentos e tomam decisões sem ter que considerar todas as informações relevantes, baseando-se em um conjunto limitado de dicas que auxiliam na tomada de decisões” (Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, v. 49, issue 2, p. 114-118. 2013. Disponível em: <<http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2021, p. 114).
14. Richard Allen Posner assevera que “o fato de que as pessoas nem sempre fazem escolhas racionais não invalida a teoria da escolha racional [...]. A teoria da escolha racional aceita que a capacidade das pessoas de processar informações é limitada – há custos não apenas para obter informações, mas também para absorver e usar essas informações” (*Economic analysis of law*. 9. ed. New York: Aspen Publishers, 2014 [Kindle version], tradução livre). No texto original: “The fact that people do not always make rational choices does not invalidate rational choice theory; random deviations from rational behavior will cancel out. [...]. Rational choice theory accepts that people’s ability to process information is limited – there are costs not only of obtaining information but also of absorbing and using it”.
15. Convém mencionar que, na teoria da utilidade esperada, “[...] a utilidade de um ganho é aferida comparando-se as utilidades de dois estados de riqueza. Por exemplo, a utilidade de obter quinhentos dólares extras quando sua riqueza é de um milhão de dólares é a diferença entre a utilidade de 1.000.500 dólares a utilidade de um milhão de dólares. E se você possui a quantia maior, a desutilidade de perder quinhentos dólares é novamente a diferença entre as utilidades dos dois estados de riqueza. Nessa teoria, as utilidades de ganhos e perdas podem ser diferenciadas apenas pelo sinal (+ ou -). Não há maneira de representar o fato de que a desutilidade de perder quinhentos dólares poderia ser maior do que a utilidade de perder a mesma quantia – embora é claro ela seja. Como talvez seja esperado em uma situação de cegueira induzida pela teoria, possíveis diferenças entre

racional, descrevendo classes de problemas na tomada de decisão para revelar, entre outras questões, que as preferências dos indivíduos não seriam estáveis e predeterminadas.

O pressuposto estabelecido pela *prospect theory* – e que seguirá nossa análise sobre o artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil – é o de que as pessoas percebem os potenciais resultados de suas escolhas ou decisões como ganhos e perdas e não como estados finais de riqueza ou de bem-estar, conforme preconizado pela teoria da utilidade esperada. Tais ganhos e perdas seriam definidos em relação a alguns pontos de referência, os quais corresponderiam ao “[...] estado anterior relativo ao qual ganhos e perdas são avaliados”¹⁶.

No entanto, a localização ou a identificação do ponto de referência e a consequente visualização do resultado de uma escolha como ganho ou perda poderiam ser afetadas pela formulação das *perspectivas* oferecidas e pelas expectativas do tomador de decisão¹⁷. Como consequência lógica, as decisões tomadas pelas pessoas nem sempre se revelariam ótimas, pois a disposição dos indivíduos para correr riscos é influenciada pelo modo como as escolhas são apresentadas, ou seja, se do ponto de vista do tomador de decisão a escolha geraria um ganho ou uma perda¹⁸.

Para melhor compreensão, podemos citar as seguintes situações: i) “Problema 1: O que você prefere? Conseguir novecentos dólares com certeza OU 90% de chance de conseguir mil dólares”; e ii) “Problema 2: O que você prefere? Perder novecentos dólares com certeza OU 90% de chance de perder mil dólares”¹⁹.

Em relação ao primeiro cenário, segundo os pressupostos da *prospect theory*, o tomador de decisão tende a ser *avesso ao risco* e a optar pelo *ganho certo* de novecentos dólares. É que “o valor subjetivo de um ganho de novecentos dólares certamente é mais de 90% do valor de um ganho de mil dólares”²⁰ – ou seja, a sensação que a maioria das pessoas têm, e, acreditamos, o próprio leitor, é que o valor subjetivo de decidir pelo ganho imediato de novecentos dólares é maior quando colocado em contraposição à simples possibilidade (ainda que de 90%) de obter mil dólares. Cumpre destacar o termo *maioria* das pessoas justamente porque a *perspectiva* que levará o indivíduo a decidir por um ou por outro caminho depende, também, da sua capacidade econômica. Pessoas com maior poder econômico talvez sintam que arriscar e escolher 90% de chance de ganhar mil dólares seja uma decisão mais vantajosa do que obter novecentos dólares imediatamente²¹.

ganhos e perdas não foram nem esperadas, nem estudadas. Presumiu-se que a distinção entre ganhos e perdas não importava, então não fazia sentido examiná-la”. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, p. 347.

16. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, p. 350.

17. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, New Haven, CT, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979. Disponível em: <<https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-64a0-5b1c-0000-00003b7ec704/10.05-kahneman-tversky-79.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2021, p. 274.

18. ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. Disponível em: <<http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2021, p. 29.

19. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, p. 348.

20. Idem.

21. Aliás, vale mencionar o fenômeno denominado de *diminishing sensitivity*, o qual pode ser resumido na afirmação de que “mudanças nos pontos finais de uma escala são mais significativas do que as

Portanto – e essa é a conclusão que nos acompanhará na análise do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil –, quando colocado diante perspectivas de ganho, a tendência é que o indivíduo tomador de decisão seja avesso ao risco²². Em resumo: perspectivas ou expectativas de ganho tendem a gerar um comportamento aversivo ao risco (aliás, essa afirmação pode explicar por que algumas partes conseguem chegar a um acordo e outras acabam propondo ações judiciais, interpretando-se a própria propositura como um empreendimento de risco).

No tocante à segunda situação proposta, a tendência é que as pessoas optem pela aposta

de 90% de perder mil dólares, na medida em que “o valor (negativo) de perder novecentos dólares é muito maior do que 90% do valor (negativo) de perder mil dólares. A perda certa é muito aversiva”²³. Em outros termos, a sensação de perda tende a gerar uma ação ou conduta de *busca de risco*, pois a escolha de perder algo imediatamente “dói” mais do que optar pela probabilidade, ainda que alta, de perder algo futuramente.

A *prospect theory* compreende duas fases no processo de tomada de escolha: enquadramento ou edição e avaliação (*framing and valuation*). Na primeira etapa, “o tomador de decisão constrói uma representação dos atos,

mudanças mais próximas do meio” (GUTHRIE, Chris. Framing frivolous litigation: a psychological theory. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 163, p. 163-216, 2000. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5022&context=uclrev>>. Acesso em: 20 mar. 2021, p. 196, tradução livre). Na escala de certeza do indivíduo, consoante explicado por Daniel Kahneman e Amos Tversky, existem dois pontos finais, certeza e impossibilidade, que são naturalmente levados em consideração na avaliação de algo incerto. O princípio da diminuição da sensibilidade implica reconhecer que o impacto de uma mudança na probabilidade “[...] diminui com a distância do limite. Por exemplo, um aumento de .1 na probabilidade de ganhar um determinado prêmio tem mais impacto quando muda a probabilidade de ganhar de .9 para 1.0 ou de 0 para 1, do que quando muda a probabilidade de ganhar de .3 para .4 ou .6 para .7”. Ou seja, “a mudança de impossibilidade para possibilidade ou de possibilidade para certeza tem um impacto maior do que uma mudança comparável no meio da escala” (TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk and Uncertainty*, n. 5, p. 297-323, 1992. Disponível em: <http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2780/tversky_kahneman_advances.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021, p. 303, tradução livre). Como decorrência desse fenômeno, “[...] probabilidades muito pequenas podem ser excessivamente ponderadas ou completamente negligenciadas”. Em outros termos, “[...] as pessoas geralmente buscam o risco ao lidarem com ganhos improváveis e são avessas ao risco ao lidarem com perdas improváveis”, o que explica e contribui, em termos práticos, para a atratividade dos “[...] bilhetes de loteria e apólices de seguro” (KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, values, and frames, p. 8, tradução livre). A ação judicial frívola, aqui entendida como sendo aquela com baixa probabilidade de êxito, é comparável à atratividade do bilhete de loteria. O fato de o potencial litigante ter pequenas chances de sucesso na resolução da demanda proposta, o que se traduz em um ganho quase improvável, torna-o propenso à tomada de decisões arriscadas.

22. Não obstante, Amos Tversky e Daniel Kahneman observaram que as pessoas agem de forma a buscar o risco (*risk-seeking*) quando existe “uma pequena probabilidade de ganhar um grande prêmio sobre o valor esperado dessa perspectiva” (lógica dos bilhetes de loteria). TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk and Uncertainty*, n. 5, p. 297-323, 1992. Disponível em: <http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2780/tversky_kahneman_advances.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021, p. 298, tradução livre.

23. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 348.

contingências e os resultados relevantes para a decisão”²⁴, buscando analisar preliminarmente as perspectivas oferecidas, organizar e reformular as opções para a fase subsequente.

Quando se inicia a segunda fase, “[...] as perspectivas editadas são avaliadas e a perspectiva de maior valor é escolhida”²⁵. Ou seja, o indivíduo, ao sopesar as opções disponíveis para realizar certa decisão, estabelecerá suas perspectivas a respeito das possibilidades aventadas, designando aquelas que lhe pareçam de maior e de menor valor. Vale mencionar que essa valoração é de cunho subjetivo e pode variar de sujeito para sujeito – aquilo que é interpretado ou recebido como perda para um, pode ser sopesado como ganho para outro, o que dependerá do contexto da decisão a ser tomada e do *enquadramento* feito.

Diante dessas colocações, questiona-se: como podemos interpretar ou utilizar a

prospect theory na análise prática do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil? Antes de abarcarmos essa interseção no próximo subitem, é importante trazermos alguns aspectos teóricos e de interpretação jurisprudencial sobre o referido dispositivo legal.

III. UTILIZAÇÃO DO ARTIGO 139, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO INCENTIVO À SATISFAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA A PARTIR DA PROSPECT THEORY E DA NOÇÃO DE CREDIBLE THREAT

Muito se discute sobre a aplicabilidade do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo de Civil²⁶ – quais seriam (ou se deveriam existir) os requisitos para sua utilização²⁷, se a sua redação é ou não inconstitucional (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.941), se é

24. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk and Uncertainty*, n. 5, p. 297-323, 1992. Disponível em: <http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2780/tversky_kahneman_advances.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2021, p. 299, tradução livre. No texto original: “In the framing phase, the decision maker constructs a representation of the acts, contingencies, and outcomes that are relevant to the decision”.

25. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, New Haven, CT, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979. Disponível em: <<https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-64a0-5b1c-0000-00003b7ec704/10.05-kahneman-tversky-79.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2021, p. 274, tradução livre. No texto original: “the edited prospects are evaluated and the prospect of highest value is chosen”.

26. “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”

27. A título exemplificativo, para Marcus Vinicius Motter Borges, a adoção de medidas coercitivas com base no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil dependeria da verificação dos seguintes requisitos: a) subsidiariedade em relação às medidas típicas; b) necessidade de requerimento da parte/exequente; c) necessidade de contraditório prévio; d) customização da coerção à pessoa do devedor; e) existência de indícios de ocultação de bens penhoráveis; f) necessidade de cognição de prévia de determinadas matérias de defesa do executado (como as teses capazes de levar à extinção da execução); e g) análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (BORGES, Marcus Vinicius Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019). Por sua vez, para Daniel Amorim Assumpção Neves, os requisitos para aplicação do dispositivo em comento seriam os seguintes: a) constatação de que os meios típicos foram incapazes de gerar a satisfação do crédito; b) que a medida executiva atípica pretendida é eficaz, ou seja, capaz

possível aplicá-lo em execuções de diversas naturezas (fiscal e alimentar, por exemplo), entre outras peculiaridades. Ressaltamos, desde logo, que o objetivo deste artigo não é tratar diretamente dessas questões, e, sim, trazer ao leitor novas reflexões acerca do uso das medidas executivas atípicas sob a ótica e perspectiva da Análise Econômica do Direito.

No entanto, como assentamos anteriormente, as regras legais e a forma pela qual os tribunais as interpretam e se posicionam são fatores que determinam, em geral, o comportamento das partes e dos agentes relevantes que tomarão alguma decisão dentro do contexto analisado. As regras legais não importam apenas quando há a necessidade de usar o que elas dispõem.

A ótica consequencialista e o exercício mental sobre os efeitos sociais das normas jurídicas e de suas possíveis interpretações não podem passar despercebidos – quanto maior a incerteza jurídica, maior será a assimetria ou o distanciamento informacional entre as partes (o que provoca ou mantém o conflito). *Contrário sensu*, quanto mais claras e precisas forem as regras “do jogo”, tanto melhor serão as informações obtidas pelos jurisdicionados e a própria prestação jurisdicional.

Dito isso, a despeito de não existir um consenso entre a doutrina sobre os requisitos

necessários à aplicação do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil (vide nota de rodapé n. 29), e, ainda, de pairar uma ação direta de inconstitucionalidade sob a norma em análise, atualmente podemos dizer que o Superior Tribunal de Justiça²⁸ sopesa os seguintes critérios para a aplicação das medidas coercitivas atípicas: i) intimação prévia do executado para pagar o débito e apresentar bens destinados ao adimplemento da dívida; ii) contraditório prévio; iii) decisão devidamente fundamentada, “a partir das circunstâncias específicas do caso”, não sendo suficiente a mera indicação ou reprodução do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil; iv) esgotamento prévio dos meios típicos de satisfação do crédito; v) observância da proporcionalidade e da razoabilidade; e vi) indícios mínimos no sentido de que o executado possui bens aptos à satisfação da dívida.

Do inteiro teor dos acórdãos analisados, percebe-se que os critérios de maior valor são a demonstração mínima de que o executado possui bens à satisfação da dívida, ou seja, de que está ocultando ou escondendo o seu patrimônio, e que os meios típicos destinados à sua satisfação foram devidamente exauridos (subsidiariedade²⁹). É perceptível, ainda, certa rigidez na aplicação das medidas executivas atípicas, ou seja, os órgãos judiciários

de pressionar o executado a cumprir a obrigação; c) observância dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade; d) desnecessidade de requerimento da parte; e) contraditório diferido apenas em caso de preenchimento dos requisitos da tutela provisória; e) fundamentação da decisão completa e exauriente (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*, São Paulo, v. 265, p. 125-150, 2017).

28. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.894.170/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 27/10/2020, DJe 12/11/2020. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.782.418/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 23.04.2019, DJe 26.04.2019. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.788.950/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 23.04.2019, DJe 26.04.2019.
29. Sobre esse critério, convém ponderar que “a subsidiariedade não era e continua a não ser aceita, por exemplo, quando se trata de alimentos: embora ressalvados limites temporais (de que trata a Súmula 309 do STJ), o requerimento de prisão não está condicionado a que, antes, o credor de alimentos tenha tentado penhorar patrimônio do devedor. Aliás, a assertiva vale também para as obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa. E assim ocorre ao menos em parte pelas razões de economia já

revelam-se resistentes à sua utilização – seja por motivo de não concordar com a própria existência do dispositivo, seja por considerar que o pedido formulado pela parte esbarra em algum dos requisitos construídos pela doutrina e pela jurisprudência.

Aliás, a intenção do presente artigo não é analisar o cabimento ou a razoabilidade jurídica de cada critério adotado pelo Superior Tribunal de Justiça – apenas os mencionamos para estabelecer o atual contexto de aplicação das medidas executivas atípicas e, a partir daí, o potencial comportamento do devedor diante da interpretação dada ao artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Pois bem. Uma das conclusões mais importantes advinda da *prospect theory* é a de que as perdas certas ou a certeza da perda *doem* mais do que perdas meramente *prováveis* (somos, em geral, seres avessos à perda – *loss aversion*). A tendência, em um cenário de perda, é gerar ou provocar um comportamento de busca de risco, no sentido de fazer com que o indivíduo prefira optar por uma possibilidade de perda maior em detrimento de uma perda menor, mas certa e imediata.

Em um processo executivo, seja cumprimento de sentença ou por execução de título extrajudicial visando ao pagamento de

quantia certa, o réu tem conhecimento de que se encontra em uma posição de perda potencialmente certa. Diz-se *potencialmente* porquanto, a despeito de ser devedor em uma execução, este pode pagar imediatamente ou *arriscar* e optar por simplesmente não pagar o valor devido, ainda que venha a eventualmente sofrer a expropriação de seu patrimônio e a imposição de multas (até a chegada desse momento, presume-se que o devedor buscará usar, em seu favor, o considerável tempo que leva o procedimento³⁰, a possibilidade de agravar toda decisão executiva, de opor embargos à execução etc.).

Nesse contexto de perda *potencial*, torna-se oportuna a diferenciação entre devedores que possuem relevantes ou plausíveis fundamentos fáticos e jurídicos para a apresentação de sua defesa (via impugnação ou embargos à execução, por exemplo), de um lado, e aqueles não são detentores de circunstâncias defensivas favoráveis, de outro. Este grupo de devedores, ou seja, daqueles que não possuem argumentos ou fundamentos capazes de modificar sua situação jurídica, tendem a buscar apenas o retardamento da obrigação executiva ou da sua própria perda (postergamento este que tende a levá-lo a uma situação mais gravosa, notadamente em razão dos juros moratórios e dos potenciais encargos, a

mencionadas. Ora, se o emprego de meios indiretos é reconhecidamente mais útil para o Estado e para o credor, é lícito indagar: que razão lógica justificaria só se chegar ao que é mais eficiente depois de se esgotarem os modos mais custosos e menos eficientes? Nesse particular, não parece lícito falar num direito do devedor de ver executado seu patrimônio; direito que afastaria a possibilidade de não ser compelido a aliená-lo por conta própria e, com o produto, quitar sua dívida" (YARSHELL, Flávio Luiz. *O futuro da execução por quantia nas mãos do STJ: proposta de reflexão sob a ótica econômica*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/303196/o-futuro-da-execucao-por-quantia-nas-maos-do-stj--proposta-de-reflexao-sob-a-otica-economica>>. Acesso em 10 de mar. 2021).

30. Segundo último relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça: a) na Justiça Estadual, considerando apenas os processos pendentes, o tempo médio de duração foi de 3 anos e 9 meses na fase de conhecimento e de 6 anos e 9 meses na fase de execução, ambas na primeira instância; b) no âmbito da primeira instância da justiça Federal, o tempo médio dos processos foi de 2 anos e 4 meses e de 7 anos e 8 meses nas fases de conhecimento e de execução, respectivamente. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

exemplo de sanções por litigância de má-fé e/ou atentado à dignidade da justiça). Ainda, fazendo uso do decurso do tempo, a esperança deste grupo de devedores pode remanesecer em eventual modificação do ânimo do credor para que esse venha a aceitar, em uma negociação, um valor menor que o efetivamente devido³¹.

Em outros termos, ainda que seja devedor solvente, o cenário em que o réu se encontra no bojo de um processo executivo não se distingue, em sua essência, da situação exemplo apresentada neste artigo: você prefere perder novecentos dólares agora ou ter 90% de chance de perder mil dólares? Dessa sensação de que arriscar perder algo no futuro, ainda que maior, seria algo mais proveitoso do que a certeza da perda é que emerge a necessidade de utilização da noção de *credible threat* (ameaça crível) no processo executivo, em especial pelo órgão judiciário. O intuito dessa abordagem é mitigar ou diminuir a força da percepção ou da intuição do réu de que postergar a responsabilidade de pagamento (perda) não é, imperiosamente, o curso de ação mais vantajoso (ainda que a estrutura legal ou de interpretação da norma gere incentivos nesse sentido – a exemplo de buscar a extinção do processo pela ocorrência de prescrição intercorrente).

Basicamente, “como outras garantias”, ameaças são “sinais e, em alguns casos, o valor de um sinal é alto o suficiente para justificar o apoio legal em detrimento do desânimo e da indiferença”. Em termos genéricos, ao fazer uma ameaça, “A faz uma exigência de B e promete, ou ameaça, impor um custo a B se esse não obriga ou cumpre” – os autores Saul Levmore e Ariel Porat denominam essa situação de “garantia ou promessa negativa”, “a fim de reservar o rótulo de ‘promessa’ para melhorias na posição de B”³².

Para Tore Ellingsen e Magnus Johannesson, “nenhuma promessa ou ameaça é crível por si só. Somente a aplicação por terceiros ou preocupações com a reputação tornam os compromissos verbais críveis”³³. Diante de uma decisão judicial, no entanto, em que o órgão judiciário ameaça impor uma medida coercitiva atípica a algum devedor comprovada e minimamente solvente, a depender do momento decisório e da espécie de medida, ainda assim esta poderá não surtir o efeito esperado.

A credibilidade ou a efetividade da promessa negativa de aplicação de uma medida coercitiva atípica tende a depender, basicamente, de dois fatores: i) como e em que momento ocorre o *enquadramento* dessa ameaça; e ii) qual a sua natureza em referência ao efeito psicológico e prático que pode vir a

31. No entanto, a depender do caso concreto e da situação financeira do credor, essa linha de conduta pode não surtir o efeito esperado – como as custas são adiantadas pelo exequente e esse já despendeu muita atenção e energia ao processo e, principalmente, por se encontrar em uma perspectiva de potencial ganho maior caso prossiga com a execução e com as tentativas de expropriação do patrimônio do devedor, a tendência de celebração de acordo neste cenário não é exatamente favorável.

32. LEVMORE, Saul; PORAT, Ariel. *Credible Threats*. *Coase-Sandor Institute for Law and Economics – The University of Chicago Law School*. Jul. 2014, p. 2. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 10 de mar. 2021. Tradução livre. No texto original: “Threats, like other assurances, are signals, and in some cases the value of a signal is high enough to justify legal support rather than discouragement or indifference [...]. When making a threat, A makes a demand of B, and promises, or threatens, to impose a cost on B if the latter does not oblige, or comply. We call this assurance, or negative promise, a ‘threat’ in order to reserve the ‘promise’ label for improvements in B’s position”.

33. ELLINGSEN, Tore; JOHANNESSON, Magnus. Promises, Threats and Fairness. *The Economic Journal*. Vol. 114, n. 495, apr. 2004, p. 397-420, p. 397. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3590101?seq=1>>. Acesso em: 10 de mar. 2021.

provocar no devedor. A partir desses elementos, o executado vai construir a percepção dos atos, contingências e dos possíveis resultados oriundos de eventual efetivação da medida coercitiva atípica (fases da *prospect theory*). Vale lembrar que, depois dessa avaliação e enquadramento da promessa negativa, o indivíduo, então devedor, vai escolher o caminho percebido como sendo de *maior valor* (em seu sentido subjetivo e não necessariamente quantificável monetariamente).

No tocante ao primeiro fator, Erik Navarro Wolkart³⁴ destaca que, quanto mais rápida a realização de uma ameaça, mais crível ela se tornaria. Na sua visão, seria a diferença entre intimidar o devedor para pagamento, no prazo de 15 (quinze) dias (hipótese do artigo 523 do Código de Processo Civil), sob pena de incidência da multa de 10% e de honorários de advogado de 10% sobre o valor devido e, por outro lado, de já acrescentar na locução “*sob pena de*” a possibilidade de retenção imediata da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e de inclusão do nome civil no cadastro de inadimplentes, além de aplicação de multa diária. Qual promessa negativa teria maior impacto na estrutura decisória do devedor entre realizar o pagamento ou postergar a satisfação da execução?

É interessante pontuar e trazer à reflexão que *ameaçar* ou fazer a promessa negativa de aplicação ao devedor de uma medida atípica, possibilidade prevista em lei, não é o mesmo que, desde logo, efetivá-la por meio de decisão judicial. A locução “*sob pena de*” deixa clara que a hipótese é futura, condicionada ao não pagamento e, ainda, ao cumprimento dos requisitos que o órgão judiciário entender cabíveis para o caso concreto. Todavia, o *efeito psicológico* de uma promessa negativa, criada por meio da *potencial* aplicação de regras legais colocadas à disposição do órgão

judiciário (ainda que ela não venha a ser efetivada na prática), pode ajudar ou propiciar a criação de incentivos ao pagamento do débito e a determinar os cenários antevistos pelo devedor (gerando conduta de aversão ou de busca de risco).

Essa premissa, aliás, não se limita ao artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Por exemplo, o artigo 774, inciso V, do Código de Processo Civil, dispõe que “*considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: [...] 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*” (a multa, nesse caso, poderá ser de até 20% do valor atualizado do débito, a ser revertida em proveito do exequente). No entanto, parece-nos que, na prática, esse dispositivo é pouco utilizado nas ações executivas, ficando normalmente ao encargo do exequente a realização de extensa e de, às vezes, impossível pesquisa sobre o patrimônio do devedor. A utilização desse dispositivo, outrossim, pode ajudar tanto o exequente quanto o órgão judiciário a determinar o cumprimento do requisito relativo à comprovação de que o réu estaria ocultando ou escondendo seu patrimônio, para fins de aplicação ou de ameaça de uso das medidas executivas atípicas.

O segundo fator mencionado – tipologia da medida atípica – refere-se à capacidade da promessa negativa de sua aplicação produzir no devedor o efeito reflexivo e psicológico esperado. De nada adianta ameaçar apreender a Carteira Nacional de Habilitação de um executado que não utiliza veículo automotor ou de restringir o uso do seu passaporte em plena Pandemia de Covid-19 (em que notadamente as possibilidades de viajar diminuíram substancialmente)³⁵. Há a necessidade,

34. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 697.

35. Marcus Vinicius Motter Borges traz como requisito de eficácia das medidas coercitivas atípicas a “*customização da coerção à pessoa do devedor*” (BORGES, Marcus Vinicius Motter. *Medidas*

portanto, de sopesar a rapidez ou o correto momento de produzir a ameaça com o nível de aptidão da medida de gerar a credibilidade almejada perante o devedor.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão do comportamento e da decisão humana talvez seja uma das tarefas mais difíceis e instigadoras que a Análise Econômica do Direito poderia nos propiciar. No âmbito jurisdicional, no qual as normas jurídicas e as interpretações oriundas dos tribunais interagem entre si e com os agentes relevantes (profissionais do Direito, partes etc.), pensar as regras legais como incentivos ou desincentivos a certos comportamentos ou escolhas pode fazer a diferença em cada caso concreto – diferença no sentido de fomentar ou de resolver o conflito de uma maneira mais eficiente.

Nessa linha de raciocínio, a Análise Econômica do Direito nos permite refletir, para além do bom senso, sobre os efeitos das regras legais e sua interpretação no comportamento humano. Essa análise, aliás, pode ser realizada sob as perspectivas da Análise Econômica “clássica” ou “tradicional” (escassez, maximização da utilidade, preferências) e a partir da inclusão de aspectos psicológicos do indivíduo, a exemplo das heurísticas e dos vieses cognitivos.

A análise deste breve estudo centrou-se nas premissas da *prospect theory*, cunhada por Daniel Kahneman e Amos Tversky, sobre a qual nos tornamos capazes de compreender de maneira científica o que, na prática, já sentimos: nem sempre nossas decisões serão baseadas unicamente em preço (em sentido monetário ou financeiro), mas, sim, em perspectivas de ganho ou de perda *subjetivas*, a partir das quais arriscaríamos menos ou mais em determinada escolha.

É possível, por conseguinte, moldar o comportamento das pessoas por meio do *desenho* ou do cenário construído acerca da decisão que ela deve tomar em determinado contexto (enquadramento). No bojo do processo executivo, basicamente a decisão a ser tomada pelo devedor solvente é: pagar ou não pagar o credor? Trazendo ao leitor a noção de *credible threat*, passamos a analisar a potencialidade de uso do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil como uma promessa negativa, na tentativa de torná-lo um incentivo à satisfação do débito pelo executado.

Longe de tentar esgotar o tema proposto, a intenção deste breve artigo foi a de trazer ao leitor algumas reflexões atreladas às premissas da *prospect theory* e de *credible threat*. Como os indivíduos interpretam suas escolhas e decisões a partir de cenários subjetivos ou valorativos de perda e de ganho, não necessária e unicamente monetários, tem-se tornado cada vez mais imprescindível sopesar o uso das regras legais e sua interpretação sob a ótica consequencialista – ou seja, analisar e pensar como a utilização de qualquer norma processual pode gerar incentivos ou desincentivos à resolução eficiente da demanda, à cooperação entre as partes, à satisfação da dívida no processo executivo, entre outros.

V. BIBLIOGRAFIA

- ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. Disponível em: <<http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2021.
- BAR-GILL, Oren. The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation. *The Journal of Law, Economics, & Organization*. Vol. 22, n. 2, p. 490 a 507, dec. 2005.

- BORGES, Marcus Vinicius Motter. *Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV, do CPC/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.894.170/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 27/10/2020, DJe 12/11/2020.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.782.418/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 23.04.2019, DJe 26.04.2019.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.788.950/ MT, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 23.04.2019, DJe 26.04.2019.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020, p. 93. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.
- ELLINGSEN, Tore; JOHANNESSON, Magnus. Promises, Threats and Fairness. *The Economic Journal*. Vol. 114, n. 495, apr. 2004, p. 397-420, p. 397. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3590101?seq=1>>. Acesso em: 10 de mar. 2021.
- GICO JR. Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. São Paulo: Editora Foco, 2020.
- GREEN, Steven L. *Rational choice theory: an overview*. Prepared for the Baylor University Faculty Development Seminar on Rational Choice Theory, may 2002. Disponível em: <https://business.baylor.edu/steve_green/green1.doc>. Acesso em: 11 mar. 2021.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. In A.J. Auerbach and M. Feldstein, *Handbook of Public Economics*. February, 1999.
- LEVMORE, Saul; PORAT, Ariel. Credible Threats. *Coase-Sandor Institute for Law and Economics – The University of Chicago Law School*. Jul. 2014, p. 2. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 10 de mar. 2021.
- PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, v. 49, issue 2, p. 114-118. 2013. Disponível em: <<http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2021.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 2ª impressão.
- POSNER, Richard Allen. *Economic analysis of law*. 9. ed. New York: Aspen Publishers, 2014, Kindle version, n.p.
- SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SMITH, Vernon L. Rational choice: the contrast between economics and psychology. *The Journal of Political Economy*, v. 99, n. 4, p. 877-897, aug, 1991. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/0495/d32e96325197776c8ee13d10d0efc1fae753.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2021.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, New Haven, CT, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979. Disponível em: <<https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-64a0-5b1c-0000-00003b7ec704/10.05-kahneman-tversky-79.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2021.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk an Uncertainty*, n. 5, p. 297-323, 1992. Disponível em: <http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2780/tversky_kahneman_advances.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2021.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *O futuro da execução por quantia nas mãos do STJ: proposta de reflexão sob a ótica econômica*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/303196/o-futuro-da-execucao-por-quantia-nas-maos-do-stj--proposta-de-reflexao-sob-a-otica-economica>>. Acesso em 10 de mar. 2021.