

Fredie Didier Jr.  
Leonardo Carneiro da Cunha  
Paula Sarno Braga  
Rafael Alexandria de Oliveira

# CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Execução

CONFORME  
NOVO  
CPC

7ª EDIÇÃO

revista, ampliada e atualizada



5

2017

 EDITORA  
JusPODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

Tombo... 15273.....  
Classif. 347.9.....  
.....  
PHA... D553c.....  
Ano... 2017 V... 5.....  
Ed.: 7.....  
Ass.: AME.....

 EDITORA  
JusPODIVM  
www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

**Copyright:** Edições JusPODIVM

**Conselho Editorial:** Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

**Capa:** Rene Bueno e Daniela Jardim ([www.buenojardim.com.br](http://www.buenojardim.com.br))

**Diagramação:** Marcelo S. Brandão ([santibrando@gmail.com](mailto:santibrando@gmail.com))

---

D556c Didier Jr., Fredie  
Curso de direito processual civil: execução / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira – 7. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.  
v.5  
1.120 p.

Bibliografia.  
ISBN 978-85-442-1519-7.

1. Direito processual. 2. Direito processual civil. 3. Execução. I. Didier Jr., Fredie. II. Cunha, Leonardo Carneiro da. III. Braga, Paula Sarno. IV. Oliveira, Rafael Alexandria de. V. Título.

CDD 341.46

---

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

*A Francisco de Paula Baptista,  
José de Moura Rocha e Paulo Furtado,  
dois pernambucanos e um baiano que, a seu tempo e  
à sua maneira, contribuíram para o estudo  
do processo de execução no Brasil.*

# Princípios da tipicidade e da atipicidade dos meios executivos

**Sumário** • 1. Introdução – 2. A atipicidade dos meios executivos no direito processual civil brasileiro (arts. 139, IV, e 536, § 1º, CPC): harmonização e standards para a compreensão do tema: 2.1. Introdução: os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC; 2.2. Cláusulas gerais processuais executivas; 2.3. Âmbito de incidência dos comandos normativos; 2.4. Abrangência subjetiva dos comandos normativos; 2.5. Critérios para fixação da medida executiva atípica: observância dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição de excesso e dos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução; 2.6. O papel da fundamentação no controle das medidas executivas atípicas e a observância do contraditório; 2.7. A não adstrição da decisão judicial ao pedido relativo à medida executiva atípica a ser imposta e possibilidade de determinação de ofício; 2.8. A possibilidade de alteração da medida executiva que se mostrou ineficaz ou que já não é mais necessária; 2.9. Proibição de o juiz impor, ex officio, como medida executiva atípica, providência para a qual a lei, tipicamente, exige provocação da parte; 2.10. Proibição de o juiz impor, como medida executiva atípica, medida executiva típica regulada pela lei de outro modo; 2.11. A multa como medida atípica na execução por quantia e a possibilidade de aplicação direta das medidas executivas atípicas, na execução por quantia, para forçar o cumprimento de deveres processuais; 2.12. A prisão civil como medida atípica; 2.13. A medida atípica determinada não pode constituir-se em um ilícito (civil, penal, internacional etc.). O caso da privação de sono; 2.14. Fundamento normativo para a execução das decisões estruturais; 2.15. Negócio processual que verse sobre o poder geral de efetivação do julgador; 2.16. Possibilidade de aplicação do princípio no âmbito do processo penal – o art. 3º do CPP e o caso WhatsApp – 3. Síntese das diretrizes (standards) para concretização do princípio da atipicidade das medidas executivas.

## 1. INTRODUÇÃO

Durante muito tempo vingou a ideia de que o órgão julgador somente poderia proceder à execução valendo-se de meios executivos tipicamente previstos na legislação. Essa era uma forma de controlar a sua atividade, evitando-se que agisse arbitrariamente e garantindo-se a liberdade ou a

segurança psicológica do cidadão<sup>1</sup> – ideias intimamente ligadas aos valores liberais. “Em outras palavras, a lei, ao definir os limites da atuação executiva do juiz, seria uma garantia de justiça das partes no processo”<sup>2</sup>.

Sucede que, como pondera Marcelo Lima Guerra, “é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos merecedores de tutela executiva (o que significa dizer, aqueles direitos consagrados em títulos executivos) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades”<sup>3</sup>.

Diante dessa inevitável realidade, o chamado *princípio da tipicidade dos meios executivos* foi cedendo espaço ao chamado *princípio da concentração dos poderes de execução do juiz*<sup>4</sup> ou *princípio da atipicidade*.

Há, atualmente, uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, criando-se uma espécie de *poder geral de efetivação*, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de *coerção direta*, sejam de *coerção indireta*. Parte-se da premissa de que as “modalidades executivas devem ser idôneas às necessidades de tutela das diferentes situações de direito substancial”<sup>5</sup>.

Michelle Taruffo<sup>6</sup> já apontava que o direito americano, diante da inefetividade dos meios executivos *at law*, começou a autorizar o magistrado a tomar medidas executivas adequadas ao caso concreto. Trata-se, afirma o jurista italiano, de aplicação do princípio da adequação, segundo o qual as regras processuais devem ser adaptadas às necessidades do direito material.

O CPC estruturou um sistema concertado de medidas executivas típicas e atípicas, variando conforme a natureza da prestação executada.

Este capítulo é dedicado ao estudo desse sistema.

1. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 43.
2. MARINONI, Luiz Guilherme. “Controle do poder executivo do juiz”. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 225.
3. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 66.
4. MARINONI, Luiz Guilherme. “Controle do poder executivo do juiz”. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, cit., p. 229.
5. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007, p. 61.
6. TARUFFO, Michelle. “A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 59, p. 78.

## 2. A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO (ARTS. 139, IV, E 536, § 1º, CPC): HARMONIZAÇÃO E STANDARDS PARA A COMPREENSÃO DO TEMA

### 2.1. Introdução: os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC

No Brasil, há previsão expressa que garante a *atipicidade* dos meios executivos na efetivação das obrigações em geral.

Araken de Assis, em sentido oposto, entende que não se pode falar em *atipicidade* das medidas executivas. Para ele, tal interpretação do art. 536, § 1º, CPC, seria inconstitucional por violação ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que impede que o sujeito seja privado de seus bens sem a observância do devido processo legal. Entende que é “ilegítimo engendrar um mecanismo próprio específico para o caso concreto, em benefício de uma das partes e em detrimento da outra”. E conclui: “nada disso impede a incidência da adequação do meio ao fim como método de concretizar direitos; porém, no âmbito da tipicidade”<sup>7</sup>.

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

O art. 139, IV, do CPC estabelece que cabe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

O texto legal sofre de uma atecnia: medidas mandamentais, indutivas e coercitivas são, rigorosamente, a mesma coisa. Trata-se de meios de execução *indireta* do comando judicial. Sem distinções. As medidas sub-rogatórias são meios de execução *direta* da decisão.

O art. 297 cuida da tutela provisória e garante que, na mesma medida da tutela definitiva, a tutela provisória também pode ser efetivada *atipicamente*.

Já o art. 536, § 1º, CPC, preceitua que “para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”.

O *caput* do art. 536 dispõe que “no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da

7. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. São Paulo: RT, 2015, v.2, p. 936-937.

tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente”.

É tarefa da doutrina e dos tribunais fornecer critérios dogmáticos seguros para a aplicação desses dispositivos – que constituem, como veremos adiante, *cláusulas gerais executivas*.

Este *Curso* pretende apresentar diretrizes para compreender de que modo a *atipicidade* dos meios executivos pode ser utilizada. O rol seguinte é, evidentemente, exemplificativo – trata-se de obra em permanente progresso.

## 2.2. Cláusulas gerais processuais executivas

Os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º são cláusulas gerais processuais executivas<sup>8</sup>.

Como visto no capítulo introdutório do v. 1 deste *Curso*, cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa<sup>9</sup>. Há várias concepções sobre as *cláusulas gerais*. Optamos por essa para fins didáticos, além de a considerarmos a mais adequada.

A existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos. As cláusulas gerais servem para a realização da *justiça do caso concreto*.

Para dar operatividade a esses comandos normativos tão fluídos, o sistema de precedentes obrigatórios, estruturado pelo CPC, é

8. MARINONI, Luiz Guilherme. “Controle do poder executivo do juiz”. *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, cit., p. 231.
9. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 303-306; CASTRONOVO, Carlo. “L'avventura delle clausole generali”. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, ano IV, n. 1, p. 24, nota 14; ÁVILA, Humberto Bergmann. “Subsunção e concreção na aplicação do direito”. *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 432; MAZZEI, Rodrigo. “O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Editora Juspodivm, 2006, p. 34; CAMBI, Eduardo e NALIN, Paulo. “O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 95.

absolutamente fundamental<sup>10</sup>. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Essa relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* (núcleo normativo do precedente judicial<sup>11</sup>) dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé<sup>12</sup>. Além disso, a cláusula geral funciona como *elemento de conexão*, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados<sup>13</sup>.

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

A execução direta, ou por sub-rogação, pode viabilizar-se por diferentes técnicas<sup>14</sup>: (i) *desapossamento*, muito comum nas execuções para

10. ZANETI Jr., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017, v. XIV, p. 115.
11. Sobre a *ratio decidendi*, ver o capítulo sobre precedente judicial no v. 2 deste *Curso*.
12. MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, 1998, n. 139, p. 10.
13. “Figure-se por exemplo, num sistema no qual inexista cláusula geral em matéria de direito dos contratos, o julgamento de uma variedade de casos em que os magistrados decidam ter havido inadimplemento contratual por parte de um ou de ambos contratantes, partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada, pelo juiz ‘A’ numa referência à equidade; pelo juiz ‘B’, ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o *decisum*, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpresso legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base numa interpretação integradora da vontade contratual. Em todas estas situações a sentença poderá estar adequadamente fundamentada. Contudo, ninguém discutirá que a dispersão dos fundamentos utilizados dificultará sobremaneira a pesquisa dos precedentes, pois será quase impossível visualizar a identidade da *ratio decidendi* existente em todos os exemplos acima figurados, ‘a menos que seja facultado (ao juiz do caso atual) consultar toda a matéria de que se serviu o juiz (dos casos precedentes) na sua integralidade’, o que se afigura, na prática, fantástico. Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito — pela dificuldade na reiteração da hipótese nova —, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes.” (MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”, cit., p. 10-11). Em boa síntese: “As cláusulas gerais só são funcionais a partir do uso dos precedentes. Com efeito, elas, por si só, não significam nada, ou significam muito pouco, podendo dar ensejo a várias normas, inclusive contraditórias, dependendo da concretização. Enquanto os tribunais não dialogarem com seus precedentes será muito difícil trabalhar com o devido processo legal”, que é exemplo de cláusula geral (MACÊDO, Lucas Buriel de. “A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 216, p. 394).
14. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 193-195.

entrega de coisa, por meio da qual se retira da posse do executado o bem a ser entregue ao exequente (p. ex., despejo, busca e apreensão, reintegração de posse); (ii) *transformação*, por meio da qual o juiz determina que um terceiro pratique a conduta que deveria ser praticada pelo executado, cabendo a este arcar com o pagamento do custo respectivo; ou (iii) *expropriação*, típica das execuções para pagamento de quantia, por meio do qual algum bem do patrimônio do devedor serve para pagamento do crédito (adjudicação, alienação judicial ou apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens, art. 825, CPC).

A execução indireta pode ser *patrimonial* (p. ex., imposição de multa coercitiva) ou *peçoal* (p. ex., imposição de prisão civil do devedor de alimentos)<sup>15</sup>. O estímulo ao cumprimento da prestação pode dar-se pelo *temor* (p. ex., multa coercitiva, prisão civil do devedor de alimentos, divulgação de notícia em jornal revelando o descumprimento) ou pelo *incentivo* (p. ex., a chamada "sanção premial"<sup>16</sup> ou sanção positiva, de que é exemplo a isenção do pagamento de custas em caso de cumprimento do mandado monitório – art. 701, § 1º, CPC; a redução, pela metade, dos honorários advocatícios fixados inicialmente pelo juízo, em caso de pagamento integral do débito pecuniário na execução por quantia certa fundada em título extrajudicial – art. 827, § 1º, CPC).

Eis, portanto, os dois primeiros *standards*:

- i) os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC, são cláusulas gerais processuais executivas;
- ii) os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC, autorizam a fixação de medidas atípicas de coerção direta ou indireta, inclusive as sanções premiais.

### 2.3. Âmbito de incidência dos comandos normativos

Outro passo na construção dogmática desse princípio é a delimitação do âmbito de incidência dos dispositivos.

15. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 190-193.

16. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 179-180. Não admitindo a cominação de sanções premiais atípicas, MEIRELES, Edilton. "Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015". *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: Execução*. 2ª ed. Fredie Didier Jr. (coord). Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (org). Salvador: Juspodivm, 2016, v. 5, p. 202-203.

O art. 139, IV, CPC, aplica-se a qualquer atividade executiva: a) seja fundada em título executivo judicial (provisória<sup>17</sup> ou definitiva), seja fundada em título executivo extrajudicial<sup>18</sup>; b) seja para efetivar prestação pecuniária, seja para efetivar prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro.

O art. 297 do CPC serve à tutela provisória e garante que a sua efetivação dar-se-á também atipicamente. Sucede que a atipicidade da tutela provisória segue, necessariamente, a atipicidade da tutela definitiva. Ou seja: a efetivação da tutela provisória será atípica na mesma medida da atipicidade da tutela definitiva – que é regulada pelos arts. 139, IV, e 536, § 1º do CPC.

Já o comando do § 1º do art. 536 se aplica: a) inicialmente, à execução de fazer e de não fazer fundada em decisão judicial (provisória ou definitiva); b) por força do § 3º do art. 538, também se aplica ao cumprimento de sentença para entrega de coisa; c) por força do art. 771, parágrafo único, o dispositivo também se aplica à execução para efetivar prestação de fazer, não fazer e entregar coisa distinta de dinheiro fundada em título extrajudicial.

Eis, numa tabela, o âmbito de incidência desses dispositivos:

17. Art. 297, CPC. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

18. Nesse sentido, enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II". Também assim, ZANETI Jr., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017, v. XIV, p. 40 e 114; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 184; MEIRELES, Edilton. "Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015". *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: Execução*. 2ª ed. Fredie Didier Jr. (coord). Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (org). Salvador: Juspodivm, 2016, v. 5, p. 198; MINAMI, M.Y. "Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/2015 – do processo para além da decisão". *Novo CPC – Doutrina seleccionada: Execução*. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire (org.). Salvador: Juspodivm, 2015, v. 5, p. 217-231. Sustentando só serem aplicáveis as medidas atípicas ao cumprimento de sentença, pois a execução de título extrajudicial se origina de documento que não resultou de atividade jurisdicional, MARINONI, Luiz Guilherme; MITDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 711; ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2015, p. 451-453. Também nessa linha, admitindo o uso da atipicidade apenas nos embargos à execução fundada em título extrajudicial, MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 994-998.

	Origem do título	Tipo de prestação
art. 139, IV	judicial ou extrajudicial	pagar quantia, fazer, não fazer e entregar coisa distinta de dinheiro
art. 536, § 1º	judicial ou extrajudicial	fazer, não fazer e entregar coisa distinta de dinheiro

Claramente, o art. 139, IV, é mais amplo do que o § 1º do art. 536: estende-se, por disposição expressa, à execução de pagar quantia. É preciso, então, interpretar esses enunciados normativos em conformidade com o postulado da integridade (art. 926, CPC).

Do concerto entre os comandos normativos extrai-se que a execução para efetivação das prestações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro é, como regra, *atípica*<sup>19</sup>; a *atipicidade* na execução por quantia é, no entanto, subsidiária<sup>20</sup>.

É nesse sentido que, segundo entendemos, deve ser interpretado o enunciado n. 12 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”.

Isso se revela com alguma clareza quando se constata que o CPC cuidou de, em mais de cem artigos, pormenorizar o procedimento da execução por quantia certa, numa clara opção pela *tipicidade prima facie*<sup>21</sup>.

19. Nesse sentido, MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 994-995.

20. Nesse sentido, MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 994-998; ZANETI Jr., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017, v. XIV, p. 104 e 113 e segs. – esse autor afirma que a tipicidade é a regra, sem distinguir o tipo de prestação; para este Curso, no caso da execução da prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro, a *atipicidade* é a regra.

21. Em sentido diverso, entendendo que “também para esse tipo de prestação vigora o modelo de *atipicidade* de formas executivas, de modo que o juiz pode impor o pagamento de soma sob ameaça de emprego de medida de indução ou de sub-rogação que entenda mais adequado ao caso concreto”, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 711; SILVA, Ricardo Alexandre da. “Atipicidade dos meios executivos na efetivação das decisões que reconheçam o dever de pagar quantia no novo CPC”. *Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada: Execução*. 2ª ed. Fredie Didier Jr. (coord). Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (org). Salvador: Juspodivm, 2016, v. 5, p. 564-567.

O detalhamento legal da execução por quantia é resultado de séculos de consolidação de regras compreendidas como inerentes ao devido processo legal, desde aquelas que impedem a penhora de certos bens, passando por aquela que impõe a convocação pública de interessados à aquisição de bem penhorado.

A tipicidade *prima facie* das medidas na execução por quantia certa é confirmada pelo disposto nos arts. 921, III, e 924, V, ambos do CPC. A ausência de bens penhoráveis acarreta a suspensão da execução durante um ano, findo o qual começa a correr o prazo de prescrição intercorrente, que constitui causa de extinção do processo executivo. Ora, se a atipicidade fosse a regra, a ausência de bens penhoráveis não deveria suspender a execução, bastando ao juiz determinar outras medidas necessárias e suficientes à satisfação do crédito. Como, porém, a penhora, a adjudicação e a alienação são as medidas típicas que se destinam à satisfação do crédito, a ausência de bens penhoráveis impede o prosseguimento da execução, não sendo possível, nesse caso, a adoção de medidas atípicas que lhes sirvam de sucedâneo para que se obtenha a satisfação do crédito do exequente.

O inciso IV do art. 139 do CPC não poderia ser compreendido como um dispositivo que simplesmente tornaria opcional todo esse extenso regramento da execução por quantia. Essa interpretação *retiraria* o princípio do *sistema* do CPC e, por isso, violaria o postulado hermenêutico da integridade, previsto no art. 926, CPC. Não bastasse isso, essa *interpretação* é perigosa: a execução por quantia se desenvolveria simplesmente de acordo com o que pensa o órgão julgador, e não de acordo com o que o legislador fez questão de, exaustivamente, pré-determinar.

Evidentemente, o art. 139, IV, CPC, flexibiliza mais a execução por quantia – se comparada com o regime do CPC-1973. Interpretação que negue a existência de *alguma atipicidade* na execução por quantia simplesmente está ignorando a opção legislativa, não dando qualquer rendimento normativo ao dispositivo – postura que também viola o postulado hermenêutico da integridade.

Este Curso parte da premissa de que é possível cogitar *atipicidade* na execução por quantia, ainda que subsidiária; o que se pretende é fornecer diretrizes sobre o *modo* como ela pode ser utilizada.

A extensão da atipicidade executiva, ainda que subsidiariamente, à execução por quantia certa, veio atender a antigo reclamo doutrinário. No regime do CPC-1973, não havia previsão expressa nesse sentido e reinava a discordância em doutrina. Era minoritária a visão,



que tinha como principal representante Marcelo Lima Guerra<sup>22</sup>, de admitir-se a atipicidade dos meios executivos de quantia, em nome da isonomia e da efetividade da tutela das obrigações pecuniárias<sup>23</sup>. Marcelo Lima Guerra sugeria, por exemplo, a fixação de multa coercitiva como um meio de *incrementar a expropriação forçada* (meio executivo típico para a obrigação pecuniária). Assim, poderia o devedor ser *intimado* para indicar bens à penhora, sob pena de multa. Não admitia, porém, a fixação da multa para o cumprimento da obrigação pecuniária<sup>24</sup>.

Como conclusão deste ponto, eis mais *quatro standards* sobre os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC:

- iii) a execução para pagamento de quantia deve observar, primeiramente, a tipicidade dos meios executivos, sendo permitido, subsidiariamente, o uso de meios atípicos de execução, com base no art. 139, VI, CPC;
- iv) a execução para a efetivação das prestações de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro é, em princípio, atípica, por força do art. 536, § 1º, CPC;
- v) a atipicidade executiva é técnica que serve à execução fundada em título executivo judicial, provisória ou definitiva, ou fundada em título executivo extrajudicial;
- vi) a tutela provisória será efetivada atipicamente na mesma medida em que a tutela definitiva pode sê-lo.

#### 2.4. Abrangência subjetiva dos comandos normativos

Questão importante para a compreensão dogmática dos comandos normativos é a seguinte: as medidas executivas apenas podem ser impostas ao executado?

22. "Ora, não há nenhuma razão para se dispensar um tratamento privilegiado aos credores de obrigações de fazer ou não fazer, em relação aos demais. Revela-se, assim, *anti-isonômico* que o credor de obrigações de fazer ou não fazer possa receber tutela executiva de modo mais eficaz, com a utilização de meios executivos adequados à situação concreta e concebidos pelo juiz caso a caso. Impõe-se, portanto, também em face do *princípio constitucional da isonomia* (igualmente dotado de *status de direito fundamental*), a extensão dos poderes reconhecidos ao juiz no mencionado § 5º do art. 461 do CPC, a toda e qualquer situação de tutela executiva, independentemente da natureza do crédito a ser satisfeito in executivis" (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 152). O § 5º do art. 461 do CPC-1973 corresponde ao art. 536, § 1º, do CPC-2015.

23. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 152.

24. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 154.

Pensamos que não. O terceiro e o próprio demandante também podem ser destinatários dessas medidas.

O inciso IV do art. 77 do CPC determina que é dever de todos quantos participam do processo – o que inclui os terceiros destinatários de ordens judiciais – “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”. A opção normativa é clara: quem quer que de algum modo intervenha no processo – o que inclui o processo de execução – deve submeter-se aos comandos judiciais, cumprindo-os, quando lhe forem dirigidos, ou não atrapalhando o seu cumprimento.

Se todos aqueles que, mesmo não sendo partes ou seus procuradores, participam *de qualquer forma* do processo (art. 77, *caput*, CPC) têm o dever de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais (art. 77, IV, CPC), então é possível que o juiz lhes imponha medida executiva com o objetivo ver cumprida uma ordem sua. Tais disposições consistem, na verdade, em concretizações dos princípios da boa-fé processual (art. 5º, CPC) e da cooperação (art. 6º, CPC). Não haveria coerência normativa em pensar que essas pessoas podem ser *punidas* por eventual descumprimento de ordem judicial (com a multa por *contempt of court*, por exemplo), mas não podem ser *compelidas* ao cumprimento dessa mesma ordem.

Daí que é possível, *por exemplo*, a fixação de multa para cumprimento de decisão que imponha a terceiro, administrador de cadastro de proteção de crédito, a exclusão do nome da parte. O administrador do cadastro não precisa ser réu no processo para ser destinatário da ordem – e, portanto, para ser compelido a cumpri-la.

Além disso, o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, pode impor prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro ao ente público e determinar medidas executivas diretamente ao agente público (pessoa natural) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação imposta<sup>25</sup>.

25. Entendendo possível a imposição de multa coercitiva (*astreintes*) ao agente público, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*; cit. p. 449-450; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, n. 6.5, p. 140-141, n. 12.1.16, p. 393; MEIRELES, Edilton. “Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015”. *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: Execução*. 2ª ed. Fredie Didier Jr. (coord). Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (org). Salvador: Juspodivm, 2016, v. 5, p. 198. Em sentido contrário, não admitindo a imposição de multa ao agente público, Em sentido contrário, AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 102; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. “Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer no Novo CPC: primeiras observações”. *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: Execução*. Fredie Didier Jr. (coord) Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (org). Salvador:



Mas não é só.

O demandante também pode ser destinatário da medida executiva. Isso pode acontecer tanto nos casos em que o réu exerce uma situação jurídica *ativa* no processo – por exemplo, quando formula demanda reconvenicional, pedido contraposto ou quando a demanda tem caráter dúplice – como nos casos em que o réu exerce situação jurídica *passiva*<sup>26</sup>.

O réu pode, por exemplo, requerer seja o demandante compelido a exhibir determinado documento. O parágrafo único do art. 400 determina que “sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”.

Eis, então, uma nova diretriz:

vii) a medida executiva pode ser dirigida ao executado, a terceiro ou, em determinados casos, ao próprio exequente.

## 2.5. Critérios para fixação da medida executiva atípica: observância dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição de excesso e dos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução

Pelo princípio da tipicidade dos meios executivos, a escolha da medida executiva é definida pela lei: o juiz só pode aplicar uma daquelas medidas

Juspodivm, 2015, v. 5, p. 131-132. Entendendo que ao terceiro somente se pode aplicar a multa por *contempt of court*, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 828.

O STJ tem entendimento em ambos os sentidos: já decidiu que “a cominação de astreintes pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais” (STJ, AgRg no AREsp 472.750/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 03.06.2014, DJe 09.06.2014), bem como que “a cominação de astreintes prevista no art. 11 da Lei nº 7.347/85 pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais” (STJ, REsp 1111562/RN, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 25.08.2009, DJe 18.09.2009); mas também já decidiu que “o agente público não pode ser pessoalmente condenado ao pagamento de astreintes se não figurou como parte na relação processual em que imposta a cominação, sob pena de afronta ao direito constitucional de ampla defesa” (REsp 1433805/SE, rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 16.06.2014, DJe 24.06.2014), bem como que “as autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Códex Instrumental” (STJ, REsp 747.371/DF, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 06.04.2010, DJe 26.04.2010). Lembrando que o § 4º do art. 461 do CPC-1973 corresponde ao art. 537 do CPC-2015.

26. Nesse sentido, Joaquim Felipe Spadoni, tratando da multa coercitiva, entende que “qualquer uma das partes, inclusive o autor, pode ser, no curso do processo, submetida a uma ordem judicial, tendo o dever de seu cumprimento incondicionado”. Sob este fundamento, entende que também o autor pode ser destinatário da multa (SPADONI, Joaquim Felipe. A multa na atuação das ordens judiciais. *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 504).

previstas em lei. Quando se fala, porém, em princípio da atipicidade dos meios executivos, é preciso investigar qual o parâmetro de controle da escolha realizada pelo juiz.

A escolha da medida atípica a ser utilizada em cada caso concreto não é tarefa fácil. Um conjunto de postulados e princípios rege a atuação do órgão julgador, estabelecendo balizas para a eleição da medida executiva correta.

De modo geral, a escolha deve pautar-se nos *postulados da proporcionalidade, da razoabilidade* (art. 8º, CPC)<sup>27</sup> e da *proibição de excesso*, bem como nos *princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução*<sup>28</sup>.

Segundo Humberto Ávila, o *postulado da proporcionalidade* se manifesta nas “situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(is) afetado(s)?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)”<sup>29</sup>.

Uma vez que “o exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*”<sup>30</sup>, a escolha, pelo juiz, da medida executiva atípica a ser aplicada em determinado caso concreto é campo propício à aplicação do referido postulado.

O *postulado da razoabilidade* também deve presidir a escolha da medida executiva a ser utilizada. Trata-se de postulado que se revela de três

27. O postulado é uma norma que atua sobre a aplicação de outras normas. A proporcionalidade e a razoabilidade seriam *postulados normativos*, e não princípios, segundo essa concepção. Sobre o tema, amplamente, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 121 e segs.

28. Há quem defenda que essa norma seja um postulado, não um princípio, pois é norma que serve à aplicação de outras normas (princípios e regras). É uma metanorma, que estrutura o modo de aplicação de outras normas. Postulado é, então, uma norma com estrutura e finalidade diversas, segundo o pensamento de Ávila. Para manter a coerência de seu pensamento, o autor opta por considerar a eficiência administrativa como um postulado (ÁVILA, Humberto. “Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005, p. 24. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 dez. 2012, às 06h29. Nesse sentido, COSTA, Eduardo José da Fonseca. “As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT 2005, n. 121, item 6, p. 292-296). Optamos pela menção a “princípio da eficiência”, entretanto, por duas razões: a) o texto constitucional o menciona expressamente; b) norma é sentido que se dá a um texto; do dispositivo constitucional, pensamos que tanto se possa extrair um postulado como um princípio – uma norma que vise à obtenção da eficiência, no caso uma gestão processual eficiente, como estado de coisas a ser alcançado.

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

30. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 194-201.

formas<sup>31</sup>: a) como *dever de equidade*, a exigir a harmonização da norma geral com o caso individual, impondo a consideração daquilo que normalmente acontece em detrimento do que é extraordinário e também impondo a consideração das especificidades do caso concreto ante a generalidade da norma; b) como *dever de congruência*, a exigir a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação (isto é, com a realidade com base em que foram editadas); c) como *dever de equivalência*, a exigir uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

De acordo com o *postulado da proibição de excesso*, “a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”<sup>32</sup>.

Esse postulado não se confunde com o da proporcionalidade, porque ele dispensa os exames da adequação (relação meio/fim), da necessidade (exigibilidade) ou da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre vantagens e desvantagens). O postulado da *proibição de excesso* incide sempre que o núcleo essencial de um direito fundamental houver sido atingido, a ponto de esse direito fundamental sofrer restrição excessiva. Pouco importa a relação meio/fim, ou a exigibilidade da medida ou ainda a ponderação com outro direito fundamental eventualmente em jogo: aqui se analisa apenas a eficácia de um determinado direito fundamental<sup>33</sup>.

O *princípio da eficiência* está previsto no art. 37 da Constituição Federal e no art. 8º do CPC<sup>34</sup>. Aplicado ao processo jurisdicional, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional. Pode-se sintetizar a “eficiência”, meta a ser alcançada por esse princípio, como o resultado de uma atuação que observa dois deveres: a) o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (*efficiency*); b) o de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*)<sup>35</sup>.

*Eficiente* é a atuação que promove, satisfatoriamente, os meios necessários para que se alcancem os fins do processo. Na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional: a) deve escolher aqueles que tenham condições de promover algum resultado significativo (deve evitar meios que promovam resultados insignificantes);

31. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 206.

32. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 188.

33. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 191.

34. Sobre o tema, ver o capítulo sobre normas fundamentais do processo civil, no v. 1 deste *Curso*.

35. ÁVILA, Humberto. “Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005, p. 19. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 22 dez. 2012, às 06h29. ☒

b) deve escolher meios que permitam alcançar, com certo grau de probabilidade, o resultado almejado (não se pode escolher um meio de resultado duvidoso); c) não pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado<sup>36</sup>.

Além disso, órgão julgador terá de observar, sempre e necessariamente, o *princípio da menor onerosidade da execução*, previsto no art. 805 do CPC e já examinado no capítulo sobre normas fundamentais, neste volume do *Curso*: havendo duas opções igualmente eficazes para permitir alcançar o resultado pretendido (satisfação do crédito)<sup>37</sup>, deverá o órgão julgador valer-se daquela que menos onere a situação do executado<sup>38</sup>.

Esse princípio protege a ética processual, a lealdade, impedindo o comportamento abusivo do exequente que, sem qualquer vantagem, possa beneficiar-se de meio executivo mais danoso ao executado – e não deixa de ser uma concretização do *segundo passo* da proporcionalidade.

O conjunto desses postulados e princípios impõe ao juiz a observância dos seguintes critérios de escolha da medida executiva a ser usada no caso concreto.

a) *A medida deve ser adequada.*

O critério da adequação impõe que o juiz considere abstratamente uma relação de meio/fim entre a medida executiva e o resultado a ser obtido, determinando a providência que se mostre mais propícia a gerar aquele resultado.

A perspectiva judicial, nesse primeiro momento, deve ser a do credor: que medida tem aptidão para gerar o resultado mais efetivo? Trata-se, como se vê, de critério fortemente inspirado pelo *postulado da proporcionalidade* e pelo *princípio da eficiência*, na parte em que esse princípio determina a escolha de meios que tenham condições de promover algum resultado significativo e que permitam alcançar, com certo grau de probabilidade, o resultado almejado.

36. ÁVILA, Humberto. “Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa”, cit., p. 19 ☒

37. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais”. *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 221. Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 624.

38. Nesse sentido, MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 994-998; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Comentários ao art. 805”. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha (orgs.); Alexandre Freire (coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.061-1.061; ZANETI Jr., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017, v. XIV, p. 118.ª

É improvável que a multa coercitiva de baixo valor gere algum temor no sujeito que tem altíssima capacidade financeira, assim como é improvável que a multa surta algum efeito em quem não tem patrimônio algum. Às vezes, a intervenção judicial na empresa ou a divulgação de anúncio publicitário dando conta de que a empresa descumpra ordem judicial podem ser mais eficazes que a multa coercitiva.

b) *A medida deve ser necessária.*

Esse critério impõe um *limite* à atuação judicial, funcionando como uma espécie de contrapeso ao critério da adequação. Aqui, deve-se levar em conta a posição do devedor.

O juiz não pode preocupar-se apenas em determinar uma medida que permita alcançar o resultado almejado; é preciso que essa medida gere o menor sacrifício possível para o executado. O critério da necessidade estabelece um limite: não se pode ir além do necessário para alcançar o propósito almejado. Deve, pois, o órgão julgador determinar o meio executivo na medida do *estritamente necessário* para proporcionar a satisfação do crédito – nem menos, nem mais.

Trata-se de critério fortemente inspirado pelos *postulados da proibição do excesso e da razoabilidade*, bem como pelo *princípio da menor onerosidade para o executado*.

Não é razoável, por exemplo, impor, como primeira opção, medida coercitiva a ser suportada pelo agente público pelo simples fato de o juiz *pressupor* que o ente público ao qual ele é vinculado irá descumprir determinada ordem judicial – o descumprimento não pode ser visto como algo ordinário ou cotidiano (razoabilidade como dever de equidade). Tampouco é razoável eleger a prisão civil como método prioritário para compelir o executado ao cumprimento de uma prestação de fazer ou de não fazer<sup>39</sup> (razoabilidade como dever de equivalência). Além disso, é vedada, por exemplo, a imposição de multa coercitiva para compelir o executado a emitir declaração de vontade, uma vez que há previsão expressa de medida típica capaz de proporcionar o mesmo resultado, sem sacrifício para o devedor (art. 501, CPC).

c) *A medida deve conciliar os interesses contrapostos.*

O magistrado deve ponderar os interesses em jogo, aplicando a proporcionalidade em sentido estrito, de modo que as vantagens da utilização

39. Admitimos, como se verá adiante, a possibilidade *absolutamente excepcional* de utilização da prisão civil como medida atípica para forçar o cumprimento de prestações de fazer ou de não fazer sem conteúdo patrimonial.

da medida atípica escolhida superem as desvantagens do seu uso. A perspectiva aqui não é nem a do credor, nem a do devedor, mas a do *equilíbrio*: deve-se privilegiar a solução que melhor atenda aos valores em conflito<sup>40</sup>.

Trata-se de critério inspirado nos *postulados da proporcionalidade e da razoabilidade*, bem como no *princípio da eficiência*, na parte em que impõe ao juiz evitar a escolha do meio executivo que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado.

Se uma indústria é demandada para que faça cessar a produção de determinado insumo, porque potencialmente nocivo ao meio ambiente, pode-se pensar em medida executiva que igualmente atenda à finalidade almejada (proteção ambiental), determinando-se a instalação de equipamentos de prevenção e segurança, com manutenção da atividade industrial e de tudo o que está associado a essa atividade (manutenção de empregos, pagamento de tributos etc.). Está-se atendendo à finalidade buscada, mas no limite do necessário e do que impõe a conciliação dos interesses em jogo (meio ambiente equilibrado vs. manutenção da atividade econômica, geração de empregos e renda, pagamento de tributos etc.)

Naturalmente, a análise quanto ao atendimento desses critérios deve considerar cada caso concreto. De todo modo, entendemos que não são possíveis, em princípio, medidas executivas consistentes na retenção de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) ou de passaporte, ou ainda o cancelamento dos cartões de crédito do executado, como forma de pressioná-lo ao pagamento integral de dívida pecuniária<sup>41</sup>.

Essas não são medidas *adequadas* ao atingimento do fim almejado (o pagamento de quantia) – não há, propriamente, uma relação meio/fim entre tais medidas e o objetivo buscado, uma vez que a retenção de documentos pessoais ou a restrição de crédito do executado não geram, por consequência direta, o pagamento da quantia devida ao exequente. Tais medidas soam mais como *forma de punição* do devedor, não como forma de compeli-lo ao cumprimento da ordem judicial – e as cláusulas gerais executivas *não autorizam* a utilização de meios sancionatórios pelo magistrado, mas apenas de meios de *coerção indireta e sub-rogatórios*.

Ainda que adequadas fossem, a retenção de CNH e do passaporte no corte de fornecimento de água não parecem ser medidas *necessárias* (no sentido de *exigíveis*), uma vez que outras medidas podem, em tese, ser

40. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 127.

41. Isso aconteceu no processo de execução para pagamento de quantia certa n. 4001386-13.2013.8.26.0011, em trâmite na 2ª Vara Cível de Pinheiros, Estado de São Paulo.

utilizadas sem causar igual gravame ao executado – como, por exemplo, a simples restrição do uso de cartões de crédito. A retenção de documentos pessoais é medida que termina por restringir a liberdade de ir e vir do executado, mostrando-se, a princípio, não-razoável, por ir de encontro ao dever de equivalência, e desproporcional, por restringir demais o direito à liberdade em favor do direito de crédito pecuniário do exequente.

Tampouco parece *adequada*, em princípio, determinação de corte de energia elétrica de *todo* o prédio onde funciona serviço público administrativo como forma de pressionar o ente federado a cumprir ordem de nomeação de candidato em concurso público<sup>42</sup>. Não parece haver relação meio/fim entre uma coisa e outra. Também não é possível enxergar essa medida como *necessária*, no sentido de ser a menos gravosa para o devedor – observe que se trata de medida que, uma vez aplicada, ensejaria restrição de funcionamento em toda a repartição pública, em prejuízo de serviços públicos essenciais ao funcionamento da Administração, o que, além de ser excessivamente gravoso, parece não se conformar à necessidade de ponderação dos interesses em jogo – além de afetar a um sem-número de pessoas tomadoras desses serviços.

Em síntese, temos os seguintes *standards*:

- viii) a medida executiva escolhida pelo juiz deve ser adequada a que se atinja o resultado buscado (critério da adequação);
- ix) a medida executiva escolhida pelo juiz deve causar a menor restrição possível ao executado (critério da necessidade);
- x) a escolha da medida executiva deve buscar a solução que mais bem atenda aos interesses em conflito, ponderando-se as vantagens e as desvantagens que ela produz (critério da proporcionalidade).

## 2.6. O papel da fundamentação no controle das medidas executivas atípicas e a observância do contraditório

Todo pronunciamento judicial de cunho decisório precisa ser fundamentado (art. 93, IX, CF; arts. 11 e 489, II, CPC). O papel da fundamentação ganha ainda mais importância quando o órgão julgador exercita o

42. No processo n. 8001293-26.2015.8.05.0001, o juízo de direito da 1ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública de Salvador, Estado da Bahia, concedeu tutela provisória para que fosse nomeada determinada candidata aprovada em concurso público. Para forçar o cumprimento da ordem imposta, o juiz determinou fosse interrompido o fornecimento de energia elétrica do imóvel onde funciona a Secretaria de Administração do Estado da Bahia.

poder geral de efetivação previsto nos arts. 139, IV<sup>43</sup> e 536, § 1º, do CPC, determinando medida atípica para forçar o cumprimento de determinada prestação. É pela análise da fundamentação que se poderá controlar a sua escolha por esta ou aquela medida executiva atípica.

Deve o juiz, na fundamentação decisória, expor racionalmente os motivos da sua escolha, demonstrando, com atenção ao art. 489, § 1º, CPC, de que modo a sua opção atende os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, vistos no item anterior<sup>44</sup>.

Considerando que a escolha da medida executiva atípica pressupõe a análise de enunciados normativos de conteúdo semântico aberto, bem como a consideração de distintos pontos de vista, é essencial a observância do contraditório (arts. 7º e 9º, CPC), ainda que diferido para momento posterior – a defesa na fase de cumprimento, o recurso cabível ou mesmo eventual pedido de reconsideração.

Sendo assim, temos mais dois *standards*:

- xi) a escolha da medida executiva atípica deve ser devidamente fundamentada;
- xii) na escolha da medida executiva atípica deve-se observar o contraditório, ainda que diferido.

## 2.7. A não adstrição da decisão judicial ao pedido relativo à medida executiva atípica a ser imposta e possibilidade de determinação de ofício

O juiz não está adstrito à medida executiva atípica proposta pelo interessado para efetivação do comando decisório. Ele pode impor providência executiva não requerida pela parte ou distinta da que foi requerida – mais grave, mais branda ou mesmo de natureza diversa (v. art. 536 e art. 537, *caput* e § 1º, ambos do CPC<sup>45</sup>). Trata-se de mitigação da regra da congru-

43. MINAMI, M.Y. "Breves apontamentos sobre a generalização das medidas de efetivação no CPC/2015 – do processo para além da decisão". *Novo CPC – Doutrina selecionada: Execução*. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire (org.). Salvador: Juspodivm, 2015, v. 5, p. 225-227.

44. Conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni, "as sub-regras da proporcionalidade, embora façam parte do raciocínio decisório, pois viabilizam a decisão, obviamente não podem ser ignoradas quando da justificativa. Até porque tais regras não servem apenas para facilitar a decisão, mas muito mais para que possa justificá-la de modo racional, permitindo-se o seu controle pelas partes" (MARINONI, Luiz Guilherme. "Controle do poder executivo do juiz". *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*, cit., p. 245).

45. Embora o dispositivo somente faça alusão à multa diária, o entendimento que daí se pode extrair, considerando os poderes do magistrado quanto às medidas que podem e devem ser tomadas para a

ência objetiva (arts. 141 e 492 do CPC)<sup>46</sup>, admitindo-se a atuação de ofício do julgador<sup>47</sup>.

Isso tem uma razão de ser: considerando que, em nome do direito fundamental à tutela executiva, o legislador abriu mão, em maior ou menor grau, da tipicidade dos meios executivos, possibilitando a imposição, pelo magistrado, da providência que, à luz do caso concreto, se revele mais apropriada à efetivação do direito, naturalmente que a sua atuação não poderia ficar sujeita aos limites do pedido formulado pela parte.

Basta pensar na situação em que o autor deixa de requerer a imposição de medida executiva ou naquela em que requer medida flagrantemente ineficaz (p. ex., imposição a réu insolvente de multa diária de valor expressivo). Tivesse o juiz que ficar adstrito ao seu pedido, ou à ausência de pedido, decerto que seria letra morta o poder geral de efetivação conferido pelos arts. 536, § 1º, e 139, IV, do CPC.

"Note-se que superação dessa ideia é uma consequência lógica da quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos e da concentração da execução no processo de conhecimento, uma vez que todas elas se destinam a dar maior mobilidade ao juiz – e assim maior poder de execução. A ligação entre tudo isso, ademais, deriva do fato de que a regra da congruência, assim como o princípio da tipicidade e a separação entre conhecimento e execução, foi estabelecida a partir da premissa de que era preciso conter o poder do juiz para evitar o risco de violação da liberdade do litigante. Tanto é verdade que, quando se pensa em congruência, afirma-se que sua finalidade é evitar que a jurisdição atue de ofício, o que poderia comprometer sua imparcialidade"<sup>48</sup>.

Como consequência disso, o juiz pode impor medida coercitiva mesmo quando a parte tenha pleiteado imposição de medida executiva direta, ou

efetivação de suas decisões, é o de que toda e qualquer providência executiva pode ser determinada independentemente de pedido da parte ou mesmo de forma distinta daquela requerida pela parte. Não fosse essa a interpretação a ser dada, cairia por terra o chamado poder geral de efetivação. Ademais, a interpretação ampliativa é mais consentânea com o texto constitucional, na medida em que favorece a realização do direito fundamental à tutela executiva.

46. Ver, sobre o assunto, o capítulo sobre decisão judicial, no v. 2 deste *Curso*.

47. Entendendo não haver aqui, propriamente, exceção à regra da congruência, por se tratar, o requerimento de imposição de medida coercitiva, de mero pedido acessório, TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer...*, ob. cit., p. 250-251. Entendemos, no entanto, que há, sim, uma mitigação à regra da congruência objetiva pelo simples fato de que essa regra abrange não só os pedidos ditos principais como também os acessórios, além de outros elementos da demanda, conforme visto no capítulo sobre a decisão judicial, no v.2 deste *Curso*. Calmon de Passos afirma que não se trata de pedido implícito, mas de medida que o magistrado toma se compatível e suficiente para assegurar a tutela específica (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 63).

48. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 134.

pode impor medida sub-rogatória quando a parte tenha pleiteado medida coercitiva, ou ainda pode prometer uma recompensa ao executado quando a parte queria fosse ele coagido ao cumprimento. *Esse poder, no entanto, não existe quando a parte expressamente abra mão de determinada medida executiva*, como será visto em item mais à frente, relativo ao papel dos negócios processuais no contexto do princípio da atipicidade dos meios executivos.

Não se pode confundir, no entanto, a não adstrição do juiz ao pedido mediato da parte – isto é, a própria prestação perseguida (fazer, não fazer ou entrega de coisa) – com a sua não vinculação ao pedido de imposição de determinada medida para a *efetivação* dessa prestação.

São coisas distintas.

A distinção é importante porque o requerimento relativo à medida de apoio ao cumprimento não se confunde com o pedido principal, e também porque há autores que defendem que não é possível que o juiz julgue em desacordo com o pedido mediato da parte, impondo prestação diversa da que foi pleiteada<sup>49</sup>.

Como será visto no capítulo sobre cumprimento de sentenças que impõem prestações de fazer ou de não fazer, neste volume do *Curso*, entendemos que é, sim, possível ao magistrado, com base no *caput* do art. 497 do CPC, deferir à parte prestação distinta daquela inicialmente pedida, desde que isso seja suficiente para se alcançar o resultado prático equivalente ao do adimplemento<sup>50</sup>. Ou seja: no nosso entendimento, a regra da congruência está afastada não apenas quanto às medidas de apoio ao cumprimento da tutela jurisdicional como também ao próprio conteúdo da prestação imposta, desde que isso seja justificadamente necessário e adequado para alcançar o resultado prático equivalente ao do adimplemento<sup>51</sup>.

Temos, então, mais um *standard*:

xiii) o juiz não está adstrito ao pedido da parte na escolha e imposição de medida executiva atípica, podendo agir até mesmo de ofício, ressalvada, em todos os casos, a existência de negócio processual em sentido diverso.

49. Por exemplo: BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*, ob. cit., p. 1.404; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer...*, cit., p. 286-287.

50. A questão será vista mais adiante, no capítulo sobre o cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de prestação de fazer ou de não fazer, no tópico relativo à tutela específica e a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento.

51. Ressalvamos, apenas, a conversão do fazer ou do não fazer em prestação pecuniária, que se sujeita, como vimos, à vontade do credor ou à impossibilidade de cumprimento da prestação original na forma específica ou de cumprimento pelo equivalente não pecuniário.



## 2.8. A possibilidade de alteração da medida executiva que se mostrou ineficaz ou que já não é mais necessária

É lícito ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte interessada, alterar a medida executiva imposta quando ela se mostrar ineficaz para a efetivação da decisão judicial ou quando se mostrar excessiva para a obtenção do resultado almejado.

O art. 537, § 1º, do CPC diz que: "O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento".

Apesar de referir-se unicamente à possibilidade de alteração da multa, o art. 537, § 1º, CPC, deve ser interpretado de forma ampla, para abranger também toda e qualquer medida executiva, seja ela direta ou indireta.

Esse é um dos poderes implícitos no *poder geral de efetivação* previsto no art. 536, § 1º, e no art. 139, IV, na medida em que, se o juiz pode, de ofício ou a requerimento, adotar as medidas de apoio necessárias à obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao do adimplemento, é certo que aí se inclui, por identidade de razão, o poder de modificar a medida adotada nos casos em que ela se mostrar insuficiente ou excessiva. Pensar que, uma vez imposta a medida, ela seria inalterável mesmo quando se mostrasse ineficaz, é esquecer o objetivo final desse dispositivo, que consiste em garantir o direito fundamental à tutela executiva.

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

Por outro lado, algumas vezes é necessário *atenuar* a medida que se mostra excessiva. Se o devedor demonstra que cumpriu parcialmente a ordem, ou que adotou, de modo diligente, as providências necessárias ao seu cumprimento, pode o juiz, de ofício ou a requerimento, reduzir o valor da multa, ou substituir a medida imposta por outra mais branda. O

devedor também é titular da garantia do devido processo legal substancial, calcado na noção de proporcionalidade.

A alteração da medida executiva, seja para reforçá-la, seja para atenuá-la, deve ser devidamente justificada pelo magistrado; sempre que possível, deve submeter-se ao contraditório das partes, a fim de que elas opinem sobre a conveniência e possibilidade da mudança. Essa alteração se submete, naturalmente, aos parâmetros de controle a que se submetem as medidas originariamente impostas pelo magistrado. É sempre possível à parte valer-se da via recursal para buscar esse controle junto aos órgãos de segunda instância de julgamento - agravo de instrumento (art. 1.015, par. ún., CPC).

Não se pode dizer que a possibilidade de alteração posterior da medida de apoio represente ofensa à coisa julgada, ou mesmo que configura uma exceção a essa imutabilidade. Quando o magistrado julga procedente o pedido formulado pela parte, impondo ao adversário uma prestação, fica desde já autorizado a tomar todas as providências cabíveis para torná-lo efetivo, podendo, inclusive, alterá-las posteriormente, se isso for necessário. A alteração das medidas de efetivação não implica alteração da norma jurídica individualizada contida no comando decisório. Não se pode alterar, por exemplo, o fazer ou não fazer impostos<sup>52</sup>, mas nada impede que se alterem as medidas de apoio à sua efetivação.

Luiz Guilherme Marinoni entende possível a alteração do próprio fazer ou não fazer quando a obrigação imposta deixar de ser a mais idônea por culpa do próprio devedor. Eis as suas palavras: "Considerado o fazer (ou o não-fazer) imposto na sentença, o juiz não pode, na fase de execução, considerá-lo: i) não adequado para a tutela do direito, ii) que não representa o meio *mais* idôneo, ou iii) que constitui algo desproporcional. Tudo isso foi passível de discussão na fase de conhecimento, tendo ficado acobertado pela coisa julgada material. [...] Ao juiz deve ser permitido inovar, na fase executiva, *somente quando o réu não atender à sentença, e assim o fazer não se configurar como meio mais idôneo por sua própria culpa*"<sup>53</sup>.

Outra questão muitas vezes discutida é a de saber se, com a substituição de uma medida sub-rogatória por uma indireta, ou vice-versa, há alteração na *natureza* da sentença (executiva ou mandamental).

52. A menos que seja para convertê-los em prestação pecuniária (art. 499, CPC), a pedido do credor ou por impossibilidade de cumprimento específico.

53. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 139. Os grifos constam no original.

A única relevância de se classificar de uma ou de outra forma essas sentenças está na definição do tipo de providência que será tomada para a sua efetivação. Apesar da possibilidade de alteração posterior da providência, parece-nos que isso não descaracteriza a decisão, que continuará sendo uma sentença de prestação (condenatória).

Não há substituição da sentença, mas apenas da medida anteriormente imposta, ainda que essa medida pudesse, se prevista originariamente, alterar a própria natureza da sentença<sup>54</sup>. Essa é, porém, uma discussão mais acadêmica que propriamente prática, já que o que importa mesmo não é a natureza da decisão proferida – tampouco se essa natureza é, ou não, passível de alteração posterior –, mas a eficácia da medida adotada pelo magistrado no intuito de obter o bem da vida certificado em favor de uma das partes. Sempre será *condenatória* a sentença, ao menos no sentido adotado neste Curso: sentença que reconheça e imponha o cumprimento de uma prestação.

Dessa forma, temos mais uma diretriz:

- xiv) é possível a alteração da medida executiva que se mostrou ineficaz ou que já não é mais necessária, a requerimento da parte ou de ofício.

## 2.9. Proibição de o juiz impor, ex officio, como medida executiva atípica, providência para a qual a lei, tipicamente, exige provocação da parte

Há determinadas medidas executivas *típicas* que a lei exige que somente possam ser determinadas após requerimento da parte. Três exemplos: a) prisão civil do devedor de alimentos (art. 538, *caput*, CPC); b) penhora *on line* (art. 854, *caput*, CPC); c) a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes (art. 782, § 3º, CPC); d) a constituição de capital na execução de alimentos indenizativos (art. 533, *caput*, CPC).

Se a lei exige a provocação da parte para que uma medida executiva seja tomada, não pode o órgão julgador, valendo-se do seu poder geral de efetivação, determiná-la *ex officio*, sob a rubrica da *atipicidade*. Seria uma forma de burlar o texto da lei que, tipicamente, impõe o requerimento do interessado para a efetivação da medida.

54. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. "As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva". *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.). 3 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 349-350.

As regras típicas de execução funcionam como limite à interpretação das cláusulas gerais executivas.

Segue, então, outro *standard*:

- xv) não pode o órgão julgador, *ex officio*, determinar, como medida atípica, providência para a qual a lei, tipicamente, exige provocação da parte.

## 2.10. Proibição de o juiz impor, como medida executiva atípica, medida executiva típica regulada pela lei de outro modo

Às vezes, a lei não apenas prevê como também disciplina uma medida executiva, tornando-a *típica e com procedimento regulamentado*. São os casos, por exemplo, da busca e apreensão e do arrombamento.

O § 2º do art. 536 do CPC determina que a busca e apreensão será efetivada por dois oficiais de justiça; os §§ 1º a 4º do art. 846 disciplinam o modo como se pode proceder ao arrombamento de portas e armários.

A *ratio* é semelhante à do item anterior.

Se a lei exige a presença de dois oficiais de justiça para a busca e apreensão, não pode o órgão julgador, valendo-se do seu poder geral de efetivação, autorizar que ela seja feita por um carteiro ou por apenas um oficial de justiça. Seria uma forma de burlar o texto da lei. As regras típicas de execução funcionam como limite à interpretação das cláusulas gerais executivas.

Segue, então, outro *standard*:

- xvi) não pode o órgão julgador determinar, como medida executiva atípica, medida executiva típica regulada pela lei de outro modo.

## 2.11. A multa como medida atípica na execução por quantia e a possibilidade de aplicação direta das medidas executivas atípicas, na execução por quantia, para forçar o cumprimento de deveres processuais

Não é adequado impor, como medida *atípica*, multa para o cumprimento de obrigação pecuniária – note que a multa é medida *típica* apenas na execução de prestação de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro (arts. 536, § 1º, e 537, CPC c/c art. 538, § 3º, CPC).

Na execução de obrigações pecuniárias, a imposição de multa revela-se como medida punitiva. Nesses casos, impor multa tem o efeito de aumentar



o valor da dívida cobrada. Justamente por isso, entendemos que a multa do art. 523, § 1º, do CPC, tem caráter coercitivo e também punitivo<sup>55</sup>, diferentemente da multa do art. 536, § 1º, do CPC, que, para nós, tem caráter exclusivamente coercitivo<sup>56</sup>.

Ou seja, na execução das obrigações pecuniárias, a multa, por ter caráter punitivo – ou também punitivo –, já está prevista especificamente no art. 523, § 1º, CPC,<sup>57</sup> sem falar na possibilidade de estar prevista em outros dispositivos legais (p. ex., multa por inadimplemento de tributos) ou negociais (p. ex., multa contratual). Há ainda os juros moratórios, devidos pelo sujeito em mora (art. 395, Código Civil), independentemente de prejuízo do credor (art. 407, Código Civil).

Note que, na execução de título extrajudicial, a multa pelo inadimplemento muito provavelmente advirá do próprio negócio jurídico conteúdo do título ou decorrerá da lei, como no caso da execução fiscal.

Permitir que o juiz, com base no art. 139, IV, do CPC imponha *outra multa*, a pretexto de compelir o devedor de quantia ao pagamento, viola o princípio da *proibição do excesso*, visto anteriormente, por constituir *bis in idem* punitivo. Entendemos, pois, não ser possível a imposição de multa, como medida atípica calcada no art. 139, IV, do CPC, na execução pecuniária, para impor ao executado o pagamento da quantia pretendida<sup>58</sup>.

É possível, no entanto, valer-se da multa, como medida atípica, em execução pecuniária, como forma de impor o cumprimento de *deveres processuais do executado* – e não o dever de pagar a quantia – ou de terceiro. Assim, pode o juiz, por exemplo, determinar que o executado indique bens à penhora, ou informe onde eles estão, ou exiba a prova da sua propriedade ou a certidão negativa de ônus (art. 774, V, CPC), sob pena

55. Ver, neste volume do *Curso*, o capítulo sobre cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa.

56. Ver, neste volume do *Curso*, o capítulo sobre cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer e não fazer.

57. Não admitindo a fixação de "outra multa cominatória que não a prevista em lei" na execução de sentença, em razão da previsão do art. 523, § 1º, CPC, mas admitindo essa fixação na execução de título extrajudicial, bem como fixação de juros progressivos ou juros superiores aos legais (nesses casos, sem distinguir o título executivo), MEIRELES, Edilton. "Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015". *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: Execução*. 2ª ed. Fredie Didier Jr. (coord). Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (org). Salvador: Juspodivm, 2016, v. 5, p. 198-199.

58. Em sentido diverso, entendendo que é possível a fixação de multa judicial para efetivar prestação pecuniária, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 231; ZANETI Jr., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017, v. XIV, p. 77, 97, 108, 117.

de multa<sup>59</sup>; também pode o juiz determinar que terceiro inclua na folha salarial a ordem de pagamento<sup>60</sup>.

Nesse caso, como não se trata de efetivação do crédito executado (prestação pecuniária), mas de prestações de diversa natureza (fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro), a medida atípica pode ser usada *diretamente*, e não subsidiariamente. A subsidiariedade da atipicidade na execução por quantia se refere à efetivação do crédito objeto da execução, e não à efetivação dos deveres processuais do executado ou de terceiro.

Eis, então, outras diretrizes interpretativas propostas por este *Curso*:

xvii) não se admite a fixação de multa como medida atípica para a efetivação de prestação pecuniária, na execução para pagamento de quantia;

xviii) as medidas executivas atípicas podem ser utilizadas diretamente, e não subsidiariamente, na execução por quantia, para forçar o executado ou o terceiro a cumprir os seus deveres processuais;

xix) admite-se a fixação de multa coercitiva, na execução por quantia, como medida atípica, para forçar o executado ou o terceiro a cumprir os seus deveres processuais.

## 2.12. A prisão civil como medida atípica

A Constituição Federal proíbe a prisão civil *por dívida*, considerando-a possível apenas nos casos de depositário infiel e de dívida alimentar: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel" (art. 5º, LXVII, CF)<sup>61</sup>.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27/1992 e promulgada pelo Decreto n. 678/1992, dispõe que "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os

59. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 154.

60. MEIRELES, Edilton. "Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015". *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: Execução*. 2ª ed. Fredie Didier Jr. (coord). Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (org). Salvador: Juspodivm, 2016, v. 5, p. 206.

61. Eis a sua redação: "LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art. 7, n. 7).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226/1991 e promulgado pelo Decreto n. 592/1992, diz que “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual” (art. 11).

Por entender que os tratados internacionais de que o Brasil é signatário não autorizam a prisão civil por obrigação contratual, nem a prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento vinculante no sentido de que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito” (enunciado n. 25 da Súmula Vinculante do STF). O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento semelhante: “descabe a prisão civil do depositário judicial infiel” (enunciado n. 419 da Súmula do STJ).

Sendo assim, a única hipótese em que o ordenamento brasileiro admite a prisão civil como *medida coercitiva típica* é a do devedor de alimentos. Ainda assim, o seu cabimento é restrito: o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo (art. 528, § 7º, CPC).

Mas convém indagar: seria possível cogitar a prisão civil como medida coercitiva atípica? Ou melhor: o poder geral de efetivação conferido ao magistrado (art. 536, *caput* e § 1º, e art. 139, IV, CPC) autoriza o uso da prisão civil para compelir o sujeito a cumprir um dever que não seja o pagamento de débito alimentar?

O tema sempre foi controverso. De um modo geral, a discussão é travada em torno do significado do termo “dívida” utilizado pelo dispositivo constitucional. Marcelo Lima Guerra resume bem o problema:

“O inc. LVII [na verdade, inc. LXVIII] do art. 5º da CF dispõe que ‘não haverá prisão civil por dívida, salvo...’. Não se pode ignorar que a expressão ‘dívida’ admite ser compreendida com dois significados distintos, a saber: como ‘obrigação de pagar quantia’ e como ‘obrigação civil’. Também não se pode desconhecer que, dependendo do significado a ser atribuído à expressão ‘dívida’, o sentido e o alcance do referido dispositivo constitucional variará radicalmente:

a) compreendendo-se ‘dívida’ como ‘obrigação de pagar quantia’, a vedação imposta no inc. LVII [retificando: inc. LXVIII] do art. 5º da CF não exclui a possibilidade de ser admitida no ordenamento o uso de prisão civil para a tutela de outras modalidades de obrigação, sobretudo de fazer ou não fazer;

b) compreendendo-se ‘dívida’ como ‘obrigação civil’, então a vedação do inc. LVII [retificando: inc. LXVIII], do art. 5º da CF é absoluta, isto é, exclui o uso de prisão civil fora das hipóteses aí indicadas”<sup>62</sup>.

Eduardo Talamini entende, com bons argumentos, que quando o texto constitucional se refere a “dívida”, trata do inadimplemento de obrigações em geral, não só as de conteúdo pecuniário. Ele defende que a prisão civil não pode ser utilizada como medida coercitiva em outras hipóteses<sup>63</sup>. Outros doutrinadores seguem a mesma linha de pensamento<sup>64</sup>.

Há, porém, quem sustente que o termo “dívida” é utilizado na Constituição Federal no sentido restrito de prestação *pecuniária*<sup>65</sup>. Segundo essa interpretação, a prisão civil estaria vedada apenas nos casos de débito pecuniário, mas seria admissível para forçar o adimplemento de débitos não pecuniários (como as obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa distinta de dinheiro).

Como alternativa a essa discussão, Sérgio Cruz Arenhart sustenta que a vedação constitucional diz respeito apenas à imposição da prisão civil para cumprimento de prestação *decorrente de liame obrigacional*, quer o objeto dessa prestação seja um fazer, um não fazer, a entrega de coisa ou o pagamento de quantia. Na sua opinião, “a menção a ‘dívida’, no texto constitucional, é empregada no sentido de débito, vinculada portanto a certo conteúdo obrigacional da prestação”<sup>66</sup>. Sendo assim, embora entenda que “dívida”, no texto constitucional, tem acepção ampla, abrangendo prestações pecuniárias ou não, Arenhart admite a utilização da prisão civil

62. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 135. Entre colchetes acrescentamos a numeração correta do inciso do art. 5º que trata da matéria (LXVIII), já que o autor informa, por nítido e plenamente escusável equívoco material, que o inciso seria o LVII.

63. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer...*, cit., p. 302.

64. Por exemplo: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 530; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 8, t. 2, p. 623-625; MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil – princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002, n. 5.5.5.3, p. 336; VENTURI, Elton. “A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas”. *Processo de execução e assuntos afins*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1998, p. 171; THEODORO JR., Humberto. “Tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, n. 105, p. 30.

65. Por exemplo: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, ob. cit., p. 292-295; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 12, p. 326; ARMELIN, Donald. “A tutela jurisdicional cautelar”. *Revista da PGE São Paulo*. São Paulo, 1985, n. 23, p. 137; SHIMURA, Sérgio. “Efetivação das tutelas de urgência”. *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 674-675; DOTTI, Rogéria Fagundes. “A crise do processo de execução”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 1996, n. 2, p. 386-387; SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*, ob. cit., p. 200-202; MOTA, Lise Nery. *Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 128-158; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 288-296.

66. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 392.

como medida coercitiva para cumprimento de ordem judicial, visto que, ainda que esta ordem imponha uma prestação de conteúdo obrigacional, o objetivo maior da prisão seria fazer-se respeitar o poder de império estatal, resguardando a dignidade da justiça<sup>67</sup>.

Sucede que, tal como alerta Marcelo Lima Guerra, diante da ambiguidade do termo "dívida", a questão da possibilidade ou impossibilidade de prisão civil como medida coercitiva atípica não pode ser resolvida no plano meramente *semântico*, porque qualquer opinião fundada apenas nisso será arbitrária<sup>68</sup>. O autor sugere, corretamente, que o problema seja analisado sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.

A tese que restringe a possibilidade de utilização da prisão civil como medida coercitiva – dando ao termo "dívida" o significado mais amplo de "obrigação civil" – privilegia a *liberdade individual*. O problema é que ela pressupõe uma hierarquização abstrata e absoluta desse direito fundamental, como se a liberdade individual tivesse de prevalecer em qualquer situação. Sucede que essa hierarquização apriorística não se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais. Sabemos todos que tais direitos são sempre relativos e podem ser episodicamente afastados em prestígio de outros direitos fundamentais que, no caso concreto, se revelem dignos de melhor proteção. Essa teoria justifica até mesmo o afastamento pontual das normas que, casuisticamente, se apresentem como empecilho à concretização de determinados direitos.

Dessa forma, nada obstante o legislador tenha, aprioristicamente, privilegiado a liberdade individual, entendemos que é possível afastá-la quando, no caso concreto, ela se mostrar em rota de colisão com outro direito fundamental. A possibilidade de ponderação de interesses é expressa no caso do devedor de alimentos, mas também deve ser admitida, como decorrência da própria aplicação da teoria dos direitos fundamentais, em outras hipóteses não expressamente previstas.

Daí a nossa conclusão de que, *excepcionalmente*, é possível a utilização da prisão civil como medida coercitiva atípica. Essa opção não representa, em absoluto, desprezo à *liberdade individual*. Apenas significa dizer que a liberdade individual não é (e não pode ser) um valor *absoluto*, de modo que ela deve, sim, ser protegida, mas *pode* também ser restringida nos

67. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 394. Nesse mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lineamentos do novo processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 75.

68. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 135. Nesse mesmo sentido, sugerindo que, em vez de analisar apenas o texto da norma, seja analisado também o seu contexto, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 293.

casos em que a prisão civil se mostrar como único meio idôneo, necessário e razoável à realização de outros direitos fundamentais<sup>69</sup>.

É preciso, no entanto, delimitar alguns parâmetros.

- a) Somente se pode falar em prisão civil como medida coercitiva *atípica* quando o bem que por meio dela se pretende tutelar mostrar-se, no caso concreto, mais relevante que a liberdade pessoal do devedor. Assim, a excepcionalidade da medida impõe que ela só possa ser aplicada em casos onde haja colisão concreta entre a liberdade individual do devedor e direitos como a vida, a saúde, a integridade física ou psicológica, a igualdade de raça e gênero, dentre outros. A ponderação de interesses deve ser feita de modo claro e profundo na fundamentação da decisão.
- b) A princípio, a prisão civil é medida coercitiva somente aplicável ao devedor de alimentos. Para utilizá-la em outro cenário, o juiz precisa motivar adequadamente a sua decisão.
- c) Não cabe prisão civil como medida coercitiva para forçar o cumprimento de obrigação com conteúdo patrimonial, ainda que não pecuniário (art. 5º, LXVII, CF), seja ele contratual (art. 11, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) ou extracontratual. Entendemos o termo "dívida" como "obrigação de conteúdo patrimonial", não necessariamente de conteúdo *pecuniário*<sup>70</sup>. Uma obrigação de fazer, de não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro com conteúdo patrimonial não pode ser efetivada por prisão civil.

69. Vale atentar para o fato de que "uma interpretação que, no marco da teoria dos direitos fundamentais, venha a considerar possível o uso da prisão civil fora das hipóteses do mencionado dispositivo constitucional, não permitiria, de forma alguma, o uso concreto desta medida, em situações concretas, onde não se revelasse necessário, exigível e proporcional proteger um outro direito fundamental, com sacrifício da liberdade individual" (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, cit., p. 135).

Sérgio Cruz Arenhart também admite a utilização da prisão civil em situações que vão além da dívida alimentar: "Evidentemente, outros óbices – mais de caráter prático que legal – podem ser opostos à efetiva utilização da prisão civil em tais casos. Inicialmente, não se pode negar que a conjuntura fática do sistema prisional brasileiro não recomenda sequer que criminosos de menor potencialidade ofensiva sejam encarcerados, quanto mais simples réus em ação civil. Também a falta de regulamentação legal pode constituir embaraço para o uso do mecanismo – já que não se tem o prazo em que essa prisão seria viável, a forma de sua determinação etc. Nada obstante esses aspectos, mais operacionais que teóricos ou legais, não se pode, *a priori*, descartar a viabilidade da prisão civil, usada como meio coercitivo para o cumprimento de ordens judiciais. Não é o mecanismo inconstitucional, nem esbarra nas limitações determinadas pelas convenções e tratados referidos. Encontra, ao contrário, respaldo no próprio texto constitucional e tem sua admissão implicitamente contemplada pelo art. 461 do CPC e pelo art. 84 do CDC" (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 395).

70. A transferência de propriedade imobiliária, por exemplo, pode ser objeto de obrigação com conteúdo patrimonial, embora não pecuniário, por não envolver o pagamento de quantia.

Cabe, em tese, *prisão civil* como medida executiva atípica para a efetivação de decisão judicial que reconheça direito não-patrimonial (*non money judgement*). Vale lembrar que o poder geral de efetivação se aplica “ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional” (art. 536, § 5º, CPC)<sup>71</sup>.

O surgimento dos “novos direitos”, sem conteúdo econômico (direito ao meio-ambiente, direito à não-segregação racial etc.), trouxe vários problemas de adaptação das antigas técnicas executivas, pensadas originariamente para a efetivação de direitos com conteúdo econômico. A solução desses “novos problemas” passou pelo incremento das formas de tutela específica (*specific performance*), com a criação de novas medidas coercitivas sub-rogatórias, e a extensão da *injuction* para a efetivação dos direitos não-patrimoniais também sob a forma específica, sob pena de configuração de *contempt of court* (desacato à corte)<sup>72</sup>. “(...) o ponto de força da *injuction* está no fato que o obrigado inadimplente pode ser condenado a uma multa fixada discricionariamente pelo Juiz, sem limites, ou também à prisão até que não se decida a cumprir a prestação devida e também ao sequestro de bem”<sup>73</sup>. Trata-se de instrumento “viril, viável e versátil”, que evita “abusos, omissões e obstruções, direcionadas a reduzir a *nada o direito* afirmado no pronunciamento do Juiz”<sup>74</sup>.

Essa proibição não pode ser negligenciada pelo juiz. Para que ela seja afastada, é preciso que haja clara e profunda motivação.

- d) A prisão civil como medida atípica só deve ser utilizada em último caso, quando não foi possível alcançar a tutela específica ou o resultado prático equivalente por nenhum outro meio. É inadmissível, pelos prejuízos que ela é capaz de gerar, utilizá-la como primeira medida.
- e) O magistrado, antes de decretá-la, deve garantir o exercício do contraditório, permitindo que as partes, sobretudo o destinatário da medida, falem sobre o assunto e, se for o caso, produzam prova para demonstrar o que for necessário<sup>75</sup>.

71. Sobre o tema, há dois enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: enunciado n. 441: “O § 5º do art. 536 e o § 5º do art. 537 alcançam situação jurídica passiva correlata a direito real”; enunciado n. 442: “O § 5º do art. 536 e o § 5º do art. 537 alcançam os deveres legais”.

72. TARUFFO, Michelle. “A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 59, p. 75-76.

73. TARUFFO, Michelle. “A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos”, cit., p. 77.

74. TARUFFO, Michelle. “A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos”, cit., p. 77.

75. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 396.

- f) No mais, é prudente que o julgador, optando por impor a prisão civil, fixe desde logo o seu prazo de duração, salientando que o cumprimento, pelo devedor, da prestação imposta faz cessar de imediato a incidência da medida coercitiva.

Com as considerações até aqui feitas, eis mais alguns *standards*:

- xx) admite-se, desde que observados certos parâmetros, a prisão civil como medida atípica para a efetivação de direitos sem conteúdo patrimonial;
- xxi) não é possível a utilização da prisão civil como medida executiva na execução por quantia, à exceção da execução de alimentos.

### 2.13. A medida atípica determinada não pode constituir-se em um ilícito (civil, penal, internacional etc.). O caso da privação de sono

Uma diretriz interpretativa das cláusulas gerais executivas que parece óbvia, mas que precisa ser realçada é a seguinte: não se permite a adoção de uma medida executiva que seja, ela mesma, um ato ilícito.

Um exemplo real.

Um juiz do Distrito Federal determinou, para efetivação da sua decisão que determinava a desocupação de uma escola, o uso de técnicas de privação de sono dos ocupantes, com uso de “instrumentos sonoros contínuos”<sup>76</sup>. Na mesma decisão, o juiz proibiu a entrada de alimentos no local, determinou o corte de fornecimento de água, energia e gás e proibiu o acesso à escola de parentes e conhecidos dos ocupantes, tudo até que a ordem fosse cumprida.

De acordo com o Protocolo de Istambul<sup>77</sup>, privação de sono e restrição de acesso à água são técnicas de tortura. A tortura é crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia (art. 5º, XLIII, CF). Sendo uma prática criminosa, por definição não pode ser uma prática lícita, nem mesmo e muito menos sob o abrigo de uma cláusula geral processual.

Assim, eis mais uma diretriz:

- xxii) a medida atípica determinada não pode constituir, ela mesma, um ato ilícito.

76. A decisão repercutiu em todo os veículos de comunicação: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/estudantes-juiz-autoriza-tecnica-tortura-usada-cia>; <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/11/11/juiz-autoriza-tecnica-de-privacao-de-sono-para-desocupar-escola-no-df.html>; <http://www.valor.com.br/politica/4763335/juiz-autoriza-privacao-de-sono-para-desocupar-escola-no-df>.

77. Disponível em [http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a\\_pdf/manual\\_protocolo\\_istambul.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf).

## 2.14. Fundamento normativo para a execução das decisões estruturais

No capítulo sobre decisão judicial, no v. 2 deste *Curso*, examinamos as chamadas *decisões estruturais*.

A decisão estrutural é aquela que busca implantar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.

A decisão estrutural possui conteúdo complexo.

Normalmente, prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; não raro o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e *nessa parte*, a estrutura deontológica de uma *norma-princípio*. Mas não só isso: é uma decisão que *estrutura* o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e *nessa parte*, a estrutura deontológica de uma *norma-regra*.

Para Edilson Vitorelli, “à medida que os processos de reforma estrutural avançaram, percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não era suficiente para alcançar os resultados desejados. Ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão”<sup>78</sup>.

Sua principal característica é a acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos envolvidos no processo, sejam eles particulares ou públicos<sup>79</sup>.

78. LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2015, p. 579.

79. Segundo Owen Fiss, a *structural reform* permite ao Poder Judiciário sair do isolamento em que se encontra quando é chamado a resolver litígios individuais ou privados (a chamada *dispute resolution*), alcançando-o ao posto de participante do governo e parte integrante do sistema político (FISS, Owen. *Two models of adjudication*. In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 764).

Outra característica marcante das decisões estruturais é que, muitas vezes, à decisão principal seguem-se inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal – é o que Sérgio Cruz Arenhart chama de *provimentos em cascata*<sup>80</sup>.

“Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘*principiológica*’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘*primeira impressão*’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘*decisão-núcleo*’, ou para a especificação de alguma prática devida”<sup>81</sup>.

Como exemplos, podemos citar a decisão que, visando à concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, estabelece um plano de adequação e acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos de uma determinada localidade. A decisão que, visando assegurar o direito à saúde e considerando o crescimento do número de casos de microcefalia numa determinada região e da sua possível relação com o *zika* vírus, estabelece impositivamente um plano de combate ao mosquito *aedes aegypti*, prescrevendo uma série de condutas para autoridades municipais. Ou ainda a decisão que, buscando salvaguardar direitos de minorias, impõe a inclusão, na estrutura curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dos povos africanos ou dos povos indígenas.

Um exemplo de Sérgio Cruz Arenhart pode ser útil: a Lei n. 12.529/2011, que estrutura o sistema de defesa da concorrência, permite ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dentre outras coisas, efetivar suas decisões mediante intervenção na empresa (art. 96), inclusive formulando pedido de autorização judicial para intervenção e administração total da empresa (art. 107, § 2º)<sup>82</sup>.

“Um caso emblemático e um bom exemplo a ser seguido foi o ‘Beatriz Mendonça’, que correu perante a Suprema Corte da Argentina, em que

80. ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225, p. 400.

81. ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”, cit., p. 400.

82. ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 403-404.



compareceram como demandantes grupos de indivíduos afetados, diversas associações ambientalistas e o defensor do povo. Demandados foram o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e um grupo de 44 empresas que supostamente vertiam substâncias poluentes no rio. A Corte utilizou livremente seus poderes ordenatórios, flexibilizou o princípio preclusivo, pediu aos Estados a apresentação peremptória de um planejamento integrado e completo baseado no princípio da progressividade, para a obtenção de objetivos de forma gradual segundo um cronograma. Em julho de 2008 a sentença julgou definitivamente a questão, destacando que os efeitos da decisão se projetam para o futuro e fixando os critérios gerais para seu cumprimento, mas respeitando a maneira de cumpri-la, dentro da discricionariedade da administração. Na execução, previu a participação cidadã no controle do cumprimento do plano de saneamento e do programa fixado, encomendando ao defensor do povo a coordenação dessa participação, mediante a formação de um colegiado integrado pelas organizações não governamentais intervenientes na causa. A execução da sentença está ainda sendo cumprida de forma gradual e progressiva, observando o cronograma apresentado".<sup>83</sup>

O Supremo Tribunal Federal já proferiu algumas decisões que podem ser consideradas como estruturais.

No caso Raposa Serra do Sol (Ação Popular n. 3.388/RR), por exemplo, o STF admitiu a demarcação de terras em favor de um grupo indígena, mas estabeleceu diversas "condições" para o exercício, pelos índios, do usufruto da terra demarcada, dentre elas, a necessidade de o usufruto ficar condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional, já que a terra indígena está situada em zona de fronteira do país<sup>84</sup>. Além disso, foram vivificados diversos marcos que precisariam ser considerados no processo administrativo para a identificação e demarcação de terras indígenas.

Esse caso é emblemático, porque revela um apanágio das decisões estruturais: a imposição de um regime jurídico de transição entre a situação anterior e aquela que se busca implantar, concretizando, assim, o princípio da segurança jurídica. Para Antonio do Passo Cabral, o poder de o órgão julgador criar uma "justiça de transição" entre a situação

83. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Policital Control". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 249, p. 26-27.

84. STF, Pet 3388, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 19.03.2009, DJe 24.09.2009.

anterior e aquela que se pretende implantar seria implícito<sup>85</sup>, decorrente do princípio da proteção da confiança<sup>86</sup>.

Outro exemplo é a decisão proferida no Mandado de Injunção n. 708/DF, em que o STF cuidou do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis. Na oportunidade, constatou-se que a omissão legislativa quanto à regulamentação do tema persistia, a despeito de anteriores decisões em que se reconhecia haver mora dos órgãos legislativos. Entendeu-se que, para não se caracterizar uma omissão *judicial*, era preciso superar essa situação de omissão e, em face disso, determinou-se, dentre outras coisas, que se aplicasse ao caso a Lei n. 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores celetistas em geral, com as adaptações devidas, "enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII)"<sup>87</sup>.

Ao que parece, a decisão proferida pelo STF na ADPF 378, relativamente ao rito do processo de *impeachment* (Lei 1.079/1950), pode ser considerada como mais um exemplo de decisão estrutural. De acordo com notícia acessada no *site* do STF, "por maioria, os ministros entenderam que cabe à Câmara dos Deputados apenas autorizar o Senado a abrir o processo, cabendo ao Senado fazer o juízo inicial de instalação ou não do procedimento, quando a votação se dará por maioria simples. Fixaram também que a votação para escolha da comissão especial na Câmara deve ser aberta, sendo ilegítimas as candidaturas avulsas de deputados para sua composição, e que o afastamento do cargo de presidente ocorre após o processamento da denúncia pelo Senado"<sup>88</sup>.

A admissão das decisões estruturais pressupõe a revisão de diversos conceitos, conforme já visto no v. 2 deste *Curso*. Por ora, é preciso focar na atividade executiva.

85. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 521, com amplas referências. O autor arremata: "Com efeito, muitas decisões de quebra de estabilidade devem ser acompanhadas por regras de transição para evitar uma ruptura das expectativas que pudessem ter sido criadas em favor da manutenção da posição estável, facilitando uma adaptação suave ao novo regramento. Nesse sentido, a edição de regras de transição não deve ser vista apenas como um poder estatal, mas como um *dever* decorrente da cláusula do Estado de Direito, com o correlato e respectivo direito individual". (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 521.)

86. Sobre as regras de transição criadas pelo órgão jurisdicional no caso de quebra da estabilidade, indispensável a leitura de CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 520-544.

87. STF, MI 708, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 30.10.2008.

88. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306611> > Acesso em 23 dez 2015.

Enquanto a efetivação das decisões proferidas em processos não-estruturais se dá, normalmente, de forma impositiva, é comum que a efetivação da decisão estrutural se dê de forma dialética, “a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada”<sup>89</sup>.

No Direito processual brasileiro, a base normativa para a execução das decisões estruturais, *necessariamente atípica e tendencialmente em cooperação*, decorre da combinação do art. 139, IV<sup>90</sup>, com o art. 536, § 1º, ambos do CPC.

Assim, podemos identificar outra diretriz interpretativa:

*xxiii*) os arts. 139, IV, e 536, § 1º, CPC, formam a base normativa para a execução atípica das decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro.

## 2.15. Negócio processual que verse sobre o poder geral de efetivação do julgador

O CPC consagrou a possibilidade de ampla negociação sobre o procedimento e as situações jurídicas processuais (arts. 190 e 200, CPC).

Já se disse, neste *Curso*, que a execução, regida que é, quase sempre, pela disponibilidade dos direitos, é ambiente propício à celebração de negócios processuais – vários deles mencionados ao longo deste volume do *Curso*.

A questão que se apresenta, aqui, é a seguinte: podem as partes, por convenção processual, restringir o poder executivo do órgão julgador, consagrados nos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC?

O tema é bem difícil.

89. VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 151. Eduardo José da Fonseca Costa utiliza as expressões “execução negociada” e “execução complexa cooperativa” para descrever a participação dos sujeitos na efetivação de decisões que visam efetivar políticas públicas (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, v. 212, p. 41-42). Para ele, “o dia a dia forense tem mostrado, assim, que a *execução forçada* não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública” (cit., p. 35).

90. JOBIM, Marco Felix. “A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 230-232; STRECK, Lênio; NUNES, Dierle. “Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?” *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>

Evidentemente, as partes *não podem*, por convenção, impedir que o juiz sancione os ilícitos processuais relacionados ao descumprimento de decisões judiciais e ao embaraço da atividade executiva (arts. 77, IV, e 774, CPC). Seria o mesmo que admitir a convenção das partes quanto à possibilidade de ambas praticarem ilícitos, o que é inadmissível<sup>91</sup>.

Mas é plenamente possível que as partes convençionem, por exemplo, que não haverá execução da multa coercitiva eventualmente devida a uma delas ou que essa execução será limitada a determinado valor.

Também é permitido que as partes convençionem a proibição da tomada de algumas medidas executivas. Se a execução é pautada no interesse do credor, é evidente que ele mesmo pode, voluntariamente, decidir estabelecer limites a ela. No fim das contas, é como se o credor dissesse que *não quer executar de uma determinada maneira*<sup>92</sup>. As partes podem convençionar, por exemplo, que não haverá a suspensão das atividades empresariais, medida executiva atípica.

Essa solução não pode causar estranheza: *a)* sempre foi possível, por exemplo, o pacto de impenhorabilidade, em que as partes limitam voluntariamente a execução, excluindo determinado bem da atividade executiva; *b)* o uso da prisão civil na execução de alimentos, medida *típica*, depende de requerimento do exequente (art. 528, *caput*, CPC), exatamente porque cabe a ele decidir se vai se valer de um meio mais violento, como a prisão, ou se vai partir para uma execução segundo o modelo geral de expropriação de bens (penhora-alienação judicial). Limitações voluntárias à atividade executiva sempre existiram – e, como é admitido no sistema jurídico, esse efeito pode ser obtido por negócio processual atípico, cuja permissão é consagrada legalmente.

O tema merece reflexão mais demorada, que possivelmente pode chegar a resultados dogmáticos um tanto, mas não totalmente, diferentes, nos casos em que a execução é regida pela regra da indisponibilidade, como acontece na execução coletiva ou na execução de crédito fiscal.

Além disso, no fim das contas, a responsabilidade pela execução que se constatar injusta é do exequente (art. 776, CPC); é justo, por isso, que ele tenha o poder de avaliar se quer ou não correr esse risco.

91. Assim, enunciado 6 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

92. Em sentido contrário, não admitindo negócio processual que limite os poderes de efetivação do juiz, CARVALHO, Fabiano. “Do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ed. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 868.



Do mesmo modo, é plenamente admissível que, por convenção processual, as partes já aceitem o uso (i) das medidas atípicas<sup>93</sup> como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão que condena ao pagamento de quantia, ou (ii) de determinadas medidas atípicas, que, no caso, se transformariam em medidas típicas de origem negocial – o que autoriza a conclusão de que a criação de medidas executivas atípicas pode ser obra das próprias partes, e não apenas do juiz, numa harmoniosa combinação entre as cláusulas gerais executivas e a cláusula geral de negociação do art. 190 do CPC.

Também se admite, como se disse em item anterior, a execução negociada das decisões estruturais, sobretudo daquelas que determinam a implantação de política pública. Nesse caso, a convenção processual incluirá o órgão julgador.

Resumimos, pois, mais algumas diretrizes:

- xxiv) não se admite negócio processual que exclua as sanções decorrentes da prática de ilícitos processuais;
- xxv) admitem-se renúncia do direito à multa e a promessa de não executar o valor da multa;
- xxvi) admite-se negócio processual que limite o uso de medidas executivas atípicas pelo órgão julgador;
- xxvii) admite-se negócio processual em que se aceite, previamente, o uso de medidas executivas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão;
- xxviii) admite-se negócio processual em que se aceite, previamente, o uso de determinadas medidas executivas atípicas, que passem, por isso, a ser medidas típicas, de origem negocial;
- xxix) admite-se execução negociada de decisão que determina a implantação de política pública.

## 2.16. Possibilidade de aplicação do princípio no âmbito do processo penal – o art. 3º do CPP e o caso WhatsApp

A partir da aplicação do art. 3º do Código de Processo Penal, admite-se, em alguns casos, a aplicação do Direito Processual Civil para a solução de questões dogmáticas relacionadas ao processo penal.

93. ZANETI Jr., Hermes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017, v. XIV, p. 112.

São *inaplicáveis* os arts. 139, IV, e 536, § 1º, CPC, para a efetivação da sentença penal condenatória que imponha prisão. Não há razão para uso de meios atípicos nesse caso; a prisão penal deverá seguir o regramento previsto tanto no CPP como na Lei de Execução Penal. Assim, por exemplo, não se admite que o juiz imponha multa diária para que o réu condenado foragido se apresente para ser encarcerado.

A questão é que pode haver, ao longo do processo penal, sobretudo na fase de investigação ou instrução, decisões judiciais para cuja efetivação as medidas executivas atípicas decorrentes do CPC podem ser úteis e adequadas<sup>94</sup>. Assim, por exemplo, uma decisão que determina a um terceiro a exibição de determinado documento, para fim de instrução penal; ou a decisão que determine medida sub-rogatória atípica para fazer valer uma decisão que autorizou a apreensão de coisas e documentos.

Desde 2015, no Brasil, houve decisões de juízes penais, dirigidas ao Facebook (dono do aplicativo WhatsApp), determinando a suspensão do aplicativo em todo o território nacional, até que fossem fornecidas algumas informações solicitadas pelo magistrado. A medida foi determinada após reiterada inobservância da decisão pelo Facebook, mesmo após a fixação da multa. A suspensão foi concretizada e milhões de usuários, que nada tinham a ver com o caso, ficaram sem usar o aplicativo. As decisões foram revistas, logo depois, pelo tribunal respectivo. A desproporção da medida era evidente – milhões, sem exagero, de pessoas foram afetadas pela decisão, sem terem contribuído minimamente para o desrespeito ao comando judicial<sup>95</sup>.

O caso serve como contraexemplo, mas ajuda a ilustrar, talvez por isso mesmo, a força que a aplicação desses dispositivos do CPC pode ter no âmbito do processo penal.

Finalmente, eis os *standards* propostos:

- xxx) admite-se a aplicação do princípio da atipicidade das medidas executivas no processo penal (art. 3º, Código de Processo Penal);
- xxxi) não se admite a aplicação do princípio da atipicidade das medidas executivas para a efetivação da sentença penal condenatória que imponha prisão.

94. Assim, por exemplo, STJ, Inq 784-QQ, Corte Especial, rel. Mina. Laurita Vaz, j. em 17.04.2013, DJe 28.08.2013; TALAMINI, Eduardo. "Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp". *Repercussões do novo CPC – Processo penal*. Antonio do Passo Cabral, Eugênio Pacelli e Rogério Schiatti Cruz (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 383.

95. Aderimos, basicamente, à excelente e contundente argumentação desenvolvida por TALAMINI, Eduardo. "Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp". *Repercussões do novo CPC – Processo penal*. Antonio do Passo Cabral, Eugênio Pacelli e Rogério Schiatti Cruz (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 385 e segs.

### 3. SÍNTESE DAS DIRETRIZES (STANDARDS) PARA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS

Eis agora uma síntese das diretrizes que reputamos determinantes para a concretização do princípio da atipicidade das medidas executivas:

- i) os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º do CPC são cláusulas gerais processuais executivas;
- ii) os arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º do CPC autorizam a fixação de medidas atípicas de coerção direta ou indireta, inclusive as sanções premiais;
- iii) a execução para pagamento de quantia deve observar, primeiramente, a tipicidade dos meios executivos, sendo permitido, subsidiariamente, o uso de meios atípicos de execução, com base no art. 139, VI, CPC;
- iv) a execução para a efetivação das prestações de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro é, em princípio, atípica, por força do art. 536, § 1º, CPC;
- v) a atipicidade executiva é técnica que serve à execução fundada em título executivo judicial, provisória ou definitiva, ou fundada em título executivo extrajudicial;
- vi) a tutela provisória será efetivada atipicamente na mesma medida em que a tutela definitiva pode sê-lo;
- vii) a medida executiva pode ser dirigida ao executado, a terceiro ou, em determinados casos, ao próprio exequente;
- viii) a medida executiva escolhida pelo juiz deve ser adequada a que se atinja o resultado buscado (critério da adequação);
- ix) a medida executiva escolhida pelo juiz deve causar a menor restrição possível ao executado (critério da necessidade);
- x) a escolha da medida executiva deve buscar a solução que mais bem atenda aos interesses em conflito, ponderando-se as vantagens e as desvantagens que ela produz (critério da proporcionalidade);
- xi) a escolha da medida executiva atípica deve ser devidamente fundamentada;
- xii) na escolha da medida executiva atípica deve-se observar o contraditório, ainda que diferido;

- xiii) o juiz não está adstrito ao pedido da parte na escolha e imposição de medida executiva atípica, podendo agir até mesmo de ofício, ressalvada, em todos os casos, a existência de negócio processual em sentido diverso;
- xiv) é possível a alteração da medida executiva que se mostrou ineficaz ou que já não é mais necessária, a requerimento da parte ou de ofício;
- xv) não pode o órgão julgador, *ex officio*, determinar, como medida atípica, providência para a qual a lei, tipicamente, exige provocação da parte;
- xvi) não pode o órgão julgador determinar, como medida executiva atípica, medida executiva típica regulada pela lei de outro modo;
- xvii) não se admite a fixação de multa como medida atípica para a efetivação de prestação pecuniária, na execução para pagamento de quantia;
- xviii) as medidas executivas atípicas podem ser utilizadas diretamente, e não subsidiariamente, na execução por quantia, para forçar o executado ou o terceiro a cumprir os seus deveres processuais;
- xix) admite-se a fixação de multa coercitiva, na execução por quantia, como medida atípica, para forçar o executado ou o terceiro a cumprir os seus deveres processuais;
- xx) admite-se, desde que observados certos parâmetros, a prisão civil como medida atípica para a efetivação de direitos sem conteúdo patrimonial;
- xxi) não é possível a utilização da prisão civil como medida executiva na execução por quantia, à exceção da execução de alimentos;
- xxii) a medida atípica determinada não pode constituir, ela mesma, um ato ilícito;
- xxiii) os arts. 139, IV, e 536, § 1º, CPC, formam a base normativa para a execução atípica das decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro;
- xxiv) não se admite negócio processual que exclua as sanções decorrentes da prática de ilícitos processuais;
- xxv) admitem-se renúncia do direito à multa e a promessa de não executar o valor da multa;

- xxvi) admite-se negócio processual que limite o uso de medidas executivas atípicas pelo órgão julgador;
- xxvii) admite-se negócio processual em que se aceite, previamente, o uso de medidas executivas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão;
- xxviii) admite-se negócio processual em que se aceite, previamente, o uso de determinadas medidas executivas atípicas, que pas- sam, por isso, a ser medidas típicas, de origem negocial;
- xxix) admite-se execução negociada de decisão que determina a implantação de política pública;
- xxx) admite-se a aplicação do princípio da atipicidade das medidas executivas no processo penal (art. 3º, Código de Processo Penal);
- xxxi) não se admite a aplicação do princípio da atipicidade das medidas executivas para a efetivação da sentença penal condenatória que imponha prisão.

Esses *standards*, como dito anteriormente, não têm pretensão de ser definitivos. Servem, apenas, como ponto de partida para a concretização do princípio da atipicidade das medidas executivas à luz das premissas estabelecidas ao longo deste *Curso*.

## CAPÍTULO 4

# Formação do processo de execução

**Sumário** • 1. Considerações iniciais – 2. A demanda executiva: 2.1. Noções de demanda e de demanda executiva; 2.2. Elementos objetivos da demanda execu- tiva; 2.3. A demanda executiva fundada em obrigação alternativa (art. 800, CPC); 2.4. Cumulação de demandas (art. 780, CPC) – 3. Petição inicial: 3.1. Introdução; 3.2. Requisitos de validade; 3.3. Requerimento de intimação de terceiros (art. 799, CPC); 3.4. Outros requerimentos e providências; 3.5. Controle e emenda da petição inicial – 4. Efeitos da litispendência executiva: 4.1. Direito conferido ao exequente de averbação da pendência da execução nos registros de bens do devedor; 4.2. Interrupção da prescrição; 4.3. Prevenção; 4.4. Litispendência; 4.5. Litigiosidade do objeto; 4.6. Indisponibilidade patrimonial relativa; 4.7. Direito potestativo do executado ao parcelamento da dívida exequenda – 5. Requisitos gerais para a deflagração do procedimento executivo: 5.1. Introdução; 5.2. Título executivo; 5.3. Afirmação do inadimplemento (arts. 786 a 788, CPC).

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Entende-se por procedimento executivo o conjunto de atos praticados no sentido de alcançar a tutela jurisdicional executiva, isto é, a efetivação/ realização/satisfação da prestação devida, seja ela uma prestação de fazer, de não fazer, de pagar quantia ou de dar coisa distinta de dinheiro.

Como já se viu no capítulo introdutório, a execução pode ser buscada por meio de *processo autônomo de execução* ou de uma *fase* instaurada no bojo de um processo já em curso. Tanto num como noutra caso, a execu- ção se desenvolve com observância de um dado procedimento, que é o procedimento executivo.

O presente capítulo cuida de aspectos gerais atinentes à formação do procedimento executivo. Mas é necessário compreender que não existe apenas uma espécie de procedimento executivo, nem tampouco existe um procedimento executivo padrão (tal como existe o procedimento comum para a apreciação da demanda cognitiva).

A depender da natureza do título que certifique o direito cuja satis- fação se busca (se judicial ou extrajudicial) e a depender da natureza da prestação que se pretende impor ao executado (prestação de fazer, de não