



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO FACE À ATIPICIDADE DAS MEDIDAS
EXECUTIVAS

Viviane Bernini Vilar

Rio de Janeiro
2020

VIVIANE BERNINI VILAR

A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO FACE À ATIPICIDADE DAS MEDIDAS
EXECUTIVAS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Lucas Tramontano

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro
2020

A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO FACE À ATIPICIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS

Viviane Bernini Vilar

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada.

Resumo – o objetivo do presente trabalho consiste em analisar a posição do magistrado e as influências sofridas por ele diante da previsão no ordenamento de uma cláusula geral de atipicidade para medidas executivas. As medidas atípicas já existiam no Código de Processo Civil anterior, de 1973, mas as recentes alterações e inserções no Código de 2015 merecem atenção, uma vez que foi ampliada a força e abre margens para possibilidades criativas de se obter a efetividade no processo judicial. Em um primeiro momento, o tema é abordado de forma a enumerar alguns parâmetros de observância obrigatória pelo juiz, analisando possíveis influências resultantes em seu mister, antes do deferimento da medida executiva atípica. Após, objetiva-se analisar individualmente os temas da adstrição ao requerimento da parte, bem como a possibilidade de deferimento de ofício pelo magistrado. Por fim, amparado por esses pilares introdutórios, analisa-se com base na segurança jurídica, as formas de controle judicial diante do papel de efetivação da cláusula geral que coube ao magistrado.

Palavra - Chave – Direito Processual Civil. Execução. Meios Executivos. Atipicidade.

Sumário – Introdução. 1. Parâmetros a serem observados pelo magistrado para deferimento de medidas executivas atípicas 2. Análise sobre a (não) adstrição à medida e possibilidade de ordem *ex officio*. 3. Análise das formas de controle judicial ao poder de efetivação do magistrado. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica se presta a discutir, sem pretensão de esgotar o tema, acerca dos procedimentos e limites que envolvem a execução de meios atípicos no direito processual civil brasileiro, sob a ótica da função do juiz. Procura-se demonstrar que a possibilidade de aplicação de medidas executivas que não estão descritas na lei não implica em liberdade total para que o juízo busque efetividade da decisão judicial.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias a respeito do tema, de modo a discutir, no que tange à função jurisdicional consubstanciada na atuação do magistrado, quais os limites para a atuação no que tange as medidas executivas não previstas em lei. Em outras palavras, quais são os parâmetros de observância obrigatória que o guiarão na execução, bem como a possibilidade de atuação de ofício e, ainda, as formas de controle judicial contra decisões deste conteúdo.

Em suma, o foco do presente trabalho é analisar a atuação do magistrado voltada para as medidas executivas atípicas. Tendo em vista que o magistrado é o destinatário da apreciação

das medidas executivas que a parte interessada pretende concretizar, é importante analisar quais são os princípios e as imposições legais as quais o magistrado precisa se atentar antes de deferir que determinada medida executiva atípica afete a realidade na qual o devedor está inserido.

A Constituição Federal vigente consagrou o princípio da efetividade e da celeridade, garantindo às partes o direito à resolução integral do mérito em prazo razoável. Neste sentido, deve ser compreendido não só a fase de conhecimento que possibilita a persecução ao título judicial, mas também deve se compreender estar inserida a atividade satisfativa.

Diante deste cenário, mantendo a previsão do código de processo civil anterior, foi necessária manter e dar força a mecanismos de efetivação da tutela do crédito, o que ocorreu com o atual código de processo civil, vigente deste 2016. Dentre os mecanismos, podem ser mencionadas as medidas executivas atípicas, previstas na forma de cláusula geral dentre os diversos poderes do magistrado, com a finalidade precípua de transcender o que está escrito na decisão judicial à realidade fática, conferindo, assim, eficácia às decisões judiciais, sobretudo, às pecuniárias.

Neste diapasão, o Código de Processo Civil não limitou de forma expressa a esfera de atuação do magistrado, desta forma, em um primeiro momento é possível afirmar que não haveria limites a esta atuação, se levado em conta apenas um critério literal de interpretação. Significaria dizer que a criatividade do magistrado seria o principal guia para compelir o devedor a cumprir o título executivo.

O tema não é simples e desperta divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Por isso merece atenção, uma vez que se está diante de um poder-dever, capaz de gerar consequências para a sociedade e, eventualmente, ferir direitos em busca do direito à efetividade que, sem dúvida, detém o credor.

Para melhor compreensão do tema, busca-se expor, brevemente, acerca dos mecanismos atípicos de execução e analisar, observando o ordenamento como um todo, regras e princípios que são de observância obrigatória pelo juiz. Ato contínuo, intenciona-se dar atenção aos princípios constitucionais e àqueles reproduzidos no código civil processualista, ao se conferir poderes ilimitados para dar fim satisfativo a pretensão executória do credor.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com análise acerca dos limites ao poder-dever do magistrado advindo do artigo 139, inciso IV do CPC, sejam eles consubstanciados nos princípios ou na própria legalidade, através, por exemplo, das medidas executivas típicas.

Já no segundo capítulo, discute-se a adstrição do magistrado ao pedido da parte, ou seja, se o magistrado estaria obrigado a atuar nos limites que a parte expressamente requereu,

em nome da congruência. Neste sentido, surge também o questionamento acerca de a possibilidade de atuação de ofício, ou seja, ordem de medida executiva atípica que a parte não requereu, também o que também é abordado no referido capítulo.

No terceiro e último capítulo, objetiva-se contrapor as problematizações que podem ensejar inicialmente eventual arbitrariedade, diante das possibilidades de controle judicial. Enumeram-se algumas formas de controle à atuação do magistrado que podem ser utilizadas, sobretudo, pelo devedor, a fim de impedir a desvirtuação do poder-dever de efetivação através da atipicidade dos meios executivos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las, a medida que expõem as argumentações.

Ainda cumpre elucidar que a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente ao tema por ele eleito, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentar a tese.

1. PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS PELO MAGISTRADO PARA DEFERIMENTO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Não é incomum que com o passar do tempo, o Direito experimente exceções a ideias que demonstravam-se rígidas, representando certo rompimento com determinada lógica até então adotada. Como exemplo, podem ser citados os meios adequados de solução de conflito, tais como a mediação e a arbitragem. Neste sentido, também é possível notar uma flexibilização no tema da execução ou cumprimento de sentença, ao passo que o legislador prosseguiu com o objetivo de inserir junto à jurisdição estatal outros mecanismos que melhoram a efetividade da tutela do direito de forma harmônica ao ordenamento e aos anseios sociais.

Isso se deu através das funções do magistrado. Comparado com a legislação processual anterior, nota-se que foram acrescentadas cinco novas hipóteses de atuação do juiz, sendo que uma delas desperta maiores questionamentos pela amplitude e, de certa forma, subjetividade advinda da norma. Tal hipótese é a disposta no inciso IV do artigo 139 do CPC¹, qual seja:

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 08 fev. 2020.

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 pecuniária².

Claramente, o objetivo do legislador ao permitir a previsão legal do supramencionado inciso, foi proporcionar a máxima efetividade à decisão judicial, para que o deslinde do processo ultrapassasse as simples palavras do julgador e fossem, na prática, integralmente cumpridas pelo devedor. Consagrou-se, assim, o princípio da atipicidade das formas executivas.

Para melhor compreensão deste princípio é importante transcrever a breve afirmação de Daniel Amorim Assumpção Neves³ “Trata-se da consagração legislativa do princípio da atipicidade das formas executivas, de forma que o juiz poderá aplicar qualquer medida executiva, mesmo que não expressamente consagrada em lei, para efetivar as suas decisões.”

A aplicação da atipicidade não encontra restrição em alguma forma de obrigação específica, ou seja, pode ser aplicada tanto para obrigação de fazer ou não fazer, como obrigação de dar, e, ainda, obrigação pecuniária como sinalizar a redação do inciso. Neste sentido, pode ser citada breve passagem contida na obra de Fredie Didier em conjunto com alguns outros doutrinadores, sobre execução⁴:

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

Deste cenário, percebe-se que o tema é advindo de uma cláusula geral que diferencia-se de forma substancial com conceitos vagos e indeterminados. Os conceitos são vagos ou indeterminados se não permitirem compreensão absolutamente clara quanto ao seu conteúdo, seja por ambiguidade, polissemia, vaguidade, porosidade, ou ainda esvaziamento do termo utilizado. Por sua vez, as cláusulas gerais são expressões de conteúdo também vago, cuja permeabilidade de suas palavras capacitam a legislação a se adequar a quaisquer novas situações relevantes para o direito.⁵

A cláusula de atipicidade das medidas executivas atípicas é relevante porque a legislação, de forma geral, não consegue prever todas as situações jurídicas que podem ocorrer

² NAVARRO, Trícia. *A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15*. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15> Acesso em: 09 set. 2019.

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 256.

⁴ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: Jupodivm, 2017, p. 107.

⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 210.

na sociedade. Isso ocorre porque são constantes as mudanças de costumes e pensamentos, dos ideais políticos, os problemas sociais e os avanços tecnológicos, que contribuem para que a sociedade torne-se cada vez mais complexa. Neste sentido, o Direito procura acompanhar essas mudanças na intenção de adequar o ordenamento jurídico ao pensamento contemporâneo que se impõe.

Contudo, deve haver um consenso acerca do significado e alcance dessa cláusula pela necessidade de respeito aos princípios da legalidade e isonomia que não podem ser descartados. A cláusula geral deve indicar uma direção, sendo um ponto de partida ao intérprete, levando em consideração que só será aplicada a determinado caso concreto se ausente norma específica. Portanto, a criação de direitos depende de compatibilidade com os direitos existentes já criados por norma positivada.⁶

Logo, a melhor interpretação acerca das medidas executivas atípicas é que estas não podem ser adotadas indiscriminadamente, por observância de garantias fundamentais previstas na Constituição Federal e na própria legislação processual civil, sobretudo as regras previstas para o processo de execução da legislação processual específica.

A execução é pautada, sobretudo, por dois princípios que regem o direcionamento do procedimento executório, quais sejam: o princípio da patrimonialidade conforme preceitua o artigo 789 e o princípio da menor onerosidade da execução, consagrado no artigo 805, ambos do CPC⁷. O princípio da patrimonialidade determina que os atos da execução estejam adstritos ao patrimônio do devedor, ao passo que a menor onerosidade garante a eleição de ato menos gravoso. Assim, a atuação do juiz encontra limites em atingir a pessoa do executado, não podendo, ainda, privilegiar medida que evidentemente não garantirá a solvabilidade, por exemplo, quando restar comprovado que o devedor não dispõe de patrimônio.

Ademais, a atipicidade dos meios executivos não se consubstancia em uma regra aplicável *a priori*. Ao contrário, a regra do sistema continua a ser o da tipicidade dos meios executivos, embora mitigada, cujo uso está autorizado quando frustrados todos os meios executivos típicos disponíveis.

Além da análise de suposta violação aos direitos e garantias fundamentais do executado, entendemos que o julgador deve verificar outros requisitos antes do deferimento da medida atípica. Após o pedido expresso do requerente, faz-se mister que o juiz determine a

⁶ Ibid., p. 233.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

intimação da parte contrária para se manifestar, sob pena de violar os artigos 9º e 10, ambos do CPC⁸, privilegiando o princípio constitucional do contraditório.

Seguindo a análise dos limites, não se pode olvidar que a decisão judicial que defere medida não prevista expressamente na lei pode confrontar o que se chama de “ordem pública processual”. Isso porque deve haver não só a concretização de interesses privados, mas também de públicos, através do processo. Leonardo Greco⁹ sustenta que a ordem pública processual representa a existência de princípios que não podem ser afastados, cuja aplicação é absoluta, tais como: a independência, imparcialidade e competência do magistrado, a capacidade das partes, todos princípios de ordem constitucional.

Como apontado, a medida atípica é subsidiária à medida típica, ou seja, primeiramente deve-se tentar os meios previstos na legislação para constrição patrimonial. Além disso, a decisão que a defere determinada medida atípica deve, em consonância com o objeto central, observar critérios de proporcionalidade e razoabilidade, princípios constitucionais, reproduzidos na legislação processualista, além da própria efetividade, posto que não se pode insistir que o judiciário persiga crédito de alguém que claramente não possui recursos para cumprimento da obrigação.

Ainda restará ao magistrado avaliar se o executado esteja praticando atos contrários à boa-fé, como fraudes patrimoniais, bem como desrespeito às ordens judiciais. Podendo, em caso positivo, desconstituir negócios jurídicos celebrados em detrimento à execução. Dessa forma, restará resguardado o interesse público primário de um processo efetivo, sem que se promova a depreciação da autonomia da vontade das partes, privilegiando-se, por conseguinte, uma interpretação harmoniosa e sistemática do novo Código de Processo Civil brasileiro.

2. ANÁLISE SOBRE A (NÃO) ADSTRIÇÃO À MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA E A POSSIBILIDADE DE ORDEM *EX OFFICIO*

Como sujeitos da relação jurídica processual é possível identificar o autor, quem inicia ação judicial deduzindo pretensão perante o poder judiciário, e, o réu, aquele em face de quem a pretensão é deduzida. Somado a isso, é possível identificar que o magistrado também assume posição de sujeito na relação jurídica processual, diante do conceito moderno e publicístico do

⁸ Ibid.

⁹ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.) *Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 283.

direito de ação, não mais podendo se admitir a chamada teoria linear de Köhler, segundo a qual os direitos e deveres do processo se estabeleceriam apenas entre o autor e o réu, equiparando a relação de direito material com a relação processual¹⁰.

O processo civil na lógica atual revela como plano de fundo um processo cooperativo e desta forma é possível afirmar que o juiz também é sujeito do diálogo processual, não por outro motivo que o princípio da cooperação consagrado é expresso no texto legal do CPC em seu artigo 6º¹¹, mencionando os sujeitos processuais, os quais devem ser compreendidos na figura do magistrado e das partes, o que culmina com os atores do processo em posição de simetria, afastando qualquer ideia de protagonismo¹².

Em paralelo, há o princípio do contraditório, também positivado pelo Código de Processo Civil¹³, novamente, devendo ser compreendido como dever de todos os sujeitos do processo, inclusive estendendo-se ao juiz, não devendo ser enxergado como direito exclusivo do réu. Assim, como o magistrado possui o dever de cooperação, o que se espera é que o *modus operandi* seja pautado na atuação com presteza, afastando a ideia de ser apenas fiscal de normas legais e mero interlocutor de lados opostos, em todos os atos processuais, inclusive na fase de execução.

Nesta fase, no caso de inércia do devedor ou insucesso de alguma medida típica, a parte interessada pode requerer especificamente medidas executivas atípicas, as quais pretende que sejam deferidas em desfavor do devedor, aguardando, assim, decisão favorável. Contudo, o provimento jurisdicional pode ser diverso daquele requerido pela parte exequente. Isso porque, cabe ao juiz a análise de diversas premissas, conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho, antes de entender que determinada medida executiva é a mais adequada ao caso concreto¹⁴.

Cabe ao magistrado analisar as e expor quais os motivos determinantes que o levaram a preterir determinada medida executiva em face de outra, seja ela típica ou atípica, não estando, assim, adstrito ao pedido formulado pela parte. Inclusive, o juiz pode se valer do objetivo principal de toda esta discussão para indeferir requerimentos, qual seja: a efetividade. Ora, as medidas executivas têm que se mostrar efetivas para compelir direta ou indiretamente o

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 916.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: Necessidade de Rompimento Radical com o Sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 149, p. 9-16. Ago. 2015.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁴ TALAMINI, Eduardo et. al. *Grandes temas do novo CPC – medidas executivas atípicas*. V. 11. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 339.

cumprimento da obrigação, caso contrário, o magistrado poderá indeferir determinada medida executiva atípica, ainda que a parte exequente oportunamente a tenha requerido¹⁵.

Como exemplo, se restar comprovado nos autos que o patrimônio do executado não é suficiente para saldar dívida de alimentos, não será efetivo determinar a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação como forma de coerção, pelo contrário, é possível que o caso revele ser importante que a pessoa esteja em posse da CNH para exercício da profissão, possibilitando, conseqüentemente, a obtenção de recursos que saldem o débito. Em outras palavras, as medidas executivas atípicas não podem ser vistas como forma de vingança, nem implementadas de maneira desenfreada para provocar ou causar inconvenientes na vida do devedor insolvente.

Logo, não é a parte interessada que elege a melhor medida executiva para o caso, mas sim o juiz, sendo dever do magistrado analisar a proporcionalidade e razoabilidade, bem como a efetividade, para que tal ato executivo não venha a ferir direito fundamental do devedor ou prolongue demasiadamente o processo em vão. Caso contrário, estar-se-ia engessando a atividade jurisdicional a qualquer requerimento criativo da parte credora, admitindo-se que o judiciário aceitaria qualquer medida em nome do princípio da efetividade, tornando-o absoluto, o que não é.

A simples leitura do inciso IV do art. 139 do CPC¹⁶ não é suficiente para afirmar se há ou não necessidade de requerimento da parte interessada como requisito para atuação jurisdicional no que tange ao deferimento de medidas executivas atípicas. Por esta razão, necessário se faz proceder em análise conjunta com a atuação que é permitida ao magistrado, fundada nos princípios da legalidade, do impulso oficial, eficiência, além da noção de interesse público e efetividade da decisão na qual o magistrado também é interessado¹⁷.

Corroborando com esta tese, são os dispositivos 536 e o caput e o §1º do artigo 537, ambos do CPC¹⁸, os quais revelam autorização legal expressa para atuação de ofício. Entretanto, há casos em que a lei cuidou de exigir o requerimento da parte, como exemplo pode ser citada a inclusão do nome do executado em cadastros de restrição de crédito, na forma do art. 782, §3º do CPC¹⁹. Neste cenário, a lei limitou a atuação do juiz e somente com o requerimento da parte será viabilizada a apreciação e deferimento pelo magistrado de medida executiva específica, sem o qual o juiz restará impossibilitado de proceder com qualquer determinação de ofício.

¹⁵ Ibid, p. 340.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷ TALAMINI, op. cit, p. 347.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹ Ibid.

Nas palavras de Fredie Didier Jr.²⁰: “se a lei exige a provocação da parte para que uma medida executiva seja tomada, não pode o órgão julgador, valendo-se do seu poder geral de efetivação, determiná-la *ex officio*, sob a rubrica da atipicidade”.

Em suma, a compreensão do tema se baseia em uma dicotomia, de um lado acerca das medidas típicas, quando houver imprescindibilidade do requerimento, ao magistrado estará vedado implementá-las de ofício, ao passo que as medidas atípicas não estão expressas na lei e, por esta razão, a legislação também deixa de impor o requerimento da parte, o que autoriza o magistrado a determinar medida executiva atípica.

Corroborando com o exposto, é importante destacar o Enunciado nº 396 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 139, IV; art. 8º) As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º. (Grupo: Poderes do juiz)”

Como visto, é possível entender pela não adstrição do magistrado ao pedido, mas todo o pedido formulado pela parte revela a real intenção de concretizar o que consta no título executivo, em outras palavras, significa que de forma mediata o que a parte pretende é a efetividade do seu direito, traduzido na exigência de obrigação de fazer, não fazer ou dar. Portanto, qualquer que seja o requerimento, este por si só importará em forte argumento para que o juiz possa, de ofício, ordenar alguma medida atípica diversa.

Assim, a ideia de atuação *ex officio* não se mostra incompatível com o ordenamento, nem excede os poderes conferidos ao magistrado, sendo possível aferir que a tipicidade é verdadeiro obstáculo à atipicidade, pois quando o legislador impõe determinado requisito ou procedimento, não é possível ultrapassá-lo invocando a cláusula geral de atipicidade dos meios executivos.

3. ANÁLISE DAS FORMAS DE CONTROLE AO PODER DE EFETIVAÇÃO DO MAGISTRADO

A decisão judicial que ordena a aplicação de determinada medida executiva atípica deve observar premissas que se impõem à qualquer decisão judicial, quais sejam: a oportunidade ao exercício do contraditório e o dever de fundamentação. Ambos são requisitos de observância obrigatória no exercício da função jurisdicional, importantes ao ponto de

²⁰ DIDIER Jr., op. cit., p. 122.

estarem previstos na Constituição Federal²¹ vigente, nos artigos 5º, inciso LV e 93, inciso IX, respectivamente.

Neste mesmo diapasão, no que tange ao Código de Processo Civil, este resguarda o princípio do contraditório que encontra fundamento legal nos artigos 9º e 10²², de forma a viabilizar que a parte seja ouvida previamente antes de proferida qualquer decisão, sobretudo, aquelas que lhe serão desfavoráveis, ressalvadas as exceções trazidas pela referida lei.

Conforme ensinamentos de Fredie Didier Jr.²³, o princípio do contraditório pode ser compreendido sob duas concepções de garantia no processo. A primeira seria a participação nos atos processuais, que se dá através da colação de manifestações, recebimento de comunicações e, ainda, pela presença em audiências, entre outros exemplos. Já a segunda garantia, seria a possibilidade de influenciar a decisão do julgador, tendo em vista que apenas ser ouvido não é suficiente, mas é necessário que a oportunidade do contraditório seja efetiva e viável a fim de persuadir o juiz.

Esta segunda garantia se insere na dimensão substancial do referido princípio, a qual veda a prolação de decisões surpresas, que, caso ocorram, seriam ceifadas pela nulidade²⁴. A partir desta ideia de contraditório substancial e poder de influência, é possível compreender que tal garantia impõe ao magistrado uma limitação ao exercício de julgar, sendo, assim, um artifício ao controle judicial.

Ato contínuo, seguindo as disposições constitucionais, o Código de Processo Civil²⁵ reproduziu em seu artigo 11 a necessidade de motivação de decisões judiciais, impondo ao juiz expor as razões de seu convencimento a partir da análise dos autos, da legislações e de premissas racionais. Em outras palavras, é a obrigação do magistrado exteriorizar seus pensamentos e transmitir ao jurisdicionado o porquê de determinado provimento.

Somado a isso, não se pode olvidar que a decisão judicial deve ser satisfatoriamente fundamentada, seguindo as exigências do §1º do artigo 489 do CPC²⁶, o que impõe ao magistrado revelar os motivos determinantes e as circunstâncias fáticas que o levaram a deferir ou não determinada medida executiva típica ou atípica.

²¹ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 08 fev. 2020.

²² BRASIL, op. cit., nota 1.

²³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 106.

²⁴ Ibid., p. 107.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁶ Ibid.

O supracitado artigo apresenta em seu *caput* uma negativa, exprimindo as hipóteses em que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial. A partir de uma leitura minuciosa dos incisos do art. 489, §1º do CPC²⁷ é necessário enfatizar para a presente discussão, o disposto no inciso II, *in verbis*: “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”. A redação deste inciso prevê expressamente conceitos jurídicos indeterminados, mas a interpretação deve ser estendida de forma a contemplar também as cláusulas gerais²⁸.

Certo é que o instituto das medidas executivas atípicas consubstancia um conceito aberto possibilitado pela cláusula geral de efetivação conferida pelo artigo 139, IV do CPC²⁹. Assim, em contrapartida, a obrigação de fundamentação é uma forma de limitar esta atuação aparentemente livre do juiz. Neste sentido, o dever de fundamentar as decisões judiciais torna-se um recurso favorável ao jurisdicionado para exercício de controle judicial. Sobre este tema, vale reproduzir a posição de Lenio Streck e Dierle Nunes³⁰, nas palavras dos autores:

Em face do novo CPC, parece-nos evidente que esta cláusula geral de efetivação implicará um ônus argumentativo diferenciado para o juiz ao fundamentar e se valer da medida, especialmente pela determinação do artigo 489, §1º, II, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, mitigando a possibilidade de arbitrariedades.

Em outras palavras, o ônus da argumentação explicativa é importante para a compreensão de quais razões levaram o juiz a optar pela medida executiva atípica em detrimento de outra, seja típica ou não, sob pena de se viabilizar comandos judiciais arbitrários. Isso porque quando o magistrado expõe as razões, a parte lesada consegue construir argumentos de forma contrária aos fundamentos do juiz, permitindo que seja utilizado o meio de impugnação por excelência: o recurso.

Neste sentido, outro meio capaz de viabilizar o controle judicial, é o recurso. No caso, tratando-se de medidas executivas atípicas, estas serão visualizadas na fase executória, seja através de ação autônoma de execução, seja através de cumprimento de sentença. A decisão judicial que defere ou não medida executiva atípica pode ser classificada como decisão interlocutória, na forma do artigo 203, §2º do CPC³¹, o qual apresenta a definição de decisão

²⁷ Ibid.

²⁸ LUNARDI, Fabrício Castagna. REZENDE, Luiz Otávio. *Curso de Sentença Cível: Técnica, Prática e Desenvolvimento de Habilidades*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 85.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁰ STRECK, Lenio; NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: 7 dez. 2019.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

interlocutória. Logo, o recurso cabível para impugnar é o agravo de instrumento na forma do art. 1.015 do CPC³².

A hipótese dispensa análise de discussão acerca da taxatividade do rol trazido pelo artigo 1015 do CPC, ou seja, se este prevê todas as hipóteses de cabimento ou não. Isso se dá pelo fato de o parágrafo único deste mesmo artigo ter contemplado que toda decisão proferida em fase de execução poderá ser impugnada por meio de agravo de instrumento. Logo, o legislador previu expressamente, sem margens para dúvidas o cabimento de agravo de instrumento.

De forma geral, tudo o que fora até aqui exposto, incluindo os primeiros capítulos, representam mecanismos de controle ao poder geral de efetivação do juiz possibilitado pelo artigo 139, inciso IV do CPC³³. Isto se deve pelo fato de todos os parâmetros interpretativos, hermenêuticos e legais serem construções do próprio Direito terem como finalidade balizar os impactos da decisão judicial na vida do cidadão e resguardar as garantias e direitos fundamentais, bem como afastar a arbitrariedade da função judicial.

CONCLUSÃO

O problema de efetividade do judiciário brasileiro, sem dúvidas, merece esforços para que sejam implementadas soluções visando mecanismos para concretização do provimento jurisdicional. Neste diapasão, as alterações legislativas vêm demonstrando a ampliação dos poderes do juiz, com o intuito de agilizar e tornar efetiva a decisão judicial. Em especial, o artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil, confere ao juiz poderes para propiciar a satisfação precisa do direito do demandante, impondo ao devedor meios coercitivos não previstos em lei que revelam hipóteses criativas a fim de compelir a adimplência.

Contudo, tal hipótese não pode se revelar como “carta branca” a ser utilizada imoderadamente pelo magistrado. Há parâmetros de observância obrigatória que não podem ser superados em nome da efetividade. Dentre estes parâmetros estão princípios constitucionais que garantem a proporcionalidade e razoabilidade das medidas deferidas, bem como regras que devem ser observadas em nome da legalidade.

De forma geral, há vários mecanismos de controle ao poder geral de efetivação do juiz possibilitado pelo artigo 139, inciso IV do CPC que merecem atenção e estudo de forma a evitar

³² Ibid.

³³ Ibid.

que os direitos e garantias fundamentais sejam respeitados também na fase de execução. Isto se deve pelo fato de todos os parâmetros interpretativos, hermenêuticos e legais serem construções do próprio Direito terem como finalidade balizar os impactos da decisão judicial na vida do cidadão e resguardar as garantias e direitos fundamentais, bem como afastar a arbitrariedade da função judicial.

Desta forma, é possível afirmar que o direito ao crédito da parte exequente não é absoluto e o provimento jurisdicional encontrará certos óbices para que sejam garantidos, sobretudo, direitos básicos do devedor. A busca da efetividade é finita, devendo o magistrado exercer papel ativo e decisivo, mas pautado na viabilidade do caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 08 fev. 2020.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 08 fev. 2020.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Curso de Direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.) *Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

LUNARDI, Fabrício Castagna; REZENDE, Luiz Otávio. *Curso de Sentença Cível: Técnica, Prática e Desenvolvimento de Habilidade*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

NAVARRO, Trícia. *A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15*. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15>> Acesso em: 09 set. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: Necessidade de Rompimento Radical com o Sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 149. Ago. 2015.

STRECK, Lenio; NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: 7 dez. 2019.

TALAMINI, Eduardo et. al. *Grandes Temas do novo CPC – medias executivas atípicas*. V. 11. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.