XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

PROCESSO CIVIL

CLÁUDIA FRANCO CORRÊA

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

ROGERIO BORBA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

P963

Processo civil [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cláudia Franco Corrêa; Rogerio Borba; William Paiva Marques Júnior.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-605-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo civil. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

PROCESSO CIVIL

Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: "Processo Civil I", no âmbito do XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 07 a 09 de dezembro de 2022, na cidade de Balneário Camboriú/Santa Catarina, na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, e que teve como temática central "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities".

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Processual Civil, especialmente na relação dialogal com os Direitos Fundamentais e a consequente Constitucionalização do Processo Civil. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Jessé Lindoso Rodrigues e Newton Pereira Ramos Neto abordam a sistemática de precedentes, inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro objetivando, dentre outras, solucionar os problemas atinentes à insegurança jurídica, falta de previsibilidade e estabilidade jurisdicional, notadamente frente aos litígios multitudinários. Nesse cenário, um dos principais vetores da atual codificação processual consiste na valorização de padrões decisórios vinculantes, como é o caso do incidente de resolução de demandas repetitivas. Analisam o procedimento desse incidente processual e projetam sua eficácia e utilidade a fim de conferir maior racionalidade na prestação jurisdicional e redução do acervo de processos, abordando o caso do Tribunal de Justiça do Maranhão.

Flávia Candido Da Silva e Vitória Estéfani da Silva investigam a possibilidade de efetuar o pedido de reconhecimento de usucapião pela via extrajudicial. Com o passar do tempo, o judiciário brasileiro se tornou incapaz de resolver a grande quantidade de demandas existentes e de dar uma resposta rápida aos litígios. Por isso. buscou-se a criação de formas alternativas de solução de conflitos numa tentativa de amenizar o sistema judiciário. Uma delas foi a autorização da usucapião administrativa, feita de forma extrajudicial pelos cartórios, autorizado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Agatha Gonçalves Santana, Carla Noura Teixeira e Neila Moreira Costa refletem sobre a possibilidade jurídica de se considerar um documento assinado eletronicamente pelo devedor

como título executivo extrajudicial, ausentes as assinaturas de duas testemunhas, na forma como previsto de forma literal na legislação processual vigente. Tem-se como objetivo principal demonstrar a possibilidade de se considerar a executividade do documento assinado eletronicamente dentro dos padrões de chaves ICP-Brasil, tendo em vista a presença de todos os atributos e garantias legais, partindo-se de uma análise empírica do Recurso Especial nº 1.495.920/DF de 2018 (STJ).

Bárbara Teixeira de Aragão investiga a advocacia predatória como um problema enfrentado pela Justiça brasileira em que advogados se utilizam da máquina estatal para cometer fraudes processuais e alcançar indenizações indevidas, realizando uma verdadeira aventura jurídica, esquecendo-se de seus deveres éticos e profissionais, indo de encontro ao regramento processual e ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Aludida prática tem sido repreendida pelos magistrados em todo o país, pois a judicialização predatória acarreta prejuízos sistêmicos ao Poder Judiciário e, em especial, ao direito do consumidor, visto que é a área em que a prática é mais corriqueira, além de fragilizar a classe advocatícia ferindo seus princípios éticos e morais.

Francisco Romero Junior e Pedro Henrique Marangoni alertam sobre a aplicação das medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas que estão previstas no inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil de 2015, que são meios coercitivos a disposição das partes e do juiz a fim de valer as leis e decisões judiciais. Muito se preocupava com a efetividade e razoável duração do processo, assim o legislador trouxe ao novo Código Processual uma ampliação dos poderes do juiz, de modo a impor uma medida desfavorável ao sujeito para que este cumpra a obrigação de maneira célere e que este ato alcance efetivamente o cumprimento da decisão obtendo um resultado igual ou equivalente.

Josyane Mansano e Rogerio Mollica tratam do contexto atinente ao princípio da motivação e da atual configuração deste no cenário jurídico, demonstrando a racionalidade das decisões judiciais face ao sistema de precedentes em temas que são vistos como sensíveis, examinando-se o enfrentamento estabelecido entre a obrigatoriedade dos mesmos e a criatividade decisória do juiz. A partir de uma análise empírica do Relatório “Justiça em Números”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com publicação em 2021, referentes ao ano-exercício 2020, constata-se que o sistema de precedentes se mostra útil para os magistrados quando estes proferem sua decisão e se esse sistema, de algum modo, obsta a atuação do juiz no seu ofício. Discorre-se, também, acerca das possíveis vantagens e desvantagens advindas de um stare decisis para o ordenamento jurídico, singularmente em relação à autonomia dos magistrados brasileiros.

Guilherme Masaiti Hirata Yendo , Carlos Alberto Lunelli , Rodrigo Ichikawa Claro Silva analisam se o mecanismo de aplicação das astreintes no âmbito processual civil da França confere efetividade ao sistema de proteção ao meio ambiente que tem sido construído ao longo das últimas duas décadas naquele país europeu. A aplicação das astreintes pode conferir efetividade à tutela do bem ambiental na França, além de contribuir para a mudança do próprio perfil do processo civil francês, de uma feição privatista para uma feição publicista.

José Miguel Garcia Medina e Julia Munhoz Ribeiro propõem uma análise sistêmica dos aspectos históricos e contemporâneos que informam o instituto da coisa julgada, abordando uma atenção dogmática a assuntos ontológicos outros, tais como a aplicabilidade do encimado instituto em relação as questões prejudiciais, igualmente sobre a operabilidade do manto da coisa julgada sobre decisões interlocutórias de mérito e, por último e não menos importante, sobre a eficácia preclusiva na coisa julgada.

Pedro Henrique Marangoni, Francisco Romero Junior e Gabriel Trentini Pagnussat investigam, sob a ótica da legislação brasileira e da portuguesa, a implementação de tutelas destinadas à conservação e satisfação provisórias dos direitos, apontando pontos positivos e negativos de ambos os sistemas.

Para Victor Felipe Fernandes de Lucena e William Paiva Marques Júnior, devem ser reconhecidas as demandas estruturais do direito fundamental à saúde no contexto da pandemia da Covid-19, considerando o direito sanitário como mínimo existencial e integrante da dignidade da pessoa humana em face da teoria da reserva do possível, alegada não raras vezes pelo Estado em sua tese defensiva, constituindo-se em entrave para a sua efetivação. Nessa perspectiva, a busca pela realização desse direito tem ensejado inúmeras ações judiciais a fim de compelir o Poder Público à sua prestação, inclusive com manifestações do STF sobre o tema. No entanto, a solução para o problema estrutural da seara sanitária não reside apenas na ação do Poder Judiciário compelindo os demais órgãos a garantir o acesso dos cidadãos aos seus direitos, mas em uma macrossolução em um processo estrutural, com a possível declaração do estado de coisas inconstitucional favorecendo a realização de um diálogo institucional, uma ação conjunta e integrada de todos os poderes da República no cumprimento de um plano estratégico comum sob permanente jurisdição, objetivando solucionar, por vez, o caos estrutural em que se encontra o serviço público de saúde no Brasil.

Márcio Vander Barros De Oliveira e Carlos Marden Cabral Coutinho, a partir do método hipotético-dedutivo, abordam uma nova visão processual, que não ignore os avanços

doutrinários, enxergando-se o processo e em especial a lei de Execuções Fiscais de forma constitucional e democrática, e não como mero instrumento para realização de fins estatais, no presente caso da LEF, fim este, meramente arrecadatório. Considerando que apesar da função legislativa da LEF seja a cobrança de dívidas por entes federativos, esta cobrança deve ser realizada através de um processo constitucionalmente balizado, sendo medida necessariamente urgente à própria ordem democrática, o respeito às garantias fundamentais do contribuinte.

Paulo Roberto Pegoraro Júnior e Kelly Suzana Passos de Aguiar, traçam um panorama dos honorários advocatícios sucumbenciais e sua natureza de ônus ao litigante derrotado ou expectativa de direito autônomo ao advogado da parte vencedora, bem como analisar se há possibilidade das partes disporem da verba em negócio jurídico processual sem a aquiescência do advogado.

João Paulo Kulczynski Forster e Viviane de Faria Miranda defendem que a inteligência artificial vem ganhando muito espaço em todas as áreas, mas sua inserção e utilização no Poder Judiciário não pode ocorrer sem a sua compatibilização com os direitos humanos processuais, dentre os quais se destaca o direito à fundamentação que, no Brasil, também é um Direito Fundamental. A busca da inovação, refletida em dezenas de iniciativas de uso da inteligência artificial no Poder Judiciário, deve se dar sempre sob a ótica dos direitos das partes envolvidas. A análise da matéria, efetuada através de pesquisa bibliográfica, conta com abordagem da legislação brasileira e da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como da jurisprudência pertinente.

Denise Pineli Chaveiro , Karla Vaz Fernandes e Maria Izabel de Melo Oliveira dos Santos consideram que a legislação que antecedeu ao atual Código de Processo Civil tratou de forma detalhada sobre as medidas judicias possíveis no processo executivo. Com as reformas processuais ocorridas após a Constituição de 1988, em especial nos anos de 2015 e 2016, o sistema legal foi se encaminhando para a atipicidade dos meios executivos, e com a aprovação do novo Código de Processo Civil em 2015 o poder geral dos magistrados ganha contornos ainda mais amplos, para permitir e ampliar o uso de medidas judiciais atípicas mesmo para o exercício da função jurisdicional executiva que busca o pagamento de quantia. O inciso IV do artigo 139, amplia possibilidades, mas também traz inquietações. Se de um lado é necessário proteger o cidadão do arbítrio do Estado, de outro temos o credor, de quem foi retirado o poder de autotutela para solução dos conflitos, assim é preciso lhe garantir o direito fundamental a uma prestação judicial efetiva compatível com o princípio da menor onerosidade ao executado.

Paulo Reneu Simões dos Santos , Marcelo Moço Corrêa , Kelly Suzana Passos de Aguiar constatam a possibilidade de realizar um negócio jurídico processual no âmbito da Administração Pública, especificamente no que tange ao estabelecimento de cláusulas processuais em sede de Acordo de Não Persecução Cível. Para tanto, a temática aborda a consensualidade consubstanciada na superação do formalismo processual, a qual possibilita às partes inclusive a Administração Pública a celebrar negócios jurídicos típicos e atípicos. Na sequência será elencado o instituto do Negócio Jurídico Processual, seus requisitos para existência e validade do ato, considerando que se trata de um instituto complexo que abarca questões de direito material e processual civil, bem como temas de Direito Administrativo.

Paulo Roberto Pegoraro Júnior e Adauto Couto revelam a Teoria Geral do Garantismo proposta por Luigi Ferrajoli como um expoente na busca pela preservação dos direitos fundamentais. A intensificação da prática de atos processuais remotos, sobretudo durante a pandemia da COVID-19, tem um relevante papel de inovação no processo, mas exige uma análise quanto aos direitos processuais fundamentais, em especial a produção da prova, o contraditório e a valoração da prova. É nesse contexto que se insere o Garantismo na perspectiva digital, devido às peculiaridades dos atos remotos, que podem exigir uma nova abordagem das garantias processuais ou mesmo a criação de novos direitos voltados a atender as especificidades dos atos processuais praticados no ambiente virtual. A valoração dos atos e provas pelo julgador, terá papel ainda mais relevante frente aos desafios da virtualização dos atos processuais, de modo que não sobrevenha qualquer prejuízo às partes.

Thomás Henrique Welter Ledesma e Gabriel Pessotti da Silva desenvolvem pesquisa em torno da aplicação dos efeitos da coisa julgada às ações de controle de constitucionalidade, notadamente em razão da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, da teoria da abstrativização do controle difuso, que consiste em estender os efeitos do controle concentrado de constitucionalidade ao controle difuso, modificando sua vinculação, eficácia temporal e extensão.

Josyane Mansano e Rogerio Mollica investigam a possibilidade de aplicação da totalidade dos precedentes judiciais introduzidos pelo Código de Processo Civil de 2015 como forma de se promover a segurança das relações jurídicas. Com o objetivo de encontrar respostas para o tema, foi realizada, primeiramente, uma análise teórica com uma leitura, análise e objetivos do art. 927, do CPC/2015. Posteriormente, buscou-se uma padronização decisória para aplicação do art. 311, II, do CPC, ademais, foi feito um parâmetro com a utilização de precedentes do art. 927, com foco em circunstâncias de abreviação procedimental, assim

como dos art. 332 e 1.032, do CPC, como proposta de padronizar o uso dos precedentes em todas as situações em que tal emprego suscita decisão liminar, a exemplo do inciso II, do art. 311, do CPC.

Victor Felipe Fernandes De Lucena e William Paiva Marques Júnior aquilatam os precedentes judiciais e a importância do dever de fundamentação das decisões judiciais para o Estado Democrático de Direito, especialmente a relevância do art. 489, §1º, incisos V e VI da Lei nº 13.105/15, os quais regram os critérios mínimos para uma decisão judicial adequadamente fundamentada, considerando a vinculação dos precedentes no atual sistema processual brasileiro, devendo o órgão julgador observá-los nos casos semelhantes, sob pena de se constituir em falsa fundamentação. A relevância do tema possui origem constitucional, posto que o dever de fundamentação das decisões está expressamente previsto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988, sendo um corolário fundamental para a observância da segurança jurídica e do devido processo legal, no contexto da democratização do Direito Processual Civil.

Saulo Capelari Júnior, Liège Novaes Marques Nogueira e Silvana Aparecida Plastina Cardoso abordam as discussões que permeiam os instrumentos probatórios na Era Digital, surgindo como problemática central da presente pesquisa o debate em torno da validade dos Prints de WhatsApp como meios de prova no contexto das inovações tecnológicas tem se apresentado como instrumentos de transformação do meio.

Com grande satisfação os coordenadores apresentam a presente obra, agradecendo aos autores /pesquisadores envolvidos em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Balneário Camboriú /Santa Catarina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica processual civil. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Processual Civil no contexto contemporâneo pós-pandêmico de utilização dos mecanismos dos Direitos Fundamentais como força motriz da constitucionalização processual.

Profa. Dra. Cláudia Franco Corrêa - Universidade Veiga de Almeida/Rio de Janeiro

Prof. Dr. Rogerio Borba- UNIFACVEST/Santa Catarina

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS À LUZ DO PRINCÍPIOS CONSTITUCINAIS

ATYPICAL EXECUTIVE MEASURES IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

Denise Pineli Chaveiro [1]
Karla Vaz Fernandes [2]
Maria Izabel de Melo Oliveira dos Santos [3]

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar as medidas judiciais atípicas a luz do princípio do Devido Processo Legal e da efetividade. A legislação que antecedeu ao atual Código de Processo Civil tratou de forma detalhada sobre as medidas judicias possíveis no processo executivo. Com as reformas processuais ocorridas após a Constituição de 88, em especial nos anos de 2015 e 2016, o sistema legal foi se encaminhando para a atipicidade dos meios executivos, e com a aprovação do novo Código de Processo Civil em 2015 o poder geral dos magistrados ganha contornos ainda mais amplos, para permitir e ampliar o uso de medidas judiciais atípicas mesmo para o exercício da função jurisdicional executiva que busca o pagamento de quantia. O inciso IV do artigo 139, amplia possibilidades, mas também traz inquietações. Se de um lado é necessário proteger o cidadão do arbítrio do Estado, de outro temos o credor, de quem foi retirado o poder de autotutela para solução dos conflitos, assim é preciso lhe garantir o direito fundamental a uma prestação judicial efetiva compatível com o princípio da menor onerosidade ao executado. Neste caminho busca-se neste artigo compreender a sua compatibilidade e os caminhos para aplicação de tais medidas. Para isso foi utilizado o método hipotético-dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica de tratados doutrinários sobre o assunto, periódicos científicos e teses de doutoramento.

Palavras-chave: Execução, Medidas atípicas, Expropriação, Processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze atypical judicial measures in the light of the principle of due process and effectiveness. The civil procedural legislation that preceded the current Civil Code dealt in detail with possible judicial measures in the executive process. With the

[1] Mestre em Direito Constitucional Econômico pela UNIALFA. Especialista em Direito Processual pela UNISUL. Especialista em Docência Universitária pela UNIALFA. Docente na UEG, UniGoiás e UNIALFA. Advogada.

[2] Mestre em Direito Constitucional Econômico pela UNIALFA. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UCAM-RJ Coordenadora do NPJ da UNIALFA/FADISP. Professora da UniGoiás e UNIALFA/FADISP. Advogada.

[3] Doutoranda no Programa de Direitos Humanos da UFG. Mestre em Direito Agrário pela UFG. Docente na UEG; UNIALFA e Instituto de Pós Graduação – IPOG. Advogada

procedural reforms that took place after the Constitution of 88, especially in the years 2015 and 2016, the legal system was moving towards the performance of executive means, with the approval of the new Code of Civil Procedure in 2015, the general power of the magistrates gains even broader contours, to allow atypical judicial measures even for the exercise of the executive judicial function. Item IV of article 139 broadens possibilities, but also raises concerns. If on the one hand it is necessary to protect the citizen from the will of the State, on the other hand we have the creditor, from whom the power of Self Guardianship for conflict resolution has been removed, Thus, it is necessary to guarantee the fundamental right to an effective judicial provision and compatible with the principle of less burden to the executed. For this was used the hypothetical-deductive method from bibliographical research of doctrinal treatises on the subject, scientific journals and doctoral theses.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Execution process, Atypical measures, Expropriation, Civil procedure

1 INTRODUÇÃO

Em agosto de 2016 a Juíza Andrea Ferraz Musa, de São Paulo, em uma decisão proferida nos autos do processo de execução de título extrajudicial sob protocolo nº 4001386-13.2013.8.26.0011 determinou como medida coercitiva, a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do executado, a apreensão do passaporte e o cancelamento dos cartões de crédito do executado, até que sobreviesse o cumprimento da obrigação, ou seja o pagamento daquela dívida. Como fundamento da decisão foi utilizado o inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil de 2015.

Essa decisão causou grande impacto e repercussão no mundo jurídico, revelou a concretude e força do dispositivo até então debatido numa seara mais acadêmica, já desenvolvia desde o projeto do Código de Processo Civil, transformado em lei no ano de 2015.

Diante desse cenário algumas indagações ganharam força como a possibilidade ou não da sua utilização tanto para os títulos judicias como para os extrajudiciais, se haveriam requisitos mínimos para balizar a conduta do magistrado, se também seria possível para as execuções especiais como a execução fiscal, como compatibilizar tais medidas com o princípio da tipicidade dos meios executivos e com o devido processo legal diante da necessidade de um credor a uma tutela efetiva em tempo razoável, uma vez que dele foi retirado a autotutela para solução dos conflitos.

Este é objeto desta pesquisa. O estudo foi balizado partindo da compreensão das diferenças entre tutela cognitiva e executiva, no segundo plano pela compreensão dos meios típicos dos quais se vale a tutela jurisdicional executiva, para então discutirmos as medidas atípicas a luz dos princípios atinentes a matéria.

Utilizando o método hipotético-dedutivo, esta pesquisa se propõe a fazer uma análise dos meios de execução atípicos para execução forçada das obrigações de pagamento de quantia, a partir de pesquisa bibliográfica, levantamento legislativo e jurisprudencial, feita em artigos científicos, revistas especializadas, livros e teses de doutoramento.

2 TUTELA COGNITIVA E TUTELA EXECUTIVA

A norma jurídica foi criada pelo homem com a finalidade de determinar condutas para ordenar a vida social. Através delas se estabelecem direitos e deveres. Quando o ser

humano deixa de atender o comando normativo configurada está a “patologia que deve ser reprimida pelos meios de coerção previstos no sistema jurídico” (COSTA, 2009, p. 29).

A sua finalidade é, portanto, criar uma conduta e com isso um costume, algo objetivável, nas suas múltiplas relações comunitárias, e por isso mesmo de observância obrigatória. (COSTA, 2009, p. 29). Para Zavascki (2000, p.31) é mesmo difícil concebermos uma sociedade, com pacífica convivência, quando desprovida de normas regulamentadoras do comportamento humano e, que tais normas não teriam aplicação se fossem de observância facultativa.

A norma reguladora da conduta humana tanto pode ser uma norma de direito privado, a regular a vida entre as pessoas, como também uma norma de direito público, quando envolve também interesses estatais, sempre traz em seu bojo uma sanção, para garantir-lhe eficácia.

Quando violada a norma, a busca da reparação se dá voltando ao Estado a pretensão, ou seja, incumbe ao Estado aplicar a sanção, uma vez que a autotutela não é permitida, como regra. É a partir daí que nasce, em uma construção simplificada, a tutela jurisdicional. A atividade jurisdicional se desenvolve a partir de um processo.

A compreensão do processo deve ser realizada considerando-o como um poder político que ocorre a partir de atos concatenados que perseguem uma finalidade previamente delineada. Assim, quando se trata, especialmente da tutela jurisdicional cível o objetivo, a finalidade, deve ser realizar uma prestação devida, e neste sentido, adimplemento e execução deve sem compreendidos dentro do mesmo contexto semântico (MINAME, 2017, p. 23)

A jurisdição hoje não pode mais ser compreendida somente a partir de um conceito clássico romano que atribui a ela somente a função de dizer o direito, isso porque, ao longo da história e das transformações sociais ela também assumiu o papel de instituição garantidora e produtora de diretos, ganhando contornos políticos (SILVA, 2008, p.09-23).

Segundo Silva (2008), num conceito denominado ordinariedade, a jurisdição deve ser pensada para perceber o processo como um método, um procedimento rígido, de caráter apriorístico e atemporal, com a finalidade de produzir coisa julgada, a partir da busca de uma “verdade real”.

Esse pensamento, contudo, passa por transformações, conforme Streck (2017):

> Com efeito, é tempo de abandoar a ordinariedade e deixar de pensar o processo como um método. Processo não é método, mas, sim, condição de possibilidade para que efetivação de direitos a partir de um perfil democrático-constitucional, em que às partes são conferidos direitos fundamentais capazes de salvaguardá-las de arbitrariedades. Com isso, busca-se superar uma ideia meramente quantitativa de jurisdição para que se dê o florescer do caso concreto e que, com isso, o caminho procedimental ínsito ao processo seja construído no caso e de acordo com o caso concreto. Dito de outro modo, não há um método prévio e imutável para se chegar à solução da causa. Por isso, é importante que se supere a noção instrumental de processo e de linguagem, ambas ancoradas no mesmo paradigma filosófico já superado (STRECK, RAATZ, DIETRICH, 2017)

Como se nota, a atividade jurisdicional desenvolvida através do processo passa por transformações, ganhando a partir do debate de ideias, novos contornos, avançando no campo da efetivação de direitos garantidos por normas principiológicas, axiomas, e não mais como mero mecanismo a serviço da efetividade da lei.

Assim, partindo-se da premissa da atividade jurisdicional como garantidora de direitos é que se passa a classificação das tutelas jurisdicionais, inicialmente no tocante à aptidão da decisão para colocar ou não fim ao processo (uma sentença ou uma decisão interlocutória) e num outro vértice de lhe garantir ou não a satisfação da questão levada à juízo (OLIVERIA NETO, 2019, p.101).

Destaca-se que a classificação que ora se propõe é baseada no atual digesto processual cível que regula a matéria no Brasil, e, embora esse instrumento legal divida a tutela jurisdicional em conhecimento e execução, nota-se que esse rigorismo não perpassa a realidade do processo, isso porque a atividade cognitiva e a atividade executiva permeiam ambas as searas e são realizadas pelo órgão jurisdicional ao logo dos dois processos. “Conhecimento e execução são técnicas processuais de que o juiz se vale para satisfazer ou acautelar os direitos valendo-se do processo” (MARINONI, ARENHART, MITIDIEIRO, 2015, p.557).

A partir deste ponto, agruparemos as tutelas, conforme Oliveira Neto (2019, p.101) em dois grupos, tutelas autossatisfativas e tutelas não satisfativas. No primeiro grupo situam-se aquelas que “se prestam, desde logo, a conferir a satisfação do direito, independentemente de qualquer atividade posterior”, já no segundo agrupamento o autor coloca aquelas que “exigem alguma atividade posterior para efetivá-la”.

No âmbito das tutelas autossatisfativas estão aquelas das quais não se originam obrigações, o acertamento do direito no comando normativo imposto pela jurisdição já garante a solução a conflito, como é o caso das puramente declaratórias e das tutelas constitutivas. Segundo Oliveira Neto (2019, p.101) elas promovem o acertamento e não necessitam de providências jurisdicionais ulteriores.

Nas tutelas não satisfativas, ao certificar uma relação obrigacional a jurisdição traz para si o dever de efetivar o comando, a necessidade de providências outras para garantir a satisfação do direito vindicado, nestes casos "se pode cogitar na existência de tutela executiva posterior e em complemento a uma tutela de acertamento condenatória" (OLIVERIA NETO, 2019, p.101).

Desta forma, a atividade jurisdicional pode estar direcionada somente para o acertamento do direito, o que já garante aos jurisdicionados a solução do conflito e noutro prisma o comando normativo determinado no acertamento da relação jurídica, poderá levar ainda a necessidade de atos para efetivação, quando não cumprida pelo devedor espontaneamente, neste segundo ponto situa-se o foco da investigação.

Além do comando normativo fixado na sentença a tutela jurisdicional pode se voltar também para o cumprimento forçado de uma obrigação estabelecida entre as partes de forma privada, sem a participação do Estado, e que não foi espontaneamente cumprida.

Portanto, a jurisdição executiva tanto pode estar voltada para o cumprimento forçado de uma obrigação fixada no comando não satisfativo de sua autoria, como é o caso de uma sentença ou de uma decisão interlocutória, como também de uma relação privada, como é o caso de uma relação contratual.

Destarte, enquanto a atividade jurisdicional cognitiva busca o acertamento, a certificação de um direito, a tutela executiva busca satisfazer uma obrigação, que pode advir de um comando normativo produzido pela jurisdição, ao qual classificamos como título executivo judicial, ou decorrente da vontade das partes, quando estas vêm certificada em um documento a que a lei atribua força de título executivo, e neste caso o denominamos extrajudicial.

Para a tutela executivo a jurisdição se vale de técnicas para avançar sobre a esfera de direitos do executado, o que se dá através de medidas coercitivas e de sub-rogação.

Posto isso, passaremos a análise das medidas apresentadas pela lei para que a jurisdição possa garantir a satisfação em uma execução forçada de uma obrigação que não foi espontaneamente cumprida.

3 MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS

A tutela jurisdicional executiva busca a satisfação de uma prestação que não foi cumprida espontaneamente. O acertamento da relação obrigacional, a permitir o

acionamento do Estado, deve constar em um dos instrumentos a que a lei atribui força de título executivo.

O instrumento tanto pode decorrer de um comando normativo expedido por um órgão jurisdicional, como as sentenças e decisões interlocutórias, como também por uma sentença arbitral, ou ainda por um documento firmado a partir da vontade das partes, como um contrato assinado na presença de duas testemunhas ou o instrumento de transação referendado pelos advogados das partes, o rol a permitir o acionamento da tutela é taxativo, estabelecido pela lei.

Este comando, quando não realizado de forma espontânea pode ser levado ao Estado para que este possa forçar o seu cumprimento através da invasão na esfera jurídica de direitos do Executado (MINAME, 2017, p.42).

Nota-se que existe uma relação direta entre o direito obrigacional e a tutela jurisdicional executiva. Ou seja, ´para ter direito a acionar a tutela executiva o jurisdicionado deve ser o titular de uma obrigação, certificada por um documento, a que a lei atribui a denominação, a força, de título executivo, aliado ao inadimplemento voluntário do devedor.

A atividade do Estado nesta seara será sempre a satisfação de uma prestação devida ao Credor primário ou secundário, neste segundo caso, quando sucessor do direito.

Neste ponto, o código de processo civil agrupa os títulos executivos em dois patamares, títulos executivos judiciais e títulos executivos extrajudiciais. No primeiro bloco estão aqueles que, em sua formação passaram pelo crivo do devido processo legal. Dentre eles, com exceção da sentença arbitral, pode-se afirmar que todos foram formados a partir de uma tutela jurisdicional. Mas mesmo a sentença arbitral, também passou pelo crivo do devido processo legal, para sua formação.

No segundo grupo estão os títulos executivos extrajudiciais, formados a partir da vontade das partes e certificados por instrumentos aos quais a lei atribui força normativa. É o caso do contrato assinado pelas partes e por duas testemunhas, o contrato de honorários, a nota promissória, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores, cheque, nota promissória, entre outros enumerados no artigo 784 do atual Código de Processo Civil e por outras leis. O que aqui se busca e conferir a mesma força normativa a documentos que fazem o acertamento do direito de forma consensual pelas partes. Evita-se com isso o monopólio exclusivo do Estado para o acertamento das relações, permite-se que as partes possam criar instrumentos que presumam a existência de relações obrigacionais.

É claro que esta presunção da existência de uma relação obrigacional, criada a partir do título executivo extrajudicial é relativa, ou seja, *juris tantum*, diferente da definitividade que permeiam os comandos jurisdicionais. Revela enfatizar que, no âmbito da tutela executiva dos títulos extrajudiciais as partes poderão discutir em juízo toda relação obrigacional através do meio de defesa denominado Embargos à Execução.

Segundo Araken de Assis: "a necessidade de transformação do mundo físico é a matriz da função jurisdicional executiva". Para o mesmo autor, para garantir a efetividade do comando normativo, o Estado se utiliza de algumas técnicas, que são os meios executivos (ASSIS, 2016). Estes podem ser definidos como típicos ou atípicos.

Quando o Estado retira do cidadão o poder de resolver os conflitos pela força da autotutela, ele o faz para garantir a convivência social pacífica, para permitir que exista um mínimo de humanidade na solução dos conflitos. Assim, hoje, somente em situações pontuais, permitidas pelo ordenamento jurídico é possível a aplicação da autotutela, não sendo o caso da execução de obrigações não cumpridas (MINAME, 2017, p.42).

A garantia de soluções pacíficas é o mote do ordenamento jurídico para atribuir ao Estado o dever de expropriar, evitando com isso a autotutela, e garantir o mínimo de humanidade (MINAME, 2017, p.43).

Ressalta-se que somente o Estado tem o poder de expropriar, afinal, o direito de propriedade, como sustentáculo do sistema econômico liberal elegido pela nossa constituição, no artigo 170, somente pode ser suprimido pelo Estado.

Mas as formas de satisfação forçada da obrigação não se situam somente no âmbito da expropriação, por isso mesmo, hoje, a visão clássica que atribui ao Estado a exclusividade dos atos executivos, não mais se sustenta, segundo Miname (2017, p.43) mesmo que o ordenamento jurídico, por razões históricas, tenha determinado que somente o Estado pode valer-se, como regra, da autotutela, considerada pela tomada forçada do patrimônio do executado com utilização da força, há que se observar que existem outras possibilidades de satisfação e nem todas se utilizam do emprego da força física.

A proteção ao proprietário, responsável patrimonial da obrigação, cuja esfera de direitos poderá ser atingida, já era uma preocupação de Canelutti (2000, p.300) ao afirmar "ainda hoje, a posição do credor encontra-se bastante menos tutelada não apenas no campo penal como também na execução, do que a posição do proprietário (titular do direito real)".

Assim, para satisfazer o Credor, agora já processualmente denominado Exequente, o ordenamento jurídico prevê algumas possibilidades, denominados atos executivos, que nada mais são que de uma articulação encadeada de atos para agredir a esfera de direitos do executado (ASSIS, 2016, tópico 19).

As finalidades das medidas de efetivação têm uma relação direta com as prestações dentro da relação obrigacional, sendo elas, obrigação de dar dinheiro (pagamento de quantia); entrega de coisa; um fazer ou não fazer, ou ainda, nas palavras de Assis (2016, tópico 19) "eliminar os efeitos da infração a algum direito, o que se consumaria na entrega ao exequente da mesma utilidade lesionada, reconstituindo, portanto, a feição originária do respectivo direito" ou, por fim, " impedir a própria infração do direito e a repetição do ato lesivo".

Para se atingir o objetivo pretendido, o Estado pode tomar dois caminhos, sendo o primeiro o da sub-rogação, onde realiza ações necessárias à satisfação do exequente avançando sobre o patrimônio do executado, que se tornou inerte, a outra possibilidade é a coerção ao executado para que ele mesmo, saindo da inércia, realize o seu dever jurídico.

Conforme seja a providência adotada pelo Estado, será a tutela jurisdicional executiva classificada como direta ou indireta. E neste ponto é importante mencionar-se a importância de se entregar ao credor a tutela específica da obrigação fixada no título executivo, que deve ser compreendida como aquela que foi estabelecida pelas partes ou determinada pela sentença, esta compreendida de forma ampla, como todo comando normativo expedido à partir do devido processo legal, em regra pela jurisdição.

A execução direta para pagamento de quantia acontece a partir da penhora, que pode ser conceituado como o ato de constrição realizado pela jurisdição que individualiza a responsabilidade patrimonial do executado. Para Miname (2017, p.43) a penhora "compreende duas ações: apreensão e depósito (art. 839, CPC/2015). A apreensão ocorre, na maioria das vezes, mediante uso de força estatal. Apenas excepcionalmente o devedor torna-se depositário do bem (art. 840, §2º, CPC/2015)".

A partir da penhora realizada, passa-se à avaliação do bem penhorado, para então proceder-se à sua expropriação, que tanto pode se dar pela adjudicação (com a entrega do produto penhorado ao credor ou àqueles indicados pela lei) como pela alienação (por iniciativa particular ou por leilão), reservada ainda a possiblidade de adjudicação dos frutos e rendimentos da coisa objeto da constrição. Fica a cargo do exequente a escolha da forma de expropriação (MINAME, 2017, p.43).

A sub-rogação ocorre, em regra, sem nenhuma atitude proativa do executado, que escolhe ficar inerte durante todo processo.

Em outro vértice situam-se os atos de coerção, também denominados de execução indireta, onde os meios executivos atuam não no patrimônio, mas na vontade (elemento subjetivo) do executado, o objetivo é convencê-lo a adimplir com a obrigação (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, tópico 10.10.).

Assim, enquanto a execução direta usa meios de sub-rogação, a execução indireta usa meios de coerção, que podem ser tanto uma penalidade imposta, como a imposição de multa (astreintes) ou um prêmio, como a redução do valor devido a título de honorários advocatícios para o pagamento que atenda, no prazo legal, fixado pela lei.

Miname (2017, p.45) ainda destaca:

> O grau de intenção do requerido em colaborar de alguma maneira na realização da prestação devida não é importante para se qualificar a execução em direta ou indireta, mas auxilia na escolha do tipo de medida a ser utilizada como meio de coerção. Quanto mais indícios houver de falta de vontade em cooperar pelo executado, mais drástico deve ser o meio coercitivo utilizado.

Para a execução forçada das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa certificadas em título executivo extrajudicial (formado a partir da vontade das partes) a norma processual prevê meios de execução indireta para realização a tutela específica, nestes casos a natureza da obrigação influenciará diretamente no meio escolhido, assim, a busca da tutela específica pode ser substituída pelo resultado prático equivalente ou, em última caso, pelo equivalente monetário.

Portanto, serão as peculiaridades do caso concreto que vão definir o meio a ser utilizado, levando em consideração a ponderação entre o princípio da efetividade, menor onerosidade ao executado, sempre à luz da proporcionalidade e razoabilidade.

Mas mesmo diante de todo aparato de medidas previstas pelo ordenamento jurídico, ainda assim é possível perceber ao longo dos anos a dificuldade de efetivação da tutela jurisdicional executiva, neste sentido, Greco (1999, p. 34-66) destaca:

> A crise de falta de efetividade da execução, vale registrar, não é problema exclusivamente brasileiro. [...] No ano de 2003, o Conselho da Europa, organização internacional de cooperação na área jurídica, editou recomendação na qual, por considerar a execução das decisões judiciais corolário do direito humano fundamental a um julgamento justo num tempo razoável (este assegurado pelo art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos), exigiu dos Estados-Membros o dever de assegurar às pessoas que receberam uma decisão final e vinculante o direito à execução, ponderou que a não-execução ou o atraso em realizá-la torna esse direito inoperante e ilusório

> e estabeleceu um rol de critérios a serem observados para assegurar que a execução seja a mais efetiva e eficiente possível.

Mesmo as reformas processuais de 2005 e 2006, que se deram a partir da edição das Lei n° 11.232/05 e a Lei n° 11.382/06, que alteraram o Código de Processo Civil de 1973 conseguiram a efetividade esperada ao processo de execução, o que acaba impactando na credibilidade do sistema judicial.

Para as obrigações de fazer e não fazer e entrega de coisa fixadas em sentença judicial o juiz deve determinar junto com o dispositivo que impõe a obrigação as medidas em caso de descumprimento, ou seja, para estas o poder geral já estava definido e foi encampada pelo atual Código de Processo Civil nos artigos 497 e 498 do Código de Processo Civil.

Diante desse quadro, ganhou maior espaço as medidas judiciais de execução atípicas para as obrigações de pagamento de quatia. O debate sobre o tema permeou o projeto de lei que se transformou no novo Código de Processo Civil, e em 2016 o tema volta à cena em grande repercussão.

Em agosto de 2016 a Juíza Andrea Ferraz Musa, de São Paulo, em uma decisão proferida nos autos do processo de execução de título extrajudicial sob protocolo nº 4001386-13.2013.8.26.0011 determinou como medida coercitiva, a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do executado, a apreensão do passaporte e o cancelamento dos cartões de crédito do executado, até que sobreviesse o cumprimento da obrigação, ou seja o pagamento daquela dívida. Como fundamento da decisão foi utilizado o inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil de 2015.

Neste cenário, impõe-se o estudo das medidas atípicas, as quais se passa a seguir, sob o prisma do princípio do Devido Processo Legal.

4 MEDIDAS EXECUTIVAS ATIPICAS

Atrelados a valores ligados diretamente ao Estado liberal-clássico, que influenciaram diretamente os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, o controle do Poder Executivo dos magistrados sempre foi uma preocupação. A subordinação à lei deveria, neste cenário, impedir a intervenção estatal na órbita privada, bem como garantir a justiça entre as partes no processo (MARINONI, 2006, p.225)

Torrano (2019, p.65) destaca que foram os abusos cometidos pela aristocracia judicial que desencadearam grande desconfiança, assim, com a Revolução Francesa

houve uma drástica redução do poder dos magistrados, aliado a visão clássica do Estado Liberal que a esfera patrimonial não poderia ser invadida senão em virtude de lei e nos seus limites.

Dessa ideia nasce então o princípio da tipicidade dos meios executivos que pretende garantir ao devedor que os meios utilizados pela jurisdição devem estar previamente enumerados em lei, garantindo-lhe proteger-se do arbítrio de formas não tipificadas em lei (MARINONI, 2006, p.225).

Assim, se de um lado temos um direito fundamental à propriedade, previsto no artigo 5º, XXIII da CF/88, que dá sustentação ao modelo econômico liberal escolhido pelo Constituinte originário, de outro temos o direito à efetividade e razoável duração do processo, assim, a compatibilização desses dois é o prisma principal sob o qual deve ser analisada as possiblidades de medidas outras que não somente aquelas taxativamente enumeradas em lei.

Para Guerra (2003, p.66-67), o sistema de tutela jurisdicional executiva está diretamente ligado ao princípio da legalidade que sustenta o Estado de Direito, delimitando ao máximo a atuação estatal a partir da lei, a partir da definição prévia das possíveis sanções permitidas, para com isso evitar o arbítrio judicial, e, como consequência, preservando a segurança jurídica. Contudo, mesmo diante desse cenário não há como ignorar a impossibilidade de prever todas as possibilidades que se apresentam no caso concreto, o que tornam a enumeração legal insuficiente, pela total impossibilidade de previsão pelo legislador.

É diante deste quadro, com os olhos voltados para à realização do direito do exequente a uma tutela que deve ser justa e efetiva, que o sistema jurídico amplia a atuação do magistrado na execução, para determinar-lhe uma conduta mais ampla, participativa e comprometida com a efetividade em tempo razoável da prestação jurisdicional. Assim, poderá, diante do caso concreto, tomar medidas atípicas, não previstas em rol legal, para garantir o direito do exequente (RAINHA, 2016, n.p.).

Miname (2017, p.17) destaca que o acesso à justiça é um direito fundamental, garantido constitucionalmente, e não pode ser pensando apenas no sentido de se obter uma decisão, é preciso garantir-se também a sua efetivação. Na mesma esteira de raciocínio, afirma que, elencados legalmente os documentos a que se elege como títulos executivos extrajudiciais, garantir a sua efetividade deve ser uma preocupação estatal, e por isso mesmo a ausência de um procedimento não poderão servir de escusa para que não ocorra a prestação jurisdicional.

Tratar no âmbito da lei de todas as medidas possíveis para fixar os caminhos do direito fundamental ao devido processo legal não é possível, há, portanto, que se pensar em devido processo legal justo a prospectar sua incidência no âmbito da atuação do magistrado. O direito ao devido processo legal justo para Sarlet, Marinoni e Mitidieiro (2015, p.732-733) deve ser pensando como uma cláusula geral e diante da sua indeterminação em núcleo forte, um conteúdo mínimo essencial. O primeiro ponto é a colaboração das partes com o órgão jurisdicional, e em outro prisma deve ser observado um processo capaz de tutelar de forma efetiva o direito dos jurisdicionados a um provimento efetivo, confiável e motivado em procedimento público, que tenha a capacidade, esta baliza servirá também como meio de controle dos atos proferidos pelo órgão jurisdicional.

Em especial para a tutela executiva das obrigações de pagar quantia, como visto no tópico anterior, a atividade jurisdicional se volta para expropriação de bens do responsável patrimonial, pela técnica da sub-rogação, como regra geral. Mas sempre contamos também com outros meios de coerção previstos em lei, como, por exemplo, o protesto, a incidência de multa de 10% quando não acontece o pagamento espontâneo da obrigação fixada em título executivo judicial (CPC, Art. 523, 1º), inclusão do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes (CPC, Art. 782, §3º), desconto no valor fixado a título de honorários advocatícios para o pagamento espontâneo, no prazo de 3 dias (CPC, Art. 827, 1º).

Contudo, nem sempre todas as medidas típicas surtem o efeito sobre o devedor, que mesmo diante do chamado judicial queda-se inerte, ou ainda pior, esquiva-se do cumprimento de sua obrigação, deixando de pagar o valor devido, mesmo ostentando socialmente a aparência de que não o faz por mero capricho, escondendo seu patrimônio com meios ardilosos, e nesse sentido, para esses devedores que devemos pensar o comando previsto no inciso IV do artigo 139, que atribui ao magistrado o poder de "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".

Neste aspecto situam-se as medidas atípicas, aquelas não definidas no rol legal. Miname (2017, p.63-64) explicita que ao classificar um meio como atípico o que estudiosos do direito processual brasileiro referem-se é à ausência de uma explicação detalhada pelo legislador, contudo, mesmo diante da possibilidade de utilização de meios atípicos há que se estabelecer critérios, conforme exemplifica:

> É possível, por exemplo, trabalhar com os meios executivos a partir de outro paradigma, adotando uma compreensão aberta do tipo. Nessa compreensão, a ordem interna do tipo poderia observar, por exemplo, os seguintes parâmetros: a) a necessidade de realização da tutela devida; b) a observância ao contraditório, c) a necessidade de fundamentação da decisão que determinou a medida executiva e d) observância do postulado da proporcionalidade levando em consideração a necessidade de efetivação da tutela e a proteção da dignidade do devedor. Por essa perspectiva, a análise dos meios executivos seria regida pela tipicidade (compreensão aberta do tipo), mesmo no caso de execuções realizadas mediantes procedimentos não determinados em lei. Assim, na escolha de um meio, ao invés de analisar se ele estaria ou não previsto em lei, deveria o intérprete avaliar se os parâmetros do tipo estariam mais ou menos presentes a partir da análise do caso concreto. (MINAME, 2017, p.63-64)

A proposta do autor está na mesma esteira do pensamento consubstanciado no enunciado nº 12 do Forum Permanente de Processualistas Civis, que dispõe:

> 12. (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) 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.

Miname (2017, p.64) ainda destaca manter-se filiado à ideia de que a execução deve, como regra, reger-se pelos meios típicos, mas estes meios não serão sempre a garantia de um satisfação da tutela requerida ao Judiciário, assim, quando estes não garantirem o verdadeiro acesso à justiça, entendido como a garantia de uma solução e uma satisfação em tempo razoável, aí caberá aos meios executivos atípicos, aplicados a partir de critérios, a fim de evitar abusos pelo juiz e injustiças aos envolvidos, garantir a efetividade do direito. Conclui afirmando que "meios executivos tipificados em lei podem trazer segurança ao jurisdicionado, mas meios executivos ditados no caso concreto também. O contrário também é verdade".

A ideia acima está na mesma esteira do pensamento de Marinoni (2018, p. 426) que afirma:

> Quando o uso das modalidades executivas está subordinado ao que está na lei, a liberdade do litigante está garantida pelo princípio da tipicidade. Mas se esse princípio foi abandonado ao se concluir que a necessidade de meio de execução - e, assim, a efetividade da tutela do direito material - varia conforme as circunstâncias dos casos concretos, é preciso não esquecer que o poder executivo não pode ficar destituído de controle. Como é evidente, jamais o vencedor ou o juiz poderão eleger modalidade executiva qualquer, uma vez que o controle do juiz, quando não é feito pela lei, deve tomar em conta as necessidades de tutela dos direitos, as circunstâncias do caso e a regra da proporcionalidade. Em outras palavras, a adoção dos meios executivos obviamente ainda pode ser controlada pelo executado. A diferença é que esse

> controle, atualmente, é muito mais sofisticado e complexo do que aquele que simplesmente indagava se o meio executivo era o previsto na lei para a específica situação. (MARINONI, 2018, p. 426)

Alguns autores simplesmente não concordam com a utilização dos meios atípicos.

Para Assis (2018, n.p.) as medidas atípicas aplicadas à execução são inconstitucionais, na medida em que contrárias ao Devido Processo Legal, direito fundamental conferido pelo legislador constituinte no art. 5º, inc. LIV, uma vez que pode gerar abusos dificilmente controláveis, e para o autor não parece compatível com o ordenamento jurídico que além da pressão de prisão ou multa a decisão atinja também a pessoa e não somente o patrimônio do executado, e nesta esteira de raciocínio inclui-se também a indeterminação do artigo 516, 1º do CPC, cabendo ao magistrado diante de requerimentos com base nesses dispositivos não ampliar o seu poder de atuação, mas de declarar a sua inconstitucionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça ao analisar os casos a ele submetidos têm mantido seu posicionamento no sentido de que o texto normativo do artigo 139, inciso IV do CPC se coaduna com o ordenamento jurídico, garante efetividade e permite, a partir da motivação o controle dos atos jurisdicionais. Para a Ministra Nanci, relatora do voto do acórdão que julgou o REsp nº 1.782.418 – RJ:

> Para que seja adotada qualquer medida executiva atípica, portanto, deve o juiz intimar previamente o executado para pagar o débito ou apresentar bens destinados a saldá-lo, seguindo-se, como corolário, os atos de expropriação típicos.
> O contraditório prévio é, aliás, a regra no CPC/15, em especial diante da previsão do art. 9º, que veda a prolação de decisão contra qualquer das partes sem sua prévia oitiva fora das hipóteses contempladas em seu parágrafo único.A decisão que autorizar a utilização de medidas coercitivas indiretas deve, ademais, ser devidamente fundamentada, a partir das circunstâncias específicas do caso, não sendo suficiente para tanto a mera indicação ou reprodução do texto do art. 139, IV, do CPC/15 ou mesmo a invocação de conceitos jurídicos indeterminados sem ser explicitado o motivo concreto de sua incidência na espécie (art. 489, § 1º, I e II, do CPC/15).
> De se observar, igualmente, a necessidade de esgotamento prévio dos meios típicos de satisfação do crédito exequendo, tendentes ao desapossamento do devedor, sob pena de se burlar a sistemática processual longamente disciplinada na lei adjetiva.

Desta forma, o que temos hoje é entendimento dos nossos tribunais que pela permissibilidade de utilização dos meios atípicos com a possibilidade de controle dos atos jurisdicionais, sempre com os olhos voltados para os direitos fundamentais já consolidados em lei. Contudo, o tema ainda está longe de ser considerado um entendimento pacífico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto a atividade jurisdicional cognitiva busca o acertamento, a certificação de um direito, a tutela executiva busca satisfazer uma obrigação, que pode advir de um comando normativo produzido pela jurisdição, ao qual classificamos como título executivo judicial, ou decorrente da vontade das partes, quando estas vêm certificada em um documento a que a lei atribua força de título executivo, e neste caso o denominamos extrajudicial.

Assim, a atividade jurisdicional executiva tanto pode estar voltada para o cumprimento forçado de uma obrigação fixada no comando não satisfativo de sua autoria, como é o caso de uma sentença ou de uma decisão interlocutória, como também de uma relação privada, como é o caso de uma relação contratual.

A jurisdição, como atividade exercida pelo Poder Judiciário, deve sempre ser pautada no pela legalidade, pelo devido processo legal, e para garantir a todos um solução dos seus conflitos, quando violado um direito.

Contudo, a necessidade de compatibilizar estes princípios como o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, compreendido no seu aspecto material, de forma a permitir a solução e satisfação em tempo razoável dos conflitos a ele submetidos, à luz da razoabilidade, proporcionalidade e efetividade, levaram o legislador a garantir o poder geral ao magistrado, insculpido no inciso IV do artigo 139 do CPC.

Não se olvida que o acesso à justiça é um direito fundamental, garantido constitucionalmente, mas ele não pode ser pensando apenas no sentido de se obter uma decisão, é preciso garantir-se também a sua efetivação. (MINAME, 2017, p.17).

No âmbito da tutela jurisdicional executiva o Estado avança sobre a esfera de direitos do Executado, uma vez que retirou do jurisdicionado o poder de solução dos conflitos pela autotutela, assim, a discussão que se impõe enfrentar é se o rol de possibilidades de efetivação desta tutela pode ou não ir além daquelas taxativamente enumeradas pela lei.

O STJ posicionou-se no sentido de que as medidas denominadas atípicas podem e devem ser utilizadas, sempre de forma subsidiária, observando a importância de fundamentação para garantir o seu controle.

Alguns autores destacam o perigo de garantir um poder desmedido ao Poder Judiciário, um protagonismo que subverte a ordem legal, mesmo diante da necessidade de dar efetividade à justiça.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**, 6ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 2016 versão eletrônica sem paginação.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro, volume IV: manual de execução**/ Livro Eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de. **Manual de execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Versão eletrônica.
Brasil, Código de Processo Civil

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**/ V.1. Introdução e função do processo civil. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.
GRECO, Leonardo. **A execução e a efetividade do processo**. RePro, nº 94, ano 1999, p. 34- 66.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo Barros Carvalho**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz *in* **Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado**, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio, MITIDIEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil – Volume 1**. Editora RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II**/ Livro Eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018,
MINAMI, Marcos Youji. **Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do Código de Processo Civil brasileiro de 2015**. Tese de conclusão de curso de Doutorado pela Universidade Federal da Bahia, Programa de PósGraduação em Direito, 2017.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **O poder geral de coerção**. São Paulo: RT, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. RAATZ, Igor. DIETRICH, William Galle. O que o processo civil precisa aprender com a linguagem? **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 2, p. 317-335, Mai.-Ago. 2017 DOI: http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n2p317-335

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre o positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 8. p. 31.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Comarca de São Paulo). Execução de Título Extrajudicial n. 4001386-13.2013.8.26.0011. Juíza Andrea Ferraz Musa. 25 de ago. 2016.