

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Igor da Mata Moura

Requisitos para Aplicação das Medidas Atípicas no Processo de Execução

Uberlândia

2021

Igor da Mata Moura

Requisitos para Aplicação das Medidas Atípicas no Processo de Execução

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Processo Civil

Orientador: Daniela Melo Crosara

Uberlândia

2021

Requisitos para Aplicação das Medidas Atípicas no Processo de Execução

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Processo Civil

Uberlândia, 2021.

RESUMO

O Novo Código de Processo Civil de 2015 positivou, dentro do capítulo relativo aos deveres e poderes do juiz, a possibilidade de aplicação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, inciso IV, do Código de Processual Civil), denominadas pelos processualistas como medidas atípicas. Com a entrada em vigência da referida cláusula geral de atipicidade, surgiu a necessidade de se discutir parâmetros e requisitos de aplicação que assegurem a efetividade do processo, mas que não abandonem os direitos e garantias do devedor. Nesse sentido, o presente artigo visa sugerir requisitos de aplicação, notadamente no processo de execução, de forma que seja possível garantir o equilíbrio entre os interesses opostos no processo de execução: efetividade da tutela jurisdicional x direitos e garantias do devedor. Não se pretende esgotar tema ou propor requisitos regidos para aplicação desses mecanismos, até porque é da sua própria natureza jurídica a atipicidade e maleabilidade para adequá-los ao caso concreto. Lado outro, propõe-se, portanto, que a aplicação seja norteadada pelo princípio da proporcionalidade e que se evite as medidas meramente punitivas, conservando-se a finalidade coercitiva e a capacidade de compelir o executado ao pagamento voluntário.

Palavras-chave: Medidas processuais atípicas; Requisitos de aplicação; Proporcionalidade; Caráter coercitivo e não punitivo.

ABSTRACT

The New Civil Procedure Code of 2015 established, within the chapter on the duties and powers of the judge, the possibility of applying inductive, coercive, mandatory or subrogation measures necessary to ensure compliance with a court order, including in actions aimed at monetary payments (Article 139, item IV, of the Code of Civil Procedure), called by proceduralists as atypical measures. With the entry into effect of the general clause of atypicality, the need arose to discuss parameters and requirements of application that ensure the effectiveness of the process, but that do not abandon the rights and guarantees of the debtor. In this sense, this article aims to suggest application requirements, especially in the enforcement proceeding, so that it is possible to guarantee a balance between the opposing interests in the enforcement proceeding: effectiveness of judicial protection versus the debtor's rights and guarantees. It is not intended to exhaust the subject or propose regulated requirements for the application of these mechanisms, even because it is in their own legal nature the atypicality and malleability to adapt them to the concrete case. Furthermore, it is proposed, therefore, that the application be guided by the principle of proportionality and that the merely punitive measures be avoided, maintaining the coercive purpose and the ability to compel the executed to voluntary payment.

Keywords: Atypical procedural measures; Application requirements; Proportionality; Coercive and non-punitive character.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 2 FASE SATISFATIVA E MEDIDAS ATÍPICAS..... | 9 |
| 2.1. PROCESSO DE EXECUÇÃO: ASPECTOS GERAIS E DESAFIOS | 9 |
| 2.2 PREVISÃO E CONCEITO DE MEDIDA ATÍPICA | 12 |
| 3 REQUISITOS | 14 |
| 3.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE..... | 15 |
| 3.1.1 ADEQUAÇÃO | 16 |
| 3.1.2 NECESSIDADE | 19 |
| 3.1.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO..... | 21 |
| 3.2 DIFERENCIAR COERÇÃO X PUNIÇÃO | 23 |
| 4 CONCLUSÃO..... | 27 |
| 5 REFERÊNCIAS | 28 |

1 INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o legislador brasileiro positivou, dentro do capítulo relativo aos deveres, poderes e responsabilidades do juiz, a possibilidade de aplicação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, inciso IV, do NCPC).

Assim, ao incluir a cláusula geral de atipicidade na parte geral do diploma processual, o legislador buscou conferir maior efetividade para a prestação jurisdicional, uma vez que criou a possibilidade de que os magistrados adotem as medidas mais adequadas para a solução eficiente de cada caso concreto, não os limitando a um rol taxativo de alternativas, seja na fase cognitiva ou na satisfativa do processo civil.

Contudo, ante a inexistência de requisitos e parâmetros pré-estabelecidos, o permissivo legal, como exposto acima, necessita da análise *in concreto* pelos julgadores, que se tornam os responsáveis por aferir quais as medidas mais adequadas para se garantir a efetividade e utilidade da tutela jurisdicional. A amplitude do poder conferido aos julgadores resulta em divergência de entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da necessidade e dos requisitos para a aplicação dos meios atípicos. Nesse cenário, surge a necessidade de se investigar quais os parâmetros mínimos para aplicação das medidas coercitivas atípicas no processo de execução.

Segundo o relatório do Conselho Nacional de Justiça (2020), a fase executiva é a mais demorada do processo judicial, o que confirma a necessidade de buscarmos meios executivos que consigam garantir celeridade e efetividade ao processo de execução, assegurando-se simultaneamente os direitos e garantias do exequente e do executado. Se de um lado o Estado tem o dever de garantir a prestação jurisdicional adequada, efetiva e com duração razoável ao credor (exequente), valendo-se, para tanto, de meios eficazes para atingir a satisfação do crédito, noutra ponta, também lhe incumbe o dever de zelar pelas garantias individuais e processuais do devedor (executado), evitando-se que o processo se torne ilegítimo, autoritário e despótico (ARENHART, 2018).

Nesse contexto, as medidas executivas coercitivas atípicas podem exercer papel fundamental na busca pela efetividade do processo de execução, porquanto o magistrado pode adotar a medida que se mostre mais adequada e razoável ao caso concreto, compelindo o devedor ao adimplemento da obrigação. De outro norte, latente a necessidade de se estabelecer os parâmetros de aplicação de tais medidas, com intuito de impedir a imposição de medidas ineficazes, arbitrárias e até ilegais ou que somente mitiguem direitos do executado, mas não sirvam à utilidade do processo, desvirtuando-se a finalidade do processo.

Para tanto, buscando compreender as medidas atípicas e propor parâmetros para sua aplicação, utilizou-se método dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com utilização de documentação indireta, exposição de conceitos jurídicos, entendimentos doutrinários e alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça. Assim, observa-se que se trata de uma pesquisa bibliográfica, explanatória e expositiva, por meio do acesso a livros, artigos científicos, periódicos, teses, dissertações, legislação pertinente, julgados e relatórios do Conselho Nacional de Justiça.

Inicialmente, serão abordados aspectos gerais da fase satisfativa e sua importância, expostos superficialmente os atuais desafios enfrentados pelo Poder Judiciário na concretização do direito material e a possibilidade de que as medidas atípicas sirvam de instrumentos para o aumento da efetividade da tutela jurisdicional, bem como exposto tanto a previsão legal como a atual conceituação doutrinária dos meios executivos indiretos.

Na sequência, serão sugeridos os parâmetros a serem observados para aplicação das medidas executivas atípicas, abordando-se: i) o princípio da proporcionalidade em seus três desdobramentos, isto é, necessidade, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito; e ii) a necessidade de se distinguir as medidas punitivas das coercitivas.

Portanto, adotando-se como objeto de análise os meios coercitivos atípicos no processo de execução, o presente artigo visa contribuir para a definição dos parâmetros necessários para a aplicação desses mecanismos de execução indireta.

2 FASE SATISFATIVA E MEDIDAS ATÍPICAS

Com intuito de conferir maior efetividade ao processo de execução e, conseqüentemente, atingir a solução final pacífica e célere dos conflitos, é que se justifica o estudo das medidas atípicas como instrumentos de concretização do direito material. Porém, antes de discutir o tema principal deste artigo, impõe-se discorrer sobre os aspectos gerais do processo de execução, os desafios enfrentados pelo Poder Judiciário durante a fase satisfativa e a importância de se manter o equilíbrio entre os direitos do exequente e do executado, para viabilizar a aplicação dos mecanismos atípicos, assegurando-se a utilidade e a validade do processo.

2.1. PROCESSO DE EXECUÇÃO: ASPECTOS GERAIS E DESAFIOS

O poder-dever do Estado de prestar tutela jurisdicional é exercido por meio do processo judicial que, no ramo do processo civil, divide-se em processo de cognição ou de conhecimento e processo de execução, neste compreendido tanto o cumprimento de sentença quanto a execução fundada em título executivo extrajudicial. A divisão e o equilíbrio entre cognição e execução concretizam o devido processo legal e, nas lições de COUTURE, aproximam o Estado-Juiz do ideal de justiça:

El contenido de la jurisdicción no se reduce a la actividad cognoscitiva de la misma sino también a su actividad ejecutiva. Conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia; ejecución sin conocimiento es despotismo no justicia. Sólo un perfecto equilibrio entre las garantías del examen del caso y las posibilidades de hacer efectivo el resultado de ese examen, da a la jurisdicción su efectivo sentido de realizadora de la justicia. Esta necesidad de asegurar tanto el conocimiento como la ejecución plantea el alcance constitucional de las medidas coercitivas de la jurisdicción.” (COUTURE, 1948, p. 89).

Na fase de conhecimento, as partes levam fatos à apreciação do órgão competente do Poder Judiciário. De um lado, o autor apresenta os fatos constitutivos de seus direitos, sobre os quais lhe recairá o ônus da prova (Art. 373, inc. I, CPC). Noutra ponta, via de regra, a defesa do réu versará acerca dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos dos direitos do autor, incumbindo-lhe prova-los, sob pena de a decisão judicial colidir com seus interesses. Em ambos os polos, as partes buscam a obtenção de uma decisão judicial declaratória, constitutiva ou condenatória, que poderá ser objeto de cumprimento de sentença, caso não seja cumprida.

A fase satisfativa, ora objeto de análise, divide-se em duas modalidades: processo de execução e cumprimento de sentença. Embora ambas se prestem a concretização do direito material contido no título extra ou judicial, respectivamente, o Código de Processo Civil adota procedimentos distintos para cada modalidade, como ensina Theodoro Júnior:

Pode a execução por quantia certa fundar-se tanto em título judicial (sentença condenatória) como em título extrajudicial (documentos públicos e particulares com força executiva), muito embora o procedimento regulado nos arts. 824 e ss. seja específico dos títulos extrajudiciais. Para os títulos judiciais, o procedimento executivo é o do “cumprimento de sentença”, regulado pelos arts. 520 a 527. (THEODORO, Jr., 2018, p. 441).

Como a pretensão deste artigo não é discutir as especificidades de cada rito processual, deixa-se de lado as minúcias procedimentais para tratar sobre a importância da execução e das medidas coercitivas atípicas como instrumentos indispensáveis à concretização do direito material. Logo, não cumprida voluntariamente a obrigação pelo devedor, o caminho adequado a ser trilhado pelo credor deve ser a execução, isto é, o credor, então exequente, buscará na fase satisfativa a concretização do direito reconhecido no título judicial ou contido no extrajudicial.

Assim, na fase satisfativa, teoricamente, o exequente está mais próximo de ver seus direitos concretizados, pois, neste momento processual, o Estado-Juiz pode adotar os meios executivos que visem a satisfação do crédito, seja por meio das medidas tipicamente previstas ou atípicas. Contudo, em contraste a essa expectativa de proximidade com a satisfação do crédito, os dados do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça de 2020 apontam que os processos de execução são mais numéricos e demorados, se comparados aos que se encontram em fase de cognição, conforme a seguir.

De acordo com os dados coletados, que versam sobre os processos judiciais em curso na primeira instância, os processos de execução ainda representam 55,8% (cinquenta e cinco vírgula oito por cento) das ações em trâmite, apesar de o histórico de ajuizamentos demonstrar que nos últimos anos a fase de conhecimento inaugurou aproximadamente o dobro de processos do que a satisfativa, senão vejamos:

O Poder Judiciário contava com acervo de 77 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2019, sendo que mais da metade desses processos (55,8%) se referia à fase de execução... .. as figuras 105 e 106 exibem as séries históricas dos casos novos, pendentes e baixados

diferenciados entre processos de conhecimento e de execução. Os dados mostram que, apesar de ingressar no Poder Judiciário quase duas vezes mais casos em conhecimento do que em execução, no acervo a situação é inversa: a execução é 54,5% maior. (BRASIL, Justiça em números 2020: ano-base 2019. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020, p. 150).

Logo, inaugura-se aproximadamente o dobro de processos na fase de conhecimento, porém, o número de processos na fase de execução ainda é maior, o que aponta a dificuldade do Poder Judiciário em finalizar a fase satisfativa.

Nessa esteira, o relatório aponta que os processos de execução têm duração superior ao de conhecimento, pois apresentam gargalos que impedem a satisfação do crédito, pois mesmo o judiciário esgotando os meios previstos em lei não se localiza patrimônio do devedor que seja suficiente ou capaz de satisfazer o crédito executado, conforme a seguir:

Há de se destacar, no entanto, que há casos em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito, permanecendo o processo pendente. Ademais, as dívidas chegam ao judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos — daí a difícil recuperação”. (BRASIL, Justiça em números 2020: ano-base 2019. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020, p. 150).

Assim, em que pese os dados do CNJ versarem acerca das diversas espécies de execução, é possível extrair que a fase satisfativa ainda carece de métodos e técnicas que, de fato, permitam a superação dos gargalos e, conseqüentemente, a concretização dos créditos contidos nos títulos executados em juízo.

Acerca da necessidade de buscar a efetividade do processo de execução, Marinoni (2017) ensina que a jurisdição não se restringe apenas à fase cognitiva do processo, pois, além do reconhecimento do direito material, a pretensão deduzida e reconhecida há de ser tutelada pelo meio executivo mais adequado.

Portanto, não basta o mero reconhecimento do direito e a existência de um título, é necessário que o Poder Judiciário, assegurando os direitos e garantias do devedor, garanta a efetividade da execução em tempo razoável, pois a concretização do direito material é o fim máximo do processo civil.

Sobre o direito processual como instrumento de concretização, ensina Humberto Theodoro Júnior:

O certo é que o direito processual não pode ser justificado como um fim em si mesmo e que sua existência não tem tarefa a cumprir fora da boa realização do projeto de pacificação social traçado pelo direito material. Este, sim, contém o repositório das normas primárias de viabilização da convivência civilizada. Em lugar, portanto, de afastar-se e isolar-se do direito material, o que cumpre ao bom direito processual é aproximar-se, cada vez

mais, daquele direito a que deve servir como instrumento de defesa e atuação. (THEODORO Jr., 2018, p. 04)

Nesse contexto de busca pela efetividade na fase satisfativa, surge a necessidade de contribuir para a investigação dos requisitos e parâmetros que devem ser observados pelo magistrado na aplicação das medidas executivas atípicas. Ora, se até as medidas tipicamente previstas são limitadas pelos princípios processuais e pelas garantias individuais executado, quando se pretende impor mecanismos atípicos, esse cuidado deve ser redobrado, com escopo de se evitar violações aos direitos do devedor executado, abuso de direito de crédito e que sejam proferidas decisões judiciais arbitrárias, ilegais e ineficazes.

Isso porque o direito à satisfação do crédito do exequente e o poder do Estado-Juiz não são irrestritos e encontram limites nos direitos e garantias do executado. Nesse sentido, por exemplo, de acordo com Theodoro Júnior (2018), a execução deve observar os princípios como o da patrimonialidade e da utilidade, porquanto os atos executivos devem ser adequados e o patrimônio do devedor é a garantia genérica de seus credores, uma vez que, ao assumir uma obrigação, o devedor contrai para si uma dívida e para seu patrimônio uma responsabilidade.

Assim, o delineamento dos requisitos a serem observados pelo julgador interessa a todos os sujeitos do processo, pois tem o condão de conferir validade aos atos praticados, evitando-se que eventuais nulidades arguidas sejam reconhecidas posteriormente e contaminem os atos processuais já consolidados, o que prejudicaria a todos, especialmente ao próprio exequente em razão da morosidade e dos efeitos diversos causados por eventual repetição de atos processuais declarados nulos ou revogados nas instâncias superiores.

Portanto, a elaboração do presente artigo funda-se na necessidade de contribuir para a criação de requisitos e parâmetros de aplicação das medidas executivas atípicas, de modo que seja possível garantir a efetividade e a validade dos atos executivos, sem que haja excessos ou violações aos direitos e garantias do executado.

2.2 PREVISÃO E CONCEITO DE MEDIDA ATÍPICA

No anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, o legislador consignou que sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a

carecer de real efetividade e que, de fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. E, na busca pela concretização dos direitos fundamentais de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV) e de duração razoável do processo (LXXVIII), previu, no artigo 4º do NCP, o direito das partes de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, inclusive na fase satisfativa. E, nesse cenário de inovações legislativas e de técnicas processuais que visam a busca por celeridade e efetividade processual, as medidas executivas atípicas representam instrumentos que podem e devem auxiliar os órgãos julgadores na busca pela concretização dos direitos.

No Código de Processo Civil de 2015, as medidas atípicas estão previstas nos artigos 139, IV, art. 297 e no § 1º do art. 536. O rol exemplificativo cria o que Humberto Theodoro Júnior (2018, pag. 427) denomina como poder de coerção do juiz, que deve impor às partes e aos terceiros o respeito às suas decisões.

Na coleção *Grandes Temas do Novo CPC*, projeto coordenado por Fredie Didier Junior e publicado pela revista *juspodvim* em 2020, no capítulo destinado às diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas, os autores classificam as previsões legais como cláusulas gerais processuais executivas, por se tratarem de textos normativos vagos e indeterminados, que ampliam e reforçam o poder criativo da atividade jurisdicional, servindo para realização da justiça do caso concreto.

No mesmo sentido, Marinoni e Arenhart (2007) também defendem que natureza atípica das medidas amplia os poderes do juiz na busca pela efetividade. Ensinam os autores:

...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.

Logo, depreende-se que a ampliação dos poderes executivos do magistrado é resultado da impossibilidade de o legislador prever todas as medidas possíveis para cada situação, sendo necessário, portanto, ampliar o poder-dever do juiz no sentido de permitir que, diante das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, seja adotada a medida mais adequada e eficiente.

Ao expandir a possibilidade de criação pelos sujeitos do processo, especialmente pelo magistrado, o legislador prestigiou a efetividade processual em detrimento ao formalismo e ao apego aos mecanismos típicos que, não raras vezes, mostram-se ineficazes para assegurar os direitos do exequente. A possibilidade de adotar a medida de acordo com as especificidades da demanda aumenta substancialmente o poder do magistrado no plano de concretização e efetividade processual e, via de consequência, a segurança jurídica.

Acerca da previsão legal do princípio da atipicidade e de como sua margem criativa contribui para a efetividade processual, notadamente pela possibilidade de o magistrado aplicar a medida mais adequada e eficaz ao caso concreto, Steinberg (2020, p. 33), em sua recente tese de doutorado, explica que o juiz passa da condição de espectador para participante da concretização da tutela jurisdicional:

Para arrematar, a adoção do "princípio da atipicidade dos meios executivos encontra-se expressamente prevista no artigo. 139, IV, do CPC e consagra a postura irreversível do legislador brasileiro de transformar o papel e a atuação do magistrado, de mero espectador, em partícipe, na busca da efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, as medidas atípicas decorrem do princípio da atipicidade dos meios executivos e visam a efetividade do processo judicial, permitindo a adoção de medidas específicas que garantam o cumprimento das obrigações e das decisões judiciais pelo executado.

Portanto, expostas as considerações iniciais sobre o conceito e a previsão das medidas atípicas, resta indicar os parâmetros que devem ser observados para aplicação desses meios executivos indiretos atípicos, notadamente o princípio da proporcionalidade em seus desdobramentos e a observância obrigatória ao caráter coercitivo.

3 REQUISITOS

Conforme exposto no item anterior, os autores citados entendem que as medidas atípicas decorrem da cláusula geral do artigo 139, IV, do CPC, que tem sido considerado a positivação do princípio da atipicidade dos meios executivos. Assim, se de um lado, a elevada indeterminação da cláusula permite ao magistrado aplicar o mecanismo que melhor resguarde os interesses do executado, noutra ponta, a

atuação do magistrado deve ser norteadas por parâmetros que assegurem os direitos e garantias do executado também.

Portanto, nesse contexto, para se manter o equilíbrio entre os interesses conflitantes, impõe-se ao julgador a observância ao princípio da proporcionalidade e o respeito ao caráter coercitivo dos mecanismos atípicos, como forma de estabelecer os requisitos mínimos para aplicação das medidas atípicas no processo de execução.

3.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Considerando a atipicidade dos meios executivos indiretos e, portanto, seu caráter não taxativo, a implementação de uma medida atípica passa pelo crivo do magistrado que apreciará o pedido do exequente e deverá valer-se da medida menos gravosa e mais adequada à situação em análise. Dessa noção, surge a necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade, que deve servir de bússola ao magistrado no momento da análise do pedido. Isso porque o respeito à proporcionalidade deve ser considerado como requisito inicial para materialização das medidas atípicas, funcionando como limitador do direito do exequente e do poder do estado sobre o patrimônio e sobre a pessoa do executado.

A proporcionalidade como limitador se justifica devido ao caráter atípico das medidas e da possibilidade de que algumas decisões podem resultar em arbitrariedades e ilegalidades, funcionando como mera restrição dos direitos do executado, sem qualquer pretensão de atender aos fins processuais da tutela adequada e efetiva em tempo razoável. Ao revés, a inobservância ao princípio da proporcionalidade pode ensejar danos irreparáveis e irreversíveis aos direitos e garantias do executado.

Sobre a inclinação despótica inerente à atipicidade, Eduardo Talamini, inclusive, destaca a dificuldade de se manter a proporcionalidade em razão da tendência que as medidas atípicas possuem de serem meios desproporcionais entre o bem atingido pela sanção e o bem tutelado pelo judiciário.

Nas lições de Talamini (2018, p. 31):

... eleição concreta das medidas coercitivas atípicas, mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tende a ser tarefa delicada. É da essência do instrumento coercitivo certa desproporção entre o bem atingido pela sanção e o bem tutelado. Para ser eficaz, a medida de coerção terá de impor ao réu um sacrifício, sob certo aspecto, maior do que

o que ele sofreria com o cumprimento do dever que lhe cabe. Daí a extrema dificuldade de se estabelecer os limites de sua legitimidade, sem destruir-lhe a essência: a medida coercitiva deve configurar efetiva ameaça ao réu, apta a demovê-lo da intenção de transgredir, e, simultaneamente, não afrontar os princípios acima mencionados.

Assim, em razão da atipicidade dos meios e das infinitas possibilidades, incumbe ao julgador o dever de manter o equilíbrio entre os bens tutelados: o crédito exigido e as garantias do executado. Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade pode e deve servir como bússola para o julgador, viabilizando o resultado mais adequado e eficiente ao caso sob judice.

Acerca do princípio da proporcionalidade, Barroso (1999) ensina que a doutrina brasileira, assim como a portuguesa, aderiu à tripartição alemã do princípio da proporcionalidade, resultando nos quesitos adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para o autor, a adequação exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; a necessidade ou a exigibilidade impõe(m) verificação da existência de meio menos gravoso para o atingimento dos fins visados; e a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera de direitos dos cidadãos.

Na tentativa de se estabelecer os requisitos para aplicação dos meios atípicos, o princípio da proporcionalidade se mostra relevante em seus três aspectos, sendo indispensável que o magistrado realize o juízo de adequação, de necessidade ou exigibilidade e, especialmente, de proporcionalidade em sentido estrito, sob pena de se aplicar medida manifestamente arbitrária e ineficiente.

Assim, emprestando a conceituação e a divisão do princípio da proporcionalidade proposta por Luís Roberto Barroso, passa-se a discutir a importância de cada requisito da tripartição, com escopo de evitar arbitrariedades e injustiças no caso concreto.

3.1.1 ADEQUAÇÃO

Inicialmente, a adequação é o primeiro requisito do princípio da proporcionalidade. Dessa forma, deve ser considerada adequada a providência processual que guarde correlação com o direito material tutelado e que seja útil a garantir o cumprimento da obrigação ou da decisão judicial.

Nas palavras de Steinberg (2020), a medida deve ser adequada no sentido de que esses meios disponíveis sejam ferramentas perfeitas para obtenção do resultado almejado.

Contudo, como não há como antever o que seria adequado a todos os casos, pois será o ajuste às peculiaridades do caso que trará os elementos para análise de adequação da medida. Isso porque a execução se concretiza no interesse exclusivo do exequente e a técnica a ser empregada deve considerar o caminho mais efetivo para a satisfação do crédito, em observância ao artigo 8º do NCPC.

Nesse sentido, Arenhart (2018, p.51) ensina que:

Não há, então, como se falar de forma abstrata em medida adequada. Também, não se pode pretender estabelecer regras genéricas de adequação. De forma apriorística, pois, os poderes-deveres dos magistrados para impor as suas decisões são atípicos e amplos. O juiz não está preso a formas pré-ordenadas de efetivação (princípio da atipicidade das formas de execução), sendo livre para determinar o mecanismo mais adequado para o caso concreto. A escolha dos instrumentos a serem empregados para a efetivação de certa decisão somente poderá ser examinada diante do caso concreto.

Assim, é da análise detida do caso sob julgamento, que será possível aferir qual a medida que mais resguardará o direito do exequente sem violar as garantias que o executado possui. A adequação do instrumento a ser utilizado guarda relação direta com o fim almejado pela tutela jurisdicional, que é a concretização do direito material e simultaneamente a preservação dos direitos da parte contrária.

Além de guardar relação com o fim almejado, o juízo de adequação também permite que o magistrado verifique se há indícios de que o executado tem condições, de fato, de cumprir a obrigação ou a decisão e não o faz por vontade própria, hipótese em que se torna aplicável alguma medida atípica que exerça coerção sobre o devedor.

Afinal, se o executado não possui condições mínimas de adimplir a obrigação, a imposição da medida atípica não guardaria relação de utilidade e efetividade, porquanto de nada adiantaria exercer coerção sobre o executado que não tem condições reais de adimplir a obrigação, sendo certo que a medida coercitiva, neste caso, se tornaria mecanismo completamente inútil e de caráter meramente punitivo, sem qualquer possibilidade de atingir o postulado da efetividade.

Acerca da necessidade de se analisar a possibilidade de cumprimento por parte do devedor, Lima Neto e Fernandes Carneiro (2017, p. 299), entendem que é necessário a observância de critérios objetivos para a correta aplicação dos mecanismos de execução indireta, devendo ser considerado um requisito a

possibilidade real e atual de cumprimento da obrigação pelo executado. Ao contribuir para a fixação dos critérios de aplicação das medidas atípicas, os citados autores defendem a necessidade de observância de *sinais exteriores de riqueza* do executado, quando se tratar de execução por quantia certa. Isso porque os sinais de riqueza demonstram o descumprimento voluntário e, nesses casos, permite-se a adoção das medidas atípicas como mecanismo de coerção do devedor.

Em que pese o exemplo acima tratar especificamente de execução por quantia certa, é possível emprestar a ideia central defendida, isto é, a possibilidade de cumprimento como requisito para a aplicação das medidas atípicas, e aplica-la às quando se tratar de execuções que visem a entrega de coisa ou obrigação de fazer e não fazer. Ora, se o executado, não possui condições, capacidade ou se por algum motivo está completamente impossibilitado de cumprir a obrigação, a imposição de mecanismos coercitivos não será adequada ao caso concreto. Ao revés, a depender da natureza da medida empregada, seus efeitos podem prejudicar e até inviabilizar o cumprimento voluntário.

Ainda sobre a possibilidade de cumprimento da obrigação como requisito para aplicação, cumpre trazer à discussão o recente entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.788.950 – MT, de Relatoria da Ministra Nancy Andrigli, no qual restou fixado o entendimento de que, dentre outros critérios trazidos no voto da Relatora, é possível a imposição de medidas atípicas desde que haja indícios de que o executado possui patrimônio apto a cumprir a obrigação.

Em breve síntese do caso, o processo de origem versava acerca da execução de título extrajudicial (cheque) e o exequente pleiteou a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e apreensão do passaporte do executado, sendo indeferido o pedido pelo juízo de primeiro grau, o exequente interpôs Agravo de Instrumento, que teve seu provimento negado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Ato contínuo, o exequente interpôs Recurso Especial argumentando violação ao inciso XXXV, artigo 5º, da CF e artigo 139, inciso IV, do NCPC, sustentando a adoção de medida executiva atípica é imprescindível para a satisfação da obrigação nos autos da execução, tendo em vista que já foram realizadas inúmeras tentativas de localização de bens passíveis de constrição, todas infrutíferas. À unanimidade e nos termos do voto da Ministra Relatora, a 3ª Turma conheceu e negou provimento ao RESp.

Em seu voto (p. 11-12), a Ministra Nancy Andrigli, consignou que:

Frise-se, aqui, que a possibilidade do adimplemento – ou seja, a existência de indícios mínimos que sugiram que o executado possui bens aptos a satisfazer a dívida – é premissa que decorre como imperativo lógico, pois não haveria razão apta a justificar a imposição de medidas de pressão na hipótese de restar provada a inexistência de patrimônio hábil a cobrir o débito. Em suma, é possível ao juiz adotar meios executivos atípicos desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir a obrigação a ele imposta, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. (REsp 1788950/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019).

Logo, a possibilidade de cumprimento pode ser entendida como um requisito de aplicação e está contida dentro do critério de adequação de medida a ser definido de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Por todo o exposto, a adequação da medida é norteadada pelas peculiaridades do caso, que indicarão qual o instrumento atípico que guarda maior conformidade com as circunstâncias específicas e com o direito que se pretende tutelar, bem como pela demonstração de que o executado tem condições reais de cumprir a obrigação, preservando-se a natureza coercitiva da medida atípica.

3.1.2 NECESSIDADE

O próximo requisito a ser observado é a necessidade da medida a ser aplicada. A necessidade será demonstrada pelo interesse do exequente, impossibilidade de aplicação de uma medida tipicamente prevista ou ineficácia dela, ou, ainda, pela natureza da obrigação que originou o título.

De início, propõe-se que a subsidiariedade da medida seja analisada por meio do critério da necessidade. Os meios executivos atípicos indiretos devem ser encarados como subsidiários aos meios tipicamente previstos, porquanto a finalidade da atipicidade de que trata o artigo 139, IV, do CPC, é justamente permitir a imposição de medidas judiciais quando não há métodos expressamente previstos para resguardar a efetividade processual. Logo, só se deve permitir ao magistrado lançar mão desses instrumentos se as medidas típicas previstas tiverem seu resultado frustrado ou ineficaz, daí surge uma hipótese de *necessidade* da aplicação.

Acerca da subsidiariedade das medidas atípicas, o Fórum Permanente de Processualistas Civis, no enunciado de nº 12, acrescentando ainda a necessidade de observância do contraditório, assim se posicionou:

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. (Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), Florianópolis, 2017).

Assim como os demais requisitos a serem observados, não é tarefa possível definir previamente todos os mecanismos que melhor se adequem à situação concreta, razão pela qual impõe a sugestão de parâmetros que possam nortear a verificação dos requisitos pelo aplicador. Com base nisso, é que se propõe interligar a necessidade da medida com a ideia de subsidiariedade, mas, de todo modo, é o caso específico quem ditará a medida necessária à proteção do direito material.

Outro aspecto que pode ser relacionado à necessidade é a análise da natureza jurídica da obrigação que se pretende tutelar. A origem ou natureza da obrigação que se pretende executar pode justificar a necessidade de imposição da medida atípica específica. Por exemplo, na hipótese que o devedor firmou contrato com obrigação de não fazer: seja não participar de propaganda de empresa concorrente, não utilizar produtos de outra marca ou até não viajar para o exterior enquanto estiver vinculado a um contrato de agência de viagem especializada no plano nacional.

Nessas situações, o juiz pode impor restrições específicas, que em outros casos poderiam ensejar em violações aos direitos e garantias do executado, mas, dentro deste contexto específico se justificam e são necessárias para assegurar o direito do exequente. A título exemplificativo, poderia o magistrado impor, respectivamente, medida coercitiva que impedisse a contratação com determinada empresa, a utilização de produtos de determinada marca ou ramo de atividade ou, ainda, limitar o direito de ir e vir como na última hipótese trazida acima.

Assim sendo, considerando que a finalidade do instrumento atípico é justamente adequar a tutela às exigências do caso sob julgamento, o critério da necessidade pode variar, assim como os demais requisitos da proporcionalidade, de acordo com as circunstâncias e peculiaridades de cada processo.

Ademais, a *adequação* da medida e a *proporcionalidade* também auxiliarão na definição do juízo de *necessidade* do instrumento coercitivo que se pretende impor. Isso porque a divisão do princípio proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) não pode ser exata, em razão da densidade semântica que cada requisito possui. Da mesma forma, a *necessidade* da medida

também influencia no juízo de *adequação e proporcionalidade*. Por isso, a imposição de medida menos gravosa, ou, ainda a evidência do descumprimento voluntário foram tratados em outros itens deste artigo, por entender que esses dois se adequam melhor à análise de *adequação e proporcionalidade*, respectivamente.

Neste trabalho, sugere-se, portanto, a necessidade como demonstração de esgotamento ou ineficácia dos meios típicos (subsidiariedade), ou, ainda, decorrente da natureza do contrato ou da obrigação que originou a execução, somado ao requerimento do interessado, sem ignorar que o alto nível de indeterminação do conceito jurídico do princípio da proporcionalidade pode exigir outros requisitos de acordo as peculiaridades de cada demanda.

Pelo exposto, a necessidade como requisito para aplicação das medidas atípicas indiretas pode ser demonstrada, no caso concreto, pela pretensão do exequente (requerimento) acrescida da observância ao caráter subsidiário dos mecanismos atípicos e à natureza do direito material tutelado.

3.1.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

De acordo com as noções introdutórias trazidas sobre o princípio da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos cidadãos.

Assim, além do sopesamento entre o ônus imposto ao executado e o benefício trazido ao exequente, a proporcionalidade em sentido estrito, em perfeita sintonia com o requisito da adequação, possibilita o ajuste necessário ao caso concreto, de modo que não seja imposta medida impossível de ser cumprida, assegurando-lhe o caráter coercitivo.

Significa, portanto, que o juiz, ao aplicar a medida executiva indireta, no momento da fundamentação decisória, deve realizar a ponderação entre as eventuais vantagens e desvantagens da restrição imposta, incumbindo-lhe equilibrar os interesses em litígio: de um lado, o crédito do exequente e, noutra ponta, as garantias e direitos do executado.

Nesse sentido, ensina Guerra:

O magistrado deve ponderar os interesses em jogo, aplicando a proporcionalidade em sentido estrito, de modo que as vantagens da utilização 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 (GUERRA, 2003, p. 127).

Dessa análise, o magistrado deverá optar pelo método mais eficaz e menos gravoso ao executado, de forma que a medida coercitiva exerça seu papel sobre o devedor, compelindo-lhe ao pagamento voluntário, com a devida cautela para evitar eventuais violações ou imposição de medidas impossíveis de serem cumpridas.

Acerca da necessidade de se manter o equilíbrio entre o bem tutelado e a medida aplicada, Talamini ensina que:

... a medida coercitiva não pode sacrificar bem jurídico substancialmente mais relevante, do ponto de vista axiológico, do que o bem protegido. Na maioria dos casos, seria desproporcional e desarrazoada a ameaça de fechamento da uma empresa (com todas as suas graves consequências sociais), caso ele não cumprisse a ordem judicial de prestação de serviço contratualmente assumido dentro de determinado prazo (TALAMINI, 2018, p. 387).

A proporcionalidade como requisito, além de resguardar os direitos e garantias do executado, permitirá ao julgador que pondere, inclusive, os efeitos colaterais a terceiros, que podem ser atingidos indiretamente pela medida atípica imposta. No exemplo acima, Eduardo Talamini cita a hipótese de fechamento de uma empresa em razão da inadimplência contratual, porém há inúmeras situações que a imposição de uma medida coercitiva pode afetar indiretamente outras pessoas, especialmente aquelas que dependem do funcionamento da pessoa jurídica ou do exercício de atividade laboral da pessoa física.

Nesse sentido, se pensarmos na suspensão de Carteira Nacional de habilitação, medida atípica que vem sendo aplicada em diversos casos, com intuito de compelir o devedor ao cumprimento voluntário da obrigação. A imposição da medida, por si só, não se mostra desarrazoada ou desproporcional, mas elementos do caso concreto podem levar o julgador a concluir pela impossibilidade de utilização dessa medida específica, como no caso em que o devedor necessite do documento para o exercício de sua atividade laboral principal ou de complementação de renda familiar.

Na hipótese narrada acima, resta evidente que o mecanismo de suspensão de Carteira Nacional de Habilitação, se aplicado, poderia comprometer a capacidade de sustento do devedor e/ou de seus dependentes, com potencial para comprometer o mínimo necessário para a sobrevivência do executado e dos terceiros indiretamente

afetados. Lado outro, além disso, é possível que a medida imposta agrave a situação de financeira do executado e dificulte ou impossibilite o cumprimento da obrigação.

Logo, somente diante das peculiaridades do caso concreto, notadamente com observância do contraditório, é que o julgador terá as informações necessárias para a tomada de decisão equilibrada, que estimule o adimplemento voluntário e, simultaneamente, assegure os direitos processuais e materiais do executado. Nesse sentido, a proporcionalidade em sentido estrito funciona como mais parâmetro na aplicação dos meios executivos atípicos.

Pelo exposto, a proporcionalidade em sentido estrito, por meio da observância das peculiaridades do caso concreto, assim como a adequação e a necessidade, garante a ponderação e o equilíbrio entre o bem tutelado pela execução e a medida aplicada, impondo ao julgador o limite necessário para que a medida atípica não se sobreponha às garantias do executado e ao próprio direito material exigido.

3.2 DIFERENCIAR COERÇÃO X PUNIÇÃO

Perseguir a efetividade da tutela é ponto comum nas diferentes modalidades de execução e as medidas atípicas podem funcionar como instrumento de concretização das ordens judiciais e de cumprimento das obrigações pelo executado.

Assim, com intuito de preservar os direitos e garantias das partes, sejam processuais ou materiais, impõe-se distinguir as medidas executivas atípicas de caráter coercitivo, que são objeto do presente artigo, daquelas medidas tipicamente previstas e que possuem fins punitivos.

Segundo o entendimento dos autores Lima Neto e Fernandes Carneiro (2017), as medidas executivas indiretas prevista no NCPC, isto é, tanto atípicas (coercitivas) quanto típicas (punitivas) sofrem relevante influência do direito estrangeiro, especialmente pelo *contempt of court* oriundo do *common law* inglês e norte-americano e pelas *astreintes* do direito francês, respectivamente.

Isso porque, nas lições trazidas, os autores apontam que o *contempt of court* não prevê taxativamente quais as medidas que podem ser utilizadas, conferindo ao julgador o poder dever de defini-las para cada caso concreto, prestigiando assim a atipicidade. Noutra ponta, o sistema francês (*astreintes*) se traduz como meios típicos de *constranger* e pressionar o jurisdicionado a cumprir as decisões judiciais.

Logo, em consonância com os ensinamentos acima, as medidas trazidas pelos artigos 139, inciso IV, art. 297 e § 1º do art. 536, todos do NCPD, são meios indiretos coercitivos e não punitivos, conforme concluem os autores:

A vinculação do art. 139, IV a esta finalidade [coercitiva] é extraível não só da interpretação histórica do instituto – que encerra as tentativas de generalizar o que antes estava adstrito às obrigações de fazer e não fazer, acolhendo a orientação da melhor doutrina que há muito criticava a diferenciação de tratamento – como de sua simples leitura, visto que o dispositivo enumera inúmeras “categorias” de medidas, sem se referir à categoria punitiva (fala-se em medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias).

... Se, invocando o art. 139, IV do CPC se pretender impor uma medida constitutiva de liberdades ou outros direitos fundamentais não tipificada legalmente com a finalidade de punir o descumpridor de uma ordem judicial, ter-se-á verdadeira inconstitucionalidade, pois não haveria, como contraponto à restrição de direitos fundamentais do devedor, o escopo de garantir direito fundamental do credor (à concretização da decisão judicial proferida em seu favor no mundo dos fatos) (LIMA NETO; FERNANDES CARNEIRO, 2017, p. 296 e 297).

No mesmo sentido, são as lições de Talamini (2016, p. 385), que também defende o caráter coercitivo e não punitivo dos meios executivos indiretos atípicos:

Em primeiro lugar, o meio de coerção não pode inviabilizar o cumprimento da ordem em função da qual ele foi adotado. Não é providência que se destine a penalizar o destinatário da ordem: o sacrifício que se lhe impõe não é castigo nem visa à sua educação; está instrumentalmente vinculado à perspectiva de cumprimento. Use-se como exemplo hipótese similar à condenada pelo Supremo: contra o construtor inadimplente na obrigação de finalizar uma obra, jamais se poderia adotar a suspensão de sua licença para atuar.

Dessa forma, com intuito de assegurar a finalidade, adequação e proporcionalidade das medidas, deve-se distinguir a medida punitiva da coercitiva, observando-se o momento da sua aplicação: se após ou antes do descumprimento. Neste momento (antes do descumprimento), admite-se a utilização das medidas coercitivas atípicas e amplia-se a possibilidade do julgador, que analisará a mais adequada e eficaz ao caso concreto, com fundamento no princípio da atipicidade. Naquele momento (após o descumprimento), contudo, não há margem para criatividade do magistrado, devendo ser adotada, se for o caso, uma das sanções punitivas expressamente previstas no diploma processual.

Além da proporcionalidade, adequação da medida e necessidade da medida atípica, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº 558.313 – SP, julgado em 23/06/2020 pela terceira turma, sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, firmou o entendimento, nos termos do voto do Relator, no sentido

de que “as medidas atípicas podem ser utilizadas para compelir o devedor a cumprir a obrigação, mas não devem ser apenas um meio de constranger o devedor, como mera punição, sem trazer ao credor a possibilidade de satisfação do crédito” (STJ - HC: 558313 SP 2020/0014765-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 23/06/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2020).

Importa salientar que no cenário atual, no qual o sistema de precedentes vem ganhando força com sua missão de auxiliar a uniformização da jurisprudência, apesar de se tratar de um julgado isolado, a decisão acima serve de parâmetro para o tema em futuras discussões, seja pelo próprio Superior Tribunal de Justiça ou outros órgãos da jurisdição brasileira. Isso porque o diploma processual de 2015, ao contrário de seu antecessor, com amparo em previsões constitucionais, visa fomentar um sistema de precedentes que contribua para a uniformização da jurisprudência, a partir de julgados dos tribunais superiores.

Sobre o fundamento da Teoria dos Precedentes Judiciais, José Rogério Tucci ensina:

O fundamento desta teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações idênticas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir a decisão examine os precedentes como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior (Tucci, José Rogério Cruz. Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004).

A título exemplificativo, a 14^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de um Agravo de Instrumento nº 2092438-16.2020.8.26.00001², utilizou-se do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp citado acima, ainda que não possua caráter vinculante. Assim, em razão do papel dos tribunais superiores, notadamente do STJ, se faz relevante

² TJSP; Agravo de Instrumento 2092438-16.2020.8.26.0000; relator(a): Melo Colombi; órgão Julgador: 14^a Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 4^a Vara Cível; data do julgamento: 17/06/2020; data de registro: 17/06/2020)

destacar que os julgados recentemente proferidos já caminham no sentido de que a medida atípica deve preservar seu caráter coercitivo.

Ademais, seja pelas lições trazidas pela biografia citada ou pelos fundamentos da decisão do Superior Tribunal de Justiça, é possível extrair que a verificação no momento da aplicação, para aferir se a medida que se pretende impor é de caráter coercitivo ou punitivo, é cautela fundamental a ser adotada pelo julgador, para que se garanta o caráter exclusivamente coercitivo do instrumento e, conseqüentemente, a validade e eficácia dos atos processuais (executivos).

Portanto, o momento da aplicação (se antes ou após o descumprimento) deve ser servir como diferenciador das medidas de caráter punitivo (típicas) daquelas coercitivas (atípicas). Isso porque as medidas atípicas não possuem rol taxativo e devem ser aplicadas somente antes do descumprimento, preservando-lhe seu caráter coercitivo. Ao revés, permitir que o órgão julgador, a pedido do exequente, aplique, após o descumprimento, sanções processuais não previstas em lei, acarretaria em desrespeito aos princípios processuais e às garantias do devedor.

4 CONCLUSÃO

As medidas atípicas decorrem do princípio da atipicidade dos meios executivos, como exposto nas noções iniciais sobre o processo de execução e previsão das medidas, e, por isso, devem ser consideradas como importantes instrumentos na busca pela efetividade processual, especialmente quando se trata do processo de execução.

A indeterminação estabelecida pelo legislador, como na positivação da cláusula geral do artigo 139, IV, do CPC, amplia os poderes do julgador e possibilita a aplicação de mecanismos que considerem as especificidades de cada caso concreto, o que contribui para a superação de um processo judicial rígido no qual o devedor possa prever todos os atos executivos e consiga esquivar-se do adimplemento da obrigação. Assim, ampliar os mecanismos coercitivos disponíveis para aplicação resulta em maior efetividade da tutela jurisdicional, viabilizando a finalidade última do processo civil enquanto instrumento de concretização do direito material.

Contudo, por se tratar de medidas que decorrem do princípio da atipicidade, é necessário o estabelecimento de parâmetros que auxiliem o julgador a manter o equilíbrio na relação processual, garantindo tanto o direito à satisfação do crédito quanto os direitos e garantias do devedor.

Nesse contexto, é que se conclui pela necessidade de observância do princípio da proporcionalidade e pela imposição de medidas exclusivamente coercitivas (não punitivas) como requisitos limitadores da atuação jurisdicional sobre a esfera de direitos do executado.

Isso porque o princípio da proporcionalidade, em suas três divisões, isto é, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é suficiente para se criar os parâmetros mínimos para aplicação dos mecanismos de execução indireta.

Ademais, deve ser mantido o caráter coercitivo da medida, incumbindo ao julgador a missão de não permitir que os instrumentos de execução indireta se tornem sanções ou mecanismos de vingança do exequente contra o executado, o que desvirtuaria a finalidade de busca pela efetividade.

Portanto, as medidas atípicas representam instrumentos relevantes na concretização do direito material, especialmente no processo de execução, porém, a sua aplicação deve ser norteadas pelos parâmetros propostos, assegurando-se o equilíbrio dos interesses das partes.

5 REFERÊNCIAS

Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil: disponível online no Portal do Senado Federal, Biblioteca do Senado. Acessado em 28 de março de 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela atípica de prestações pecuniárias, Por que ainda aceitar o “é ruim, mas eu gosto”?**. Revista de Processo. Vol. 281/2018. p. 141 – 167. Jul/2018. DTR\2018\16247.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC**. Revista Diálogos. v.2, n.1, 2016. Disponível em: <<http://ojs.fapce.edu.br/index.php/dialjurifap/article/view/36/5>>. Acesso em: 17.mar.2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em:<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 07.abr.2021.

COUTURE. Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil – la constitución y el proceso civil**. Buenos Aires: Ediar, 1948.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **“Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC”**. Revista de Processo [vol. 267/2017] p. 227 - 272 [Maio / 2017]. Disponível em: <https://www.academia.edu/33168267/DIRETRIZES_PARA_A_CONCRETIZA%C3%87%C3%83O_DAS_CL%C3%81USULAS_GERAIS_EXECUTIVAS_DOS_ARTS_139_IV_297_E_536_1o_CPC>. Acesso em: 13.mar.2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Grandes temas do novo CPC. Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência nas diferentes modalidades de execução**. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2018, p. 28-46. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/da125b997ae73c63461f7b361b183d03.pdf>> Acesso em: 13 mai. 2021.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, Florianópolis. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

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

LIMA NETO, Francisco Vieira e CARNEIRO, Myrna Fernandes; **As técnicas coercitivas no Código de Processo Civil de 2015: a exigência de “sinais exteriores de riqueza” do devedor para aplicação do art. 139, IV**. Disponível em <www.portaldepublicacoes.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19844> Acesso em: 15 mai. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. AREHANT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. E-book. Revista dos Tribunais: 2017.

STEINBERG, José Fernando. **Regime jurídico das medidas coercitivas atípicas na execução de obrigações pecuniárias, à luz do Art. 139, IV, do CPC**. 2020. 132 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

Superior Tribunal de Justiça - **HC: 558313 SP 2020/0014765-5**, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 23/06/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2020). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/882649382/habeas-corpus-hc-558313-sp-2020-0014765-5/inteiro-teor-882649420?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1788950 MT 2018/0343835-5**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/04/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713191645/recurso-especial-resp-1788950-mt-2018-0343835-5/relatorio-e-voto-713191667>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

TALAMINI, Eduardo. **Medidas judiciais coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp**. e-Disciplina. USP. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4190388/mod_resource/content/0/TALAMINI%20Medidas_coercitivas_e_proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 24.abr.2021.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, vol. III.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - **Agravo de Instrumento nº 2092438-16.2020.8.26.0000**; relator(a): Melo Colombi; órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 4ª Vara Cível; data do julgamento: 17/06/2020; data de registro: 17/06/2020). Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/892707465/agravo-de-instrumento-ai-21327538620208260000-sp-2132753-8620208260000/inteiro-teor-892707466>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

Tucci, José Rogério Cruz. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004).