

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

Rafael Jelezoglo Silva

**As Medidas Atípicas de Restrição de Direitos à Luz da Discricionariedade
Judicial**

São Paulo

2020

Rafael Jelezoglo Silva

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel no Curso
de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

Orientador: Adriano Cesar Braz Caldeira

São Paulo

2020

Rafael Jelezoglo Silva

**As Medidas Atípicas de Restrição de Direitos à Luz da Discricionabilidade
Judicial**

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel no Curso
de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

Dedico este trabalho a minha amada avó paterna, Vilma Martins da Silva (*In memoriam*), que se juntou ao reino dos céus em junho deste ano.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus familiares, ao meu pai, por ter se mostrado como exemplo desde sempre, bem como pelo apoio e estímulo no decorrer da minha formação acadêmica, à minha mãe por todo amor, carinho e apoio, que acompanhou de perto minha evolução estudantil. Agradeço também aos meus irmãos, tios, tias, primos e avós, que sempre me apoiaram incansavelmente.

Agradeço aos professores que tive o prazer de ser lecionado, em especial ao meu orientador, Adriano Cesar Braz Caldeira, que além de me auxiliar com a elaboração deste trabalho, me fez adquirir admiração pelo direito processual civil.

Agradeço aos meus nobres companheiros de time do Rugby Direito Mackenzie, pelas lições de honra, respeito e parceria, tanto dentro dos gramados como fora.

Agradeço aos meus colegas de turma, Enzo, Murilo, Larissa, Rafael, Julia e Fernando, que fizeram desses últimos 5 anos uma jornada cheia de companheirismo, auxílio e aprendizado.

Agradeço à Universidade Presbiteriana Mackenzie, pelo curso irreprochável que tive a oportunidade cursar.

Por fim, agradeço à Deus, inabalável e grandioso, que esteve sempre ao meu lado, dando forças e mostrando que com a Fé e determinação, nada é impossível.

As Medidas Atípicas de Restrição de Direitos à Luz da Discricionariedade Judicial

Rafael Jelezoglo Silva

Resumo: As medidas atípicas de execução vêm ganhando espaço frente aos processos executivos, como forma de se conferir maior efetividade às decisões emanadas do Poder Judiciário. Apesar da omissão legislativa do Código de Processo Civil de 2015 quanto aos requisitos e cabimento de tais medidas, tanto a jurisprudência como a doutrina têm caminhado para fixação de parâmetros mínimos para sua aplicação, pautados nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse diapasão, recai sobre a discricionariedade do magistrado a aplicação dessas medidas, devendo este fazer um juízo de valor à luz do caso concreto, ponderando-se por meio de critérios objetivos e subjetivos.

Palavras Chave: Medidas Atípicas de Execução; Discricionariedade Judicial; Princípio da Razoabilidade; Princípio da Proporcionalidade; Artigo 139, IV do Código de Processo Civil de 2015.

Abstract: The atypical measures of civil execution have been gaining ground front of executive judicial processes, as a way of grat to decisions emanated from the judiciary more effective. Despite the legislative omission of the Civil Procedure Code of 2015 in relation to requirements and appropriateness of this measures, both jurisprudence and doctrine have moved towards setting minimum parameters for their application, based on the principles of reasonableness and proportionality. In this tuning fork, the application of these measures falls on the discretion of the magistrate, who must make a value judgment considering the peculiarities os specific case, weighing himself through objective and subjective criteria.

Key Words: Atypical Execution Measures; Judicial discretion; Principle of Reasonability; Proportionality Principle; Article 139, IV of the 2015 Code of Civil Procedure.

Sumário

1. Introdução. 2. Poderes do juiz na busca da efetivação das decisões judiciais 2.1. Busca da efetiva prestação jurisdicional. 2.2. Discricionariedade dos magistrados. 2.3. Ativismo Judicial. 3. Das medidas atípicas de execução. 3.1. Requisitos e cabimento. 3.2. Das medidas em espécie. 3.3. Limites ao manejo das medidas atípicas. 3.4. Aplicabilidade e estudo de casos. 4. Dos limites de razoabilidade e proporcionalidade na efetivação das ordens judiciais 4.1. Princípios limitadores à discricionariedade judicial. 4.2. Binômio: razoabilidade X efetividade jurisdicional. 4.3. Óbices à aplicação das medidas atípicas. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Inicialmente cumpre salientar acerca do dever conferido aos Magistrados à luz do Código de Processo Civil de 2015 (NCPC), especificamente em seu artigo 139, IV, o qual consigna que ao juiz incumbe determinar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias a fim de assegurar o cumprimento das ordens judiciais, e conseqüentemente, garantir o resultado útil do processo, ou seja, garantir a efetiva tutela jurisdicional (fim) através da demanda judicial (meio), admitindo-se a utilização de técnicas não contempladas expressamente em lei, mas efetivas para a satisfação da obrigação.

Nessa esteira, o que se busca é dar o que é de direito a quem faz jus, em outras palavras, toda e qualquer medida tomada ao longo do processo e, em específico, em processos de execução (seja de título judicial ou extrajudicial) possui o condão de adimplir a obrigação, não havendo o que se falar em caráter punitivista puro por conta do inadimplemento e sim em uma medida restritiva de direito que cause tamanho desconforto na vida do devedor que o faça cumprir com sua obrigação.

Dessa feita, considerando a subjetividade da Lei quanto às espécies e forma de tais medidas, na prática verifica-se grande quantidade de julgados em que é utilizado o instituto, através de algumas medida atípicas, como: apreensão de passaporte e/ou Carteira Nacional de Habilitação (CNH), bloqueio de cartões de crédito e penhora de aparelhos com valor relevante, como celular, computador e videogame.

Todavia, surge a indagação acerca da aplicabilidade e cabimento de tais medidas, ante a omissão legislativa quanto suas espécies e requisitos, restando para jurisprudência e doutrina suprirem esta omissão. Ainda, surge outro questionamento: como o magistrado deverá compatibilizar as medidas “restritivas de direitos” com as garantias constitucionais e quais princípios deve valorizar.

Ato contínuo, o presente trabalho analisará a forma que a doutrina tem se portado frente a tais medidas, bem como acerca da aplicação dessas medidas, à luz do poder decisório do magistrado e as garantias constitucionais que por ele devem ser observadas. Ademais, serão analisados casos concretos para verificar como a jurisprudência tem aplicado as medidas atípicas, bem como se consonante com o entendimento adotado pela doutrina.

Ainda, o presente trabalho buscará compreender como o magistrado deve aplicar alguns princípios constitucionais ao caso concreto, buscando-se uma análise pura de como os princípios devem lidar entre si dentro do mesmo ordenamento jurídico.

Por fim, buscar-se-á atingir uma conclusão, tendo como base as ideias construídas pela doutrina, ponderando-se em casos julgados, a fim de chegar a um epílogo prático.

2. Poderes do juiz na busca da efetivação das decisões judiciais

2.1 Busca da efetiva prestação jurisdicional

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, diversos institutos foram aperfeiçoados, visando sempre o bem comum e a maior efetividade da prestação jurisdicional estatal. Nesse sentido, podemos destacar algumas inovações trazidas pelo NCPC, como: novos mecanismos para busca de conciliação entre as partes, simplificação da defesa quanto à matéria e forma, mudança na contagem de prazos para dias úteis e, em especial, os poderes-deveres do magistrado.

Este último, previsto no artigo 139 do Código de Processo Civil de 2015, trata dos deveres que qualquer juiz deverá respeitar e aplicar no exercício de sua função estatal de dizer o direito. Nesse diapasão, verifica-se que incumbirá ao juiz assegurar às partes igualdade de julgamento (inciso I), bem como velar pela duração razoável do processo (inciso II). Desta forma, com o novo código, o legislador consagrou ainda mais alguns princípios constitucionais e infra constitucionais, à luz dos deveres e poderes dos magistrados.

Notadamente merece maior atenção o inciso IV do referido artigo, o qual prevê o poder geral de efetivação das decisões judiciais, incumbindo ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, *in verbis*:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Ademais, destaca-se que o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), no tocante às execuções de obrigação de fazer, não fazer e entregar, trabalhava com o modelo da atipicidade das medidas executivas, com arrimo em seus artigos 461, § 5º, e 461-A, § 3º¹. Contudo, as obrigações de pagar não poderiam ser objeto das medidas atípicas de execução, ao menos para a doutrina e jurisprudência dominantes no CPC/1973.

Ainda, este poder atribuído aos magistrados relaciona-se com o princípio da efetividade do processo, consagrado no artigo 4º do NCP, posto que o primeiro busca harmonizar o segundo, garantindo a efetivação do processo por meio dos poderes atribuídos ao magistrado.

Dessa mesma forma, o artigo 5º, LXXVII, o qual assegura a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, também remete à ideia da efetiva prestação jurisdicional, na medida que não se pode assegurar uma duração razoável de um processo sem que seu resultado seja atingido.

Ademais, cumpre salientar que em nada serviria a prestação jurisdicional sem atingir-se o que se pretende, em outras palavras, o meio utilizado, a ação judicial, deve ser eficaz a ponto de garantir o fim, o bem da vida. Por oportuno pode-se dizer que magistrado não deve apenas se preocupar em prestar a tutela jurisdicional em tempo razoável, mas também em dar cumprimento à sua decisão em um prazo razoável.

Dessa feita, foram conferidos ao magistrado poderes para traçar inúmeras medidas que serão utilizadas para atingir-se o resultado útil do processo, seja a requerimento, seja de ofício. Assim, por meio desses poderes, o juiz pode determinar medidas executivas atípicas para atribuir efetividade aos seus julgados, ou seja, o juiz tem o poder-dever de criar o meio executivo adequado às peculiaridades do caso concreto.

De outro norte, pode-se concluir que a efetividade da tutela jurisdicional comporta uma atuação que confirme os verdadeiros interesses sociais processuais, uma forma hábil de aplicar

1 Nas lições de Dellore: “Como é voz corrente na academia, o CPC/1973, no tocante às execuções de obrigação de fazer, não fazer e entregar, trabalhava com o modelo da atipicidade das medidas executivas. Em outros termos, significa que o magistrado, com arrimo nos arts. 461, § 5º, e 461-A, § 3º, do CPC/1973, tinha a possibilidade de, além das usuais medidas executivas de fixação de astreintes (obrigação de fazer e não fazer) e busca e apreensão (obrigação de entrega), determinar as medidas necessárias a bem da efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, tais como a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva, entre tantas outras (restrições de direitos, proibição da prática de determinados atos etc.)” (Duarte, GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Z. Execução e Recursos - Comentários ao CPC de 2015 - Vol. 3, 2ª edição. Grupo GEN, 2018. P17)

o direito a uma situação concreta de modo a conferir uma verdadeira e célere proteção ao direito ali reivindicado.

No mais, pode-se afirmar que o Código de Processo Civil de 2015 incumbiu aos magistrados o dever-poder de dar efetividade às decisões judiciais, assegurando ainda mais respeito aos princípios da duração razoável do processo e efetividade do processo.

Nesse mesmo sentido concluiu Dellore², ao consignar que a novidade que parece ter sido trazida pelo NCPC é que o art. 139, IV, inserido no capítulo que trata dos poderes, deveres e responsabilidade do juiz, positiva genericamente (atipicamente) o dever de efetivação. Estabelece que compete ao juiz, na qualidade de presidente do processo, 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.

2.2. Discricionariedade dos magistrados

De início, mister trabalhar o conceito de poder discricionário, para posteriormente partir para o conceito aplicado aos poderes e deveres do magistrado. Assim, na visão do eminente Celso Antônio Bandeira de Mello, “tem-se que haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou determinada atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe a interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos”³.

Nesse mesmo sentido, Celso de Mello ensina que a discricionariedade é conferida ao titular de determinada atividade exclusivamente estatal, o qual apreciará o caso à luz da norma vigente e, exercendo um juízo de valor, decidirá de forma justa e equitativa. De igual modo, o objetivo é a aplicação perfeita da norma ao caso concreto, atendendo-se sua finalidade legal.

Por outro lado, é necessário que se atribua tal poder ao ente estatal, vez que a norma jurídica não será apta a prever a multiplicidade e a variedade de situações fáticas possíveis, de modo que deve ser atribuída tal autonomia ao administrador, no caso, o magistrado. Nessa esteira, leciona Celso de Mello:

É exatamente por que a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – o que é quem se confronta com

² (Duarte, GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Z. Execução e Recursos - Comentários ao CPC de 2015 - Vol. 3, 2ª edição. Grupo GEN, 2018. P17)

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª Edição. 2010. Malheiros Editores, São Paulo. P. 09

a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar a verdadeira satisfação à finalidade legal (MELLO. 2010. P 35)

Dessa forma, confia-se que o magistrado aplicará a norma ao caso concreto, levando em consideração sua finalidade e as particularidades do caso concreto, devendo sempre observar as limitações legais impostas. Vale pontuar acerca do pensamento de Oscar Chase:

não é exagerado afirmar que o elemento central do funcionamento efetivo da norma foi a discricionariedade atribuída aos tribunais de julgamento. As regras asseguraram um poder considerável ao juiz e em diversos tópicos prescreviam somente linhas gerais a partir das quais ele deveria ser exercido (CHASE. 2014 P. 110).

Contudo, tal poder de discricionariedade conferido aos magistrados deve sempre ser aplicado à luz dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, bem como com o ordenamento jurídico vigente, a fim de tutelar o direito reivindicado nos termos da norma jurídica àquele caso aplicável.

Dessa feita, notável destacar os princípios basilares da proporcionalidade e razoabilidade, os quais são norteadores para deliberação do magistrado no caso concreto. Digno de nota o pensamento de Celso de Mello acerca da aplicação desses princípios:

“A razoabilidade – que, aliás, postula a proporcionalidade – a lealdade e boa fé, tanto como o respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais de Direito que também concorrem para conter a discricionariedade dentro de seus reais limites, assujeitando-se os atos administrativos a parâmetros de obediência inadversável.” (MELLO. 2010. P. 96).

Todavia, a questão da aplicação dos princípios limitadores à atividade jurisdicional será analisada com vagar nos próximos capítulos, sendo, por ora, pertinente apenas introduzir o assunto.

Ato contínuo, a discricionariedade se faz necessária, vez que, conforme ensina Celso de Mello, a lógica para outorga da discricionariedade reside no fato de, ao se elaborar determinada norma, não se considerou o comportamento pretendido como imprescindível e reputado capaz de assegurar, em todos os casos, a única solução prestante para atender com exatidão ao interesse público que inspirou a norma. Dessa forma, a outorga da discricionariedade visa, ante a fisionomia de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal⁴.

Nesse raciocínio, Celso de Mello conclui que a discricionariedade surge do propósito normativo de que só a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse isso, ela teria sido redigida vinculadamente.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª Edição. 2010. Malheiros Editores, São Paulo. P. 33

Ademais, importante fazer a diferenciação entre a discricionariedade administrativa da jurisdicional que, para Carlo Maria de Marini, a primeira visa atender um interesse imediato do Estado, agindo este de forma parcial, interessada, visando uma dimensão concreta e específica. Por outro lado, o Autor afirma que na discricionariedade jurisdicional busca atender os interesses mediatos e gerais do Estado à atuação do direito objetivo, que é satisfeito quando se assegura o próprio direito à jurisdição⁵.

Assim, com base nesse raciocínio, ao aplicar a lei, o magistrado estará agindo de forma imparcial e desinteressada, vez que o único interesse imediato envolvido seria o das partes do processo, sendo o único interesse do Estado-juiz a correta atuação do direito objetivo.

2.3. Ativismo Judicial

O ativismo judicial deve ser entendido como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico⁶, de modo que o Judiciário passa a exercer uma função atípica às suas atribuições, interferindo na atuação dos poderes legislativos e executivo.

Ainda, digno de destaque o entendimento de Luís Roberto Barroso, definindo que a ideia do ativismo judicial está associada a uma atuação mais intensa do Poder judiciário, na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos dois poderes (BARROSO. 2009. P .75).

Ato contínuo, definido o conceito do referido instituto, pode-se partir para relação com o tema principal deste capítulo, os poderes do Juiz. Assim, conclui-se que, para se atingir o ativismo judicial, o magistrado estará interpretando a lei à luz de sua discricionariedade, tornando-se coautor da norma, vez que deixa de ser mero interpretador desta, em dissonância

5 , O.S.C.D. Jurisdição sem lide e discricionariedade judicial. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2013. 9788522481224. P. 23. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481224/>. Acesso em: 06 Nov 2020

⁶ Para Elivar Silva Ramos, por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (Silva, R. E. Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos, 2ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2015)

com o que o Barão de Montesquieu define como “A boca da lei” (*la bouche de la loi*)⁷, que seria a função típica do magistrado.

Ademais, apresenta-se uma terceira e última definição, de acordo com as lições de Ernani Rodrigues de Carvalho⁸:

essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios”, sendo que “alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político.

Ainda, Carvalho expõe que são seis os elementos para o surgimento e consolidação do ativismo judicial: i) um sistema político democrático; ii) o princípio da separação dos Poderes; iii) o exercício de direitos políticos; iv) o uso dos tribunais, em alguma medida, pelos grupos de interesse; v) o uso dos tribunais pela oposição; e vi) a inefetividade das instituições majoritárias.

Dessa forma, o ativismo está fortemente relacionado à interpretação e à criação do direito, em uma perspectiva de grau, assim quanto mais os juízes se ativerem ao significado literal do texto normativo, menos ativistas serão; ao contrário, quanto mais livres considerem-se para interpretar o texto normativo, trazendo-lhe significados novos, mais ativistas serão⁹.

Por conseguinte, constata-se que a discricionariedade dos magistrados e o ativismo judicial estão intimamente ligadas, vez que o primeiro leva ao segundo, sendo sua finalidade, na visão de Barroso acima pontuada, a concretização dos valores e fins constitucionais. Para realização desta façanha, nítido que o magistrado deverá balizar-se pelos princípios gerais de direito e interpretação sistemática do ordenamento jurídico vigente, sob pena de ferir o arcabouço jurídico como um todo.

De tal sorte, o artigo 93, IX da Constituição Federal define que as decisões emanadas do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, ou seja, para o magistrado adotar uma postura

⁷Na visão de Nagibe de Melo Jorge, tem-se que o ativismo judicial tem a ver com a transformação do papel do Poder Judiciário ocorrida nos últimos duzentos anos. Paulatinamente, os juízes deixam de ser meros aplicadores da lei, “la bouche de la loi”, na expressão de Montesquieu e tornaram-se coautores do significado da norma. (JORGE, Nagibe de Melo. “Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica. 2014. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/13423/10291>. Acesso em 22.10.2020)

⁸ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 23, p. 127-139, nov. 2004

⁹ Para Nagibe de Melo Jorge, O ativismo judicial está relacionado à interpretação e à criação do Direito, em uma perspectiva de grau⁵. Poderíamos estabelecer, em um primeiro momento, que quanto mais os juízes se atenham ao significado literal do texto normativo, menos ativistas serão; ao contrário, quanto mais livres considerem-se para interpretar o texto normativo, trazendo-lhe significados novos e até argumentos extrajurídicos e desvinculá-lo da letra da lei, mais ativistas serão. ((JORGE, Nagibe de Melo. “Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica. 2014. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/13423/10291>. Acesso em 22.10.2020)

ativista, terá de se apoiar, de alguma forma, no ordenamento jurídico para fundamentar sua decisão. Assim sua discricionariedade estará adstrita de certa forma à legislação vigente, sendo vedada possibilidade de pura e simplesmente inovar ao decidir o mérito de um processo, sem que haja certa fundamentação e embasamento.

3. Das medidas atípicas de execução

3.1. Requisitos e cabimento

Antes de adentrar-se nas medidas em espécie, seus requisitos e cabimento mister fazer uma breve introdução acerca do instituto, o qual está previsto no artigo 139 do Código de Processo Civil de 2015, em específico no inciso IV. Tal artigo arrola os poderes, deveres e responsabilidade do juiz, sendo que o inciso referido positiva genericamente (atipicamente) o dever de efetivação das decisões judiciais¹⁰.

Nesse sentido, o inciso IV do artigo 139 do CPC estabelece que compete ao juiz, na qualidade de presidente do processo, 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 pecuniária¹¹.

Assim, verifica-se que foi atribuído ao magistrado não apenas o dever de interpretar a legislação e decidir o mérito do processo, mas sim dar efetividade a seu julgado. Da mesma maneira, digno de destaque os enunciados 48 da ENFAM e 12 do FPPC, os quais indicam a plena possibilidade de aplicação das medidas atípicas executivas em sede de cumprimento de sentença, bem como de execução de título extrajudicial, *in verbis*:

48) O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.

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

¹⁰Na obra em referência, consigna-se que a novidade que parece ter sido trazida pelo Novo CPC é que o art. 139,IV, inserido no capítulo que trata dos poderes, deveres e responsabilidade do juiz, positiva genericamente (atipicamente) o dever de efetivação. (Duarte, GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Z. *Execução e Recursos - Comentários ao CPC de 2015 - Vol. 3, 2ª edição*. Grupo GEN, 2018. [Minha Biblioteca])

¹¹ estabelece que compete ao juiz, na qualidade de presidente do processo, 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 (Duarte, GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Z. *Execução e Recursos - Comentários ao CPC de 2015 - Vol. 3, 2ª edição*. Grupo GEN, 2018. P. 17)

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. (Grupo: Execução).

Isto posto, apesar da lacuna legislativa quanto aos requisitos ensejadores dessas medidas “incomuns” executivas, verifica-se como requisito o esgotamento prévio das medidas executivas típicas, na medida que as atípicas assumem um papel subsidiário.

Nesse diapasão, consigna-se que tais medidas podem ser utilizadas em sede de obrigação de pagar, sendo que, após o esgotamento das vias típicas, como a penhora de dinheiro e bens, passará o credor a buscar gerar certo desconforto ao devedor, com fito de que haja a prestação de pagamento em pecúnia.

Por conseguinte, o Superior Tribunal de Justiça também se manifestou acerca do tema, bem como sobre os requisitos mínimos para aplicação do instituto, afinal, este figura como subsidiário dentro dos meios para cumprir um julgado.

Nesse raciocínio, vale pontuar o julgamento do REsp 1.788.950-MT, no qual restou evidente que para aplicação dessas medidas é necessário que o devedor possua patrimônio expropriável, bem como tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, devendo ser observados os princípios do contraditório substancial e da proporcionalidade.

Ainda, digno de destaque o julgamento do Agravo Interno em sede do REsp nº 1.785.726-DF, no qual exarou-se que para aplicação dos meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia das que foram deferidas anteriormente. Por fim, destaca-se o REsp 1.733.697-RS, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, o qual consignou que o legislador conferiu ao magistrado um poder geral de efetivação, que deve, todavia, observar a necessidade de fundamentação adequada e que justifique a técnica adotada a partir de critérios objetivos de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, de modo a conformar, concretamente, os princípios da máxima efetividade da execução e da menor onerosidade do devedor.

À luz desses julgados, verifica-se que, ante a ausência de regulamentação sobre o tema, o STJ estabeleceu algumas regras razoáveis para sua aplicação, como: existência de patrimônio expropriável por parte do devedor, subsidiariedade em relação às medidas constritivas típicas contidas no CPC, fundamentação da decisão conforme o caso concreto, sujeição ao contraditório, ineficácia das medidas constritivas ordinárias e observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

3.2. Das medidas em espécie

Ato contínuo, o inciso IV do artigo 139 do Código de Processo Civil arrola as espécies das medidas que podem ser adotadas pelo magistrado para cumprimento ao seu julgado, sendo elas: indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. Ademais, mister destacar que tais medidas visam atingir a vontade do devedor, deixando de agir o judiciário exclusivamente sobre o seu patrimônio.

Dessa feita, passa-se destrinchar cada medida, expondo situações fáticas de aplicação. A primeira, tida como medida sub-rogatória, consiste na atuação do estado-juiz no lugar do devedor, produzindo resultado que seria atingido pelo cumprimento voluntário deste. À título de ilustração, temos a busca e apreensão, em que o juiz atuará efetivamente para conferir ao credor o bem da vida.

Quanto às medidas coercitivas, estas serão fixadas pelo juiz para fazer com que o próprio devedor cumpra a obrigação, por meio de coação. Nesta hipótese, busca gerar uma “sanção” ao devedor, apta a coagi-lo ao adimplemento. Nesse sentido, temos como exemplo a fixação de multa por inadimplemento (astreintes) e a prisão civil do devedor de alimentos.

Em relação às medidas indutivas, se assemelham com as coercitivas no que tange a coação do devedor em adimplir sua obrigação, todavia difere-se no tocando à sanção a ser fixada pelo magistrado, que propiciará ao devedor certa vantagem, como uma eventual redução em 50% dos honorários de sucumbência caso haja o pagamento da dívida no prazo de 03 dias. Passando para as medidas mandamentais, estas, como o próprio nome diz, consistirão em ordens mandamentais para cumprimento do julgado, valendo-se de medidas “indiretas”, como consignar ao final da decisão que, caso seja desrespeitada, estará incorrendo o devedor no crime de desobediência.

Digno de destaque que, dentre todas as medidas, apenas nas sub-rogatórias o devedor deixará de atuar, hipótese em que o magistrado determinará e cumprirá a medida fixada. Ou seja, em todas outras medidas o devedor atuará, mesmo que contra sua vontade.

Ademais, feita está diferenciação, consigna-se que para alguns autores, como Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹², as medidas coercitivas, mandamentais e indutivas são a mesma coisa, pois todas figuram como meios para se executar indiretamente uma decisão judicial, enquanto as sub-rogatórias são instrumentos de execução direta.

12 BRAGA, Paulo Sarno. JUNIOR, Fredie Didier. DE OLIVEIRA, Rafael Alexndre. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 101.

Ademais, algumas medidas merecem espaço neste capítulo, as quais vem sendo aplicadas pelos juízes de nosso País, como: apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), apreensão de passaporte, proibição de participação em concursos públicos e licitações, bloqueio de cartão de crédito, etc.

Em conclusão, o Código de Processo Civil de 2015 conferiu aos magistrados uma gama de possibilidades para dar efetividade às suas decisões, positivando genericamente (atipicamente) o dever de efetivação. Estabelece que compete ao juiz, na qualidade de presidente do processo, 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 pecuniária¹³.

2.3. Limites ao manejo das medidas executivas atípicas

Notadamente, as medidas executivas atípicas necessitam de limitações, aptas a evitar o cometimento de injustiças contra inadimplentes. Nesse sentido, considerando a ausência de regramento pelo legislador, ficará a cargo do magistrado verificar à luz do caso concreto a possibilidade e cabimento dessas medidas.

Neste ponto, Dellore afirma que parcela importante da doutrina tem trabalhado sobre os limites de sua aplicação (DELLORE. 2018. P. 18), bem como os requisitos mínimos para sua concessão.

Dessa forma, tem-se como requisitos: a excepcionalidade da medida, ou seja, os meios típicos de execução deverão ser esgotados; contraditório prévio, com a oitiva do executado a respeito da aplicação dessas medidas e motivação do inadimplemento; fundamentação idônea, na forma do artigo 489, § 1º do NCPC; aplicação do princípio da proporcionalidade, observada a regra da menor onerosidade ao devedor do artigo 805 do NCPC; e respeito aos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal.

Assim, ante o exposto, constata-se que a doutrina tem caminhado para “suprir” a ausência legislativa dessas medidas, em específico quanto aos seus requisitos e limites.

¹³ Pensamento evidenciado no trecho “A novidade que parece ter sido trazida pelo Novo CPC é que o art. 139, IV, inserido no capítulo que trata dos poderes, deveres e responsabilidade do juiz, positiva genericamente (atipicamente) o dever de efetivação. Estabelece que compete ao juiz, na qualidade de presidente do processo, 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. (Duarte, GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Z. *Execução e Recursos - Comentários ao CPC de 2015 - Vol. 3, 2ª edição*. Grupo GEN, 2018. P. 17)

Inquestionavelmente, deve haver a compatibilização com a jurisprudência, a fim de aplicar o instituto uniformemente.

Nesse sentido, o STJ, no julgamento do RHC 97.876-SP de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, se manifestou positivamente à apreensão de passaporte do devedor para pressionar o cumprimento da obrigação (embora, no caso em concreto, concedendo a ordem para afastar a determinação ante à ausência de fundamentação adequada e incapacidade de coerção da medida), bem como que suspensão da CNH não viola o direito constitucional de ir e vir, consignando que, por certo, alguns dos requisitos acima arrolados estão sendo aplicados na prática. Todavia, essa análise será aprofundada no próximo tópico.

Por outro lado, a eminente Ministra Nancy Andriighi, no julgamento o Recurso Especial nº 1.782.418-RJ, consignou que “não se nega, no entanto, que, em certas ocasiões, a adoção de coerção indireta ao pagamento voluntário possa se mostrar desarrazoada ou desproporcional, sendo passível, nessas situações, de configurar medida comparável à punitiva. A ocorrência dessas situações deve ser, contudo, examinada caso a caso, e não aprioristicamente, por se tratar de hipótese excepcional que foge à regra de legalidade e boa-fé objetiva estabelecida pelo CPC/15”.

Assim, conclui-se que o cerne da aplicação das medidas atípicas de execução está nas peculiaridades do caso concreto e figura como excepcional frente às medidas típicas.

2.4 – Aplicação e estudo de casos

Conforme narrado acima, é necessário que o Judiciário e a doutrina “conversem”, com a finalidade de ter se uma aplicação una da Lei, na tentativa de conferir segurança jurídica à aplicação das medidas atípicas de execução.

Nesse diapasão, passa-se a explorar casos práticos, com a finalidade de se verificar a compatibilização dos requisitos e limites acima trabalhados com o entendimento das Cortes brasileiras ao aplicar as medidas objeto deste trabalho.

De início, colaciona-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁴, no qual reformou-se a decisão de 1º grau para cassar a suspensão da CNH da devedora. Nos autos, consignou-se que para aplicação do instituto, deve-se: esgotar as vias típicas de execução e comprovar-se que o devedor possui condições de cumprir a obrigação, mas está resistindo injustificadamente. Ainda, frisou que a medida atípica, para àquele caso, se mostrou

¹⁴ (TJSP; Agravo de Instrumento nº 2084871-31.2020.8.26.0000; Relator Des. Lavínio Donizetti Paschoalão; 14ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 30/06/2020

desarrazoada e desproporcional, vez que a devedora se encontra desempregada e sem qualquer fonte de renda.

Por conseguinte, verifica-se que o instituto foi perfeitamente aplicado, vez que, caso fosse mantido, prejudicaria demasiadamente a vida cotidiana da devedora, ferindo os princípios da dignidade humana e da razoabilidade, além do seu direito constitucional de ir e vir, o que é incabível, pois são desproporcionais ao fim colimado.

Dessa mesma forma, decidiu a Corte bandeirante, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2189129-92.2020.8.26.0000¹⁵, no qual esclareceu-se que, para seu deferimento, as medidas de execução atípicas devem guardar relação com o crédito executado ou assegurar seu pagamento, sob pena de colocar o devedor em situação de constrangimento, o que não guarda relação com o processo de execução, que visa a excussão de bens da devedora.

Dessa feita, constata-se a exigência de requisito não trabalhado pela doutrina, a necessidade de relação das medidas atípicas com o bem da vida pugnado judicialmente.

Ainda, em relação a casos julgados pelo TJSP, verifica-se grande conservadorismo das Câmaras de Direito Privado quanto à aplicação das narradas medidas, sob alegação de supremacia dos princípios constitucionais, que não podem ser relativizados. Assim, a título de ilustração, vale destacar trecho do acórdão acima referenciado: *o juiz não atentará apenas para a eficiência do processo, mas também aos fins sociais e às exigências do bem comum, devendo ainda resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade*".

Por outro lado, o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70084396928 16, houve por confirmar a suspensão da CNH de devedor. Assim sendo, ratificou que o devedor possui padrão de vida que indique condições para realizar o pagamento da dívida, bem como o credor esgotou as vias típicas de execução. Por fim, reputou-se a medida como "adequada, razoável e necessária" à luz do caso concreto.

Ainda versando sobre julgados do Tribunal gaúcho, no julgamento do agravo de instrumento nº 0029152-88.2020.8.21.7000¹⁷, exarou-se entendimento próximo ao do TJSP no que tange a necessidade de relação da medida com a natureza da obrigação, de modo que, a

¹⁵ (TJSP; Agravo de Instrumento nº 2189129-92.2020.8.26.0000; Relator Des. Francisco Carlos Inouye Shintate; 29ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 28.10.2020)

¹⁶ (Agravo de Instrumento, Nº 0078051-20.2020.8.21.7000, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barroco de Vasconcellos, Julgado em: 23-09-2020)

¹⁷ (Agravo de Instrumento, Nº 0029152-88.2020.8.21.7000, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em: 22-05-2020)

simples aplicação de medidas restritivas de direitos com caráter “punitivo” não merece acolhimento, vez que atingiria direito pessoal do devedor.

Ademais, mister apontar caso concreto deliberado pelo Superior Tribunal de Justiça que, nos autos do Recurso Especial nº 1.854.289-PB de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, decidiu-se favoravelmente à concessão de medidas atípicas, desde que configurada: “a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, 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.”

Neste ponto, o relevante julgado da Ministra Nancy Andrichi tem servido como norteador para aplicação das medidas, sendo mencionado na maioria dos julgados aqui colacionados e nos inúmeros analisados para construção deste trabalho.

Assim, tem-se que a jurisprudência pátria tem sopesado, à luz do caso concreto, a aplicação das medidas de execução atípicas, conforme entendimento do STJ. Todavia, conforme casos analisados, os Tribunais vêm exigindo a existência de relação da medida a ser adotada com a obrigação que se busca adimplemento, sob pena de lesar direito do devedor, sem que seja compelido ao pagamento.

4. Dos limites de razoabilidade e proporcionalidade na efetivação das ordens judiciais

4.1. Princípios limitadores à discricionariedade judicial

De início, mister aclarar acerca da definição dos princípios, os quais, na lição de Humberto Ávila¹⁸ são normas prescritivas de fins a serem atingidos e que servem de fundamento para a aplicação de outras. Em outras palavras, deixa-se de considerar os princípios como normas carecedoras de ponderação e passam a ser qualificadas como normas fundamentais que demandam complementação, por meio de outras normas.

Isto posto, passa-se a explorar os limites legais impostos ao poder decisório dos magistrados, os quais servem como norteadores para correta prestação jurisdicional.

Nesse sentido, digno de destaque o artigo 8º do Códex Processual Civil pátrio o qual consigna que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências

¹⁸ Para Ávila, os princípios são normas prescritivas de fins a serem atingidos e que servem de fundamento para a aplicação de outras. Os princípios deixam de ser caracterizados como normas carecedoras de ponderação e passam a ser qualificados como normas fundamentais e genéricas que demandam complementação por outras normas, quer em nível horizontal, quer em nível vertical.

do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Dentre elas, a razoabilidade e proporcionalidade serão o enfoque como limitadores à discricionariedade judicial. Em relação à primeira, ante a diversidade de interpretação do termo, tem-se três acepções que se destacam, conforme leciona Humberto Ávila¹⁹. A primeira, tida como razoabilidade por equidade, tange à razoabilidade como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, em outras palavras, a adequação da norma às particularidades do caso, seja esta quanto a perspectiva de aplicação da norma, seja quanto à adequação de determinada norma geral para àquele caso específico.

Assim, a razoabilidade por equidade deve atuar como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade²⁰ (ÁVILA. 2016. P.196). Por certo, deverá o magistrado agir, com base na razoabilidade, na interpretação dos fatos descritos em normas jurídicas.

A segunda acepção, denominado por Ávila como Razoabilidade como congruência, diz respeito à harmonização das normas com as condições externas de aplicação, ou seja, exige-se, para qualquer medida, a recorrência a um suporte empírico existente. Em outros termos, verifica-se que este princípio exige-se certa apuração da realidade fática, externa à norma, que impactará diretamente na efetividade da decisão. Ainda, conforme narra Ávila, desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal (ÁVILA. 2016. P.199)

O terceiro e último entendimento, é denominado Razoabilidade como equivalência, exigindo-se uma correspondência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, ou seja, a medida adotada deve guardar relação de proporcionalidade com o fato que a motivou. Nesse sentido, o magistrado deve agir de forma proporcional, sendo as medidas por ele adotadas razoáveis e proporcionais à luz de seu critério.

¹⁹ “Relativamente à Razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualizadas do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, que indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar a norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª Edição. 2016. Malheiros Editores, São Paulo. P. 194)

²⁰ (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª Edição. 2016. Malheiros Editores, São Paulo. P. 196)

Ato contínuo, passa-se a explorar a máxima da Proporcionalidade, que será invocada nos casos em que exista uma relação de causalidade entre dois elementos, um meio e um fim concretamente perceptível. (ÁVILA. 2016. P.205/220). Nesse sentido, para atingir-se determinada finalidade, são utilizadas as medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Dessa feita, Ávila define quando um meio será adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, sendo, respectivamente quando: o meio promove minimamente o fim; não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma medida direitos fundamentais afetados; e o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição de direitos fundamentais. (ÁVILA. 2016. P.205/218)

Assim, o princípio da proporcionalidade limitará a discricionariedade do magistrado no tocante à invocação de medidas adequadas, necessárias e razoáveis em sentido estrito, para atingir-se determinado fim, resguardada a relação de causalidade entre o meio e o fim.

Ademais, os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, de forma alguma, podem ser confundidos, diferenciando entre si no tocante à existência de um meio e fim, o que verifica-se unicamente na proporcionalidade, enquanto a razoabilidade possui caráter de harmonização do geral com o individual (equidade), harmonização da Lei com as condições externas (congruência).

Ainda, imperioso colacionar a diferenciação efetuada por Humberto Ávila, consignando que o postulado da Proporcionalidade pressupõe relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim), ao passo que a Razoabilidade exige uma relação entre critério e medida, figurando vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência).

4.2. Binômio: razoabilidade X efetividade jurisdicional

A Razoabilidade, conforme exposto acima, versa sobre o dever de equivalência do magistrado, que deverá aplicar certa medida nos limites de seu critério, devendo, notadamente, observar a efetividade de seu julgado, valendo-se dos poderes gerais do juiz.

Nesse sentido, cabe ao juiz dar efetividade aos seus julgados, conferindo à parte o direito tutelado, em prazo razoável, à luz dos princípios da duração razoável do processo (artigos 4º do CPC e 5º, LXXVIII da CF).

Para atingir-se a efetividade da decisão, conforme narrado no decorrer deste trabalho, poderá valer-se de medidas atípicas face o devedor, as quais estão intimamente ligadas à lesão

dos direitos deste, vez que tais medidas afiguram-se como verdadeiras “medidas restritivas de direitos” atípicas.

Contudo, tais medidas devem ser aplicadas com equivalência, de modo que a medida a ser adotada deverá guardar relação de proporcionalidade com o ato, praticando-se um sopesamento das circunstâncias fáticas à luz do caso concreto. Tal como na seara penal, em que a conduta delituosa do agente e suas circunstâncias fáticas que definirão a pena a ser fixada.

Ademais, tem-se que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe diversos artifícios processuais objetivando a efetividade da prestação jurisdicional, como: a redução dos recursos protelatórios, a valorização da conciliação (sentido amplo) como meio alternativo de resolução de conflito, o enxugamento dos procedimentos, a abolição do excesso de formalismo, etc. Nesse sentido, apesar da busca por maior efetividade – pautado no princípio da efetividade - não se pode, de maneira alguma, afastar a aplicação de outros princípios, muito pelo contrário, devem ser aplicados em consonância. Nesse sentido, Humberto Ávila expõe²¹ que os princípios não devem ser vistos como normas carecedoras de ponderação, ou seja, como comandos legais que o juiz poderá afastar como se fossem normas descartáveis, desprovidas de normatividade. Na realidade, o magistrado deverá compreender a normatividade atribuída aos princípios para aplica-los, vez que estes não se submetem ao mesmo processo discursivo, argumentativo e justificativo para serem aplicados.

Isto posto, tem-se que, à luz do caso concreto, o magistrado deverá aplicar a lei buscando a efetiva prestação jurisdicional, observando-se a razoabilidade, não apenas como uma contramedida de sopesamento, mas sim deverá interpretar os princípios como normas fundamentais e genéricas que demandam complementação por outras normas, quer em nível horizontal, quer em nível vertical, não havendo o que se falar em afastamento de um ou de outro (ÁVILA. 2016. P.158).

4.3. Óbices à aplicação das medidas atípicas

Ato contínuo, regressando à temática das medidas atípicas de execução, conforme exposto ao longo do presente artigo, pauta-se em requisitos imprescindíveis para sua aplicação, sendo alguns deles máximas constitucionais, como a razoabilidade e proporcionalidade, enquanto outros construções jurisprudenciais e doutrinárias.

²¹ (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª Edição. 2016. Malheiros Editores, São Paulo. P 158/161)

Nesse diapasão, caso algum dos requisitos (capítulo II) não esteja presente, a medida atípica não merecerá prosperar, conforme verificou-se nos casos analisados. Assim, não havendo o esgotamento das medidas típicas executivas, não haverá o que se falar na aplicação das medidas atípicas.

No mais, tem-se como requisitos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que caso não sejam observados, também figurarão como óbice à aplicação do instituto. Ainda, todos princípios deverão ser observados, vez que traduzem a vontade do legislado, ante a construção legislativa que tem como alicerce os princípios gerais de direito.

Inquestionavelmente, a ausência de prova quanto à ocultação de bens poderá ensejar óbice à aplicação das medidas atípicas, vez que o devedor pode encontrar-se em estado de insolvência, de modo que eventuais medidas restritivas de direito, além de atingir o devedor, não proporcionará a efetividade jurisdicional.

5. Conclusão

Em conclusão, as medidas atípicas de execução surgiram em nosso ordenamento como meio para conferir maior efetividade à prestação jurisdicional, cabendo ao magistrado aplicar tal instituto à luz do caso concreto. Todavia, a aplicação desse instituto está condicionada à alguns requisitos, construídos pela doutrina e jurisprudência, a saber: a excepcionalidade da medida; contraditório prévio, com a oitiva do executado a respeito da aplicação dessas medidas e motivação do inadimplemento; fundamentação idônea, na forma do artigo 489, § 1º do NCPC; aplicação do princípio da proporcionalidade, observada a regra da menor onerosidade ao devedor do artigo 805 do NCPC; e respeito aos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal, sendo estes requisitos os critérios objetivos.

Nesse diapasão, o juiz, valendo-se de sua discricionariedade, deverá dosar a aplicação das medidas atípicas com atenção especial aos princípios que fundamentam nosso ordenamento, fazendo com que estes sejam interpretados de forma sistemática, à luz de sua força normativa, sendo estes os critérios subjetivos.

Todavia, considerando a omissão legislativa quanto aos requisitos das medidas, bem como sobre seu cabimento, apesar da construção doutrinária e jurisprudencial, se faz necessária a codificação do tema, a fim de conferir uma correta aplicação ao instituto. Assim, como o sistema jurídico adotado pelo Brasil pauta-se na legislação como fonte do Direito, apesar da existência de fontes normativas secundárias, apenas a edição de lei versando sobre tais medidas pode colocar uma pá de cal no assunto.

Ademais, a ausência de legislação acerca da temática faz com que se crie certa instabilidade jurídica, no que tange a vinculação do magistrado para com a Lei. Outrossim, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é o exemplo prático disso, vez que em algumas câmaras especializadas em direito privado, há grande resistência à aplicação dessas medidas, sob alegação de violação à princípios constitucionais, sem que haja a devida fundamentação.

6. Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17ª Edição. 2016. Malheiros Editores, São Paulo.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, In revista de direito do Estado, ano 4, nº 13:71-91 jan/mar 2009.

BRAGA, Paulo Sarno. JUNIOR, Fredie Didier. DE OLIVEIRA, Rafael Alexndre. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 101.

CARDOSO, Oscar Valente. **O poder geral de efetivação das decisões judiciais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5785, 4 maio 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65947>. Acesso em: 4 nov. 2020.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 23, p. 127-139, nov. 2004.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. 1ª Edição, 2014. Editora Marcial Pons, São Paulo.

Duarte, G.F.D.F.D.L.R.A.V.O.J. Z. **Execução e Recursos - Comentários ao CPC de 2015 - Vol. 3, 2ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2018. 9788530981761. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981761/>. Acesso em: 06 Nov 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araujo. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

JORGE, Nagibe de Melo. “**Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica.**” 2014. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/13423/10291>. Acesso em 22.10.2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª Edição. 2010. Malheiros Editores, São Paulo.

O.S.C.D. **Jurisdição sem lide e discricionariedade judicial**. São Paulo. Grupo GEN, 2013. 9788522481224. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481224/>. Acesso em: 06 Nov 2020

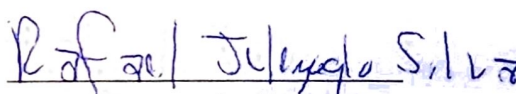
Silva, R. E. *Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos, 2ª edição..* São Paulo. Editora Saraiva, 2015. 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>. Acesso em: 06 Nov 2020

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Rafael Jelezoglo Silva, aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 3166771-6, Período matutino, Turma 10-A, tendo realizado o TCC com o título: As Medidas Atípicas de Restrição de Direitos à Luz da Discricionariedade Judicial, sob a orientação do(a) professor(a): Adriano César Braz Caldeira, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 11 de novembro de 2020


Assinatura do discente