



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ANÁLISE DA EXECUÇÃO NEGOCIADA COMO MEDIDA JUDICIAL ATÍPICA À LUZ
DA ADI 5941

Bianca Maria Ferreira Ramos da Silva

Rio de Janeiro
2024

BIANCA MARIA FERREIRA RAMOS DA SILVA

ANÁLISE DA EXECUÇÃO NEGOCIADA COMO MEDIDA JUDICIAL ATÍPICA À LUZ
DA ADI 5941

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

Ubirajara da Fonseca Neto

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2024

ANÁLISE DA EXECUÇÃO NEGOCIADA COMO MEDIDA JUDICIAL ATÍPICA À LUZ DA ADI 5941

Bianca Maria Ferreira Ramos da Silva

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Advogada.

Resumo – O presente artigo aborda o embate, ora decisivo, entre os instrumentos executivos típicos dispostos no CPC e a atipicidade dos meios executivos, seus limites e parâmetros. O objetivo de estabelecer uma nova interpretação sobre o cenário litigioso requer uma nova compreensão sobre a atividade satisfativa que deve perpassar pela compreensão dos obstáculos atuais que tangenciam a inefetividade do processo de execução, sobretudo quando se considera os atuais níveis de congestionamento processual. Serão analisados os argumentos e teses que explicariam a constitucionalidade ou não das medidas atípicas de execução, como apreensão de passaportes e carteiras de CNH, bem como a suspensão e proibição de participação em concursos públicos ou certames licitatórios. Além disso, será analisado o propósito doutrinário e jurisprudencial no tangente às balizas e necessidades estruturais debatidas na ADI 5941, que perpassa o confronto de alegações entre discricionariedade, arbitrariedade e criatividade dos magistrados frente às imposições de medidas atípicas.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Medidas Judiciais atípicas. Execução. Negócio Jurídico processual. ADI 5941. Discricionariedade. Proporcionalidade.

Sumário – Introdução. 1. A (in)suficiência das medidas judiciais típicas 2. Medidas Judiciais Atípicas.: excesso de criatividade ou solução para efetividade na execução? 3. A (in)constitucionalidade das medidas judiciais atípicas à luz da ADI 5941. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por finalidade analisar a execução negociada como medida judicial atípica à luz do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5941. Procura-se demonstrar as balizas trazidas pelo Supremo Tribunal Federal no que concerne a possibilidade de ampliação das medidas judiciais não convencionais.

O pano de fundo desse debate é a discussão travada, tanto em sede doutrinária, quanto jurisprudencial, no tangente aos negócios jurídicos processuais e a atipicidade (necessária ou não) dos meios executivos criativos para a satisfação efetiva das obrigações e execuções.

A Constituição Federal estabelece como direito e garantia fundamental a razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CFRB). Entretanto, em que pese constitucionalmente prevista e exaustivamente mencionada em sede doutrinária, na prática percebe-se que muitos processos em fase de execução ainda aguardam soluções razoáveis em tempo adequado.

O tema é controverso e divide opiniões, motivo pelo qual o presente trabalho não terá o condão de ser exaustivo, mas sim trazer à tona questões práticas debatidas pelo STF e que poderiam gerar, em tese, soluções novas e possivelmente eficazes.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, bem como desmistificar tais instrumentos no curso do processo executivo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as medidas judiciais previstas no Código de Processo Civil de 2015. A par disso, questiona-se se os instrumentos previstos tipicamente são suficientes para as demandas executivas, sobretudo quando se coloca em xeque a necessidade de se cumprir a função social do processo e a razoável duração do mesmo. É questionar se, de fato, os instrumentos previstos atendem ou não os consectários constitucionais insculpidos na Magna Carta.

No capítulo seguinte, a proposta é apresentar que a criatividade em solucionar possíveis execuções frustradas alia-se a ideia do processo civil constitucional, garantindo, então, a ponderação dos valores em xeque. Contrapõe-se, portanto, a formalidade e o engessamento das medidas judiciais típicas, dando azo às soluções formuladas e modeladas pelo magistrado no caso concreto.

Com tais premissas expostas, o terceiro capítulo analisa o mérito do julgamento da ADI 5941, em que se discutirá quais balizas o Supremo Tribunal Federal se debruçou para analisar a possibilidade ou não da adoção de medidas judiciais atípicas. Neste espaço, a discussão jurídica será permeada com críticas a respeito do art. 139, inciso IV do CPC, trazendo à tona os parâmetros que serviram de objeto na ação de controle de constitucionalidade ora proposta, e os limites debatidos quanto as medidas indutivas, coercitivas e mandamentais que consagram a cláusula geral de efetivação do magistrado.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, avançando nos conceitos descritivos ou interpretativos da realidade normativa no que se refere à justiça negociada e a implementação das medidas atípicas no curso da execução processual. Trata-se, em síntese, de uma infusão entre objeto teórico e a plausabilidade no caso concreto, que não se esgota, nem poderá se esgotar, neste trabalho.

O que se pretende estabelecer é o exame do papel do direito na regulação dos litígios, e para tanto, será somada, de forma sistemática, a pesquisa qualitativa, na medida em que serão cotejados casos e a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5941 (que versa sobre a constitucionalidade do paradigmático art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil).

1. A (IN)SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS JUDICIAIS TÍPICAS

Há de se ponderar, em primeira instância, que o que se busca no processo de execução judicial é, pragmaticamente, a satisfação do interesse do credor de forma paralela e adicional à menor onerosidade possível o executado, valores esses entendidos como princípios basilares da execução processual. Entretanto, não se pode interpretar o direito processual despido da matriz constitucional, sendo impreterível adotar, aqui, a ideia do direito processual constitucional.

Nesse ponto, exsurge a ideia de que os valores constitucionais transcendem à própria Constituição, sendo objeto valorizado no modelo de jurisdição constitucional do Neoconstitucionalismo¹ que, dentre outros, preconiza pela irradiação dos princípios constitucionais em todo o ordenamento. Não se verifica, portanto, à luz disso, o processo civil como aba incomunicável dentro do sistema normativo, mas sim, necessariamente, como um vaso comunicante às questões axiológicas e principiológicas trazidas pela Carta Magna.

Para tanto, a fim de se densificar tal cenário, a análise da execução irá permear as questões que tangenciam a tutela processual satisfativa aliada aos direitos constitucionais, às garantias e direitos daí decorrentes, como preceitos individuais e de caráter social. Desse modo, visualizar-se-á a concretização do princípio do resultado (art. 805, do CPC²) em matéria executiva, sem escapar do arcabouço jurídico que lhe serve de substrato, especialmente no que tange à observância dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade humana.

Deve-se ter em mente, aliado a isso, a ideia de processo judicial cooperativo, ora insculpido no art. 6º, do CPC, que cristaliza que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva³. Isso, portanto, descortina a ideia adversarial, de opositor e desafiador, dando azo à concepção de um processo colaborativo, coparticipativo e justo para ambas as partes, que querem, em última instância, finalizar definitivamente com a lide posta. É dizer: com o encerramento do processo, poderia finalmente se alcançar a prestação jurisdicional efetiva e a paz social, consubstanciando-se na materialização do princípio da lealdade processual⁴.

¹ Sobre o tema, há o artigo do Professor Maurício Avila Prazak. PRAZAP, M. A. Neoconstitucionalismo no Brasil e a relação com a judicialização da política e o ativismo judicial. **Revista Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 199-220, set/dez. 2016. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero3/volume18_numero3_199.pdf. Acesso em: 02 mar 2024.

² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 02 mar. 2024.

³ *Ibid.*, 2015.

⁴ MAGALHÃES, Jorge. Princípios Gerais Direito no Processo Civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.2, n.5, p. 36, 1999. Acesso em: 03 mar. 2024.

De forma concorrente a isso, pode-se aliar aqui a ideia da teoria dos jogos no âmbito processual, na medida em que se prestigiará o melhor resultado, adotando-se a melhor estratégia que levaria à vitória do jogador. Neste caso, entendida a conquista como a satisfação do interesse do credor sem, contudo, gerar uma onerosidade excessiva para o devedor. Trata-se uma leitura sistemática que tangencia a análise econômica do direito, que inclusive serviu de base para a fundamentação do voto relator na ADI 5941, que será melhor vista posteriormente.

Entretanto, esse ideal de efetividade, cooperação e melhor estratégia é colocado em xeque quando se analisa o Relatório da Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que se evidencia que os números de (in)efetividade executiva são alarmantes. Neste relatório, por sua vez, são veiculados os níveis de produtividade e índices importantes no que tange o acesso à justiça, caracterizando-se como vetor indicativo de transparência e publicidade do Poder Judiciário.

Neste ponto, no último relatório expedido, do ano de 2023, noticiou-se que cerca de 42.5 milhões de processos pendentes de execução somente no ano de 2022⁵. Além disso, publicizou-se que havia cerca de 81 milhões de processos pendentes de baixa no referido ano, sendo mais da metade (52,3%) relativos à fase de execução⁶. Isso demonstra, assim, enorme “gargalo da execução”, termo esse inclusive usado na referida exposição, indicando, certamente, que os mecanismos executivos atuais podem ser ultrapassados e igualmente ineficazes.

Ontologicamente, pode-se questionar o porquê de o Conselho Nacional de Justiça, ter utilizado o termo “Gargalos Da Execução” no seu Relatório Anual da Justiça Em Números, sobretudo pela escolha das palavras e o alcance indiscriminado que o referido documento alcança. Sistemáticamente, assim, poder-se-ia tirar algumas conclusões quando se identifica o significado do termo “gargalo”. Segundo o dicionário, trata-se do “estreitamento de uma garrafa por onde passa o líquido do interior para o exterior”⁷. Significa dizer, metaforicamente, a existência de um empecilho, obstáculo, ou seja, aquilo que impede o correto funcionamento, desenvolvimento ou fluxo de algo.

No caso em apreço, verifica-se que tal gargalo, empecilho ou obstáculo, como se prefira adotar, pode ser interpretado até mesmo como o engessamento ou paralização judicante frente aos tradicionais e conservadores mecanismos executivos legais adotados. Sobre esses, é

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2023**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2024.

⁶ *Ibid*, 2023, p. 143

⁷ DÍCIO. “gargalo”. **Dicionário Online de Português**, [2024]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/gargalo/>. Acesso em: 02 mar. 2024.

válido adentrar no tópico de instrumentos executivos típicos, havendo de se fazer uma pequena ressalva teórica para posteriores apontamentos.

Em primeiro plano, sobre os instrumentos executivos típicos, pode-se destacar como meio de execução direta, a medida de sub-rogação. Trata-se, em primeira análise, de uma técnica sub-rogatória de execução forçada, como a adjudicação e alienação, situação em que o Estado se sub-roga nos direitos do credor, através do império estatal, retirando o patrimônio do executado. Trata-se de medida de expropriação, invasiva, e que não depende da vontade do credor.

Por outro lado, existem as medidas de coerção indireta, ou, como adotado na ADI 5941, as medidas de execução indireta⁸, objeto central dos questionamentos desta Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trata-se da possibilidade de incentivar o comportamento do devedor para o cumprimento da obrigação, por meio de medidas indutivas que podem interferir diretamente na suscetibilidade de o devedor cumprir ou não com a obrigação posta. É o caso da aplicação das multas coercitiva, ou, tecnicamente denominadas de astreintes (art. 537, CPC⁹).

Sobre a aplicação dessas multas, embora não seja o cerne do presente artigo, não se deve esquecer que todas as medidas típicas aplicadas devem estar em consonância com boa-fé objetiva, cooperação entre as partes e, ainda, com o instituto do “*duty to mitigate the loss*” (dever de mitigar as próprias perdas), evitando o enriquecimento sem causa do exequente que deixa, por exemplo, o processo parado para acumular multas em seu favor. Não se pode, portanto, proteger eventuais atitudes que atentam com a ideia de um processo justo, efetivo, e adequado, tampouco deixar-se banalizar eventuais restrições patrimoniais que gerem excessiva onerosidade ao devedor.

Passado esse ponto, qual seja, dos mecanismos judiciais típicos usados na execução e seus consectários, observa-se certa resistência para a aplicação de soluções que ultrapassem o postulado estritamente legal. Isso poderia ser justificado, ou explicado, pelo aparente conservadorismo judicial e notória timidez diante de instrumentos potencialmente fecundos, inventivos e férteis para a solução do caso concreto, como os são as medidas atípicas (como suspensão da CNH, proibição de realização de concurso público, dentre outros).

Neste aspecto, assevera-se que tal postura implica em uma redução de amplitude resolutória e de efetividade, já que o magistrado estaria adstrito aos mecanismos dispostos no

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5941**. Medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias. Atipicidade dos meios executivos [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 09 de fev. de 2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2024.

⁹ BRASIL, ref. 2.

Código de Processo Civil que, muitas vezes, poderiam não ser suficientes frentes às demandas do caso concreto. Nesse sentido, como mencionado no relatório do CNJ, “há casos em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito, permanecendo o processo pendente¹⁰”. Verifica-se, então, que os meios previstos legalmente, típicos, se mostram insuficientes para o deslanchar positivo do processo no tangente à satisfação da tutela executiva que soberba os níveis de processos pendentes e sem baixa no Judiciário.

À luz disso, é crível asseverar que a taxa de congestionamento da fase de execução é um indicador, seguro e factível, de que os mecanismos (ainda) adotados padecem de eficiência e sobrecarregam o Poder Judiciário. Além disso, tais instrumentos podem demonstrar que outras saídas, em que pese não legalmente previstas, podem se configurar como verdadeiro antídoto frente à ineficiência nos processos de execução.

2. MEDIDAS JUDICIAIS ATÍPICAS: EXCESSO DE CRIATIVIDADE OU SOLUÇÃO PARA EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO

Há de se ter em mente, preliminarmente, que os mecanismos de execução típicos, podem ser interpretados, socialmente e juridicamente, como mais “seguros”, uma vez que descritos e disciplinados em lei. Tem, portanto, seu regramento e previsão no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) que disciplina pormenorizadamente os trâmites de como a medida executiva eventual se destrincharia. Aqui, como dito, abarcaria tanto as medidas de execução direta, quanto as medidas de execução indireta, que seriam parâmetros preferenciais em caso de execução processual.

Por exemplo, sobre a penhora, medida de execução indireta popularmente conhecida, há expressa previsão no sentido de que, não ocorrendo o pagamento voluntário no prazo previsto em lei, expedir-se-á o mandado de penhora. É exatamente isso que é previsto no art. 523 §3º, CPC, localizado topograficamente no Capítulo III que trata do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. Não obstante, logo em seguida há as diretrizes necessárias para o prendimento do requerimento do exequente, devendo a petição, dentre outros, indicar os bens passíveis de penhora (art. 524, VII, CPC)¹¹.

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUIÇA (CNJ), ref. 3, p. 144.

¹¹ BRASIL, ref. 2.

Observa-se, assim, a densificação do ora comentado princípio da cooperação e colaboração entre as partes (art. 6º do CPC¹²), em cotejo com a efetividade executiva então perquirida.

Nota-se que, em que pese a consubstanciação entre a cooperação entre as partes seja identificada, verifica-se que neste modelo a discricionariedade judicial está nitidamente limitada, restrita. Isso porque, há o respeito e a deferência aos trâmites já elencados em lei, no CPC, descritos legal e peremptoriamente, sem grandes possibilidades para a criatividade do magistrado. Por conta disso, e aliado aos altos níveis de congestionamento no Poder Judiciário, como bem demonstrado no Relatório da Justiça em Números do CNJ, verifica-se a necessidade de inserção, interpretação e análise do artigo nº 139, inciso IV, do CPC, conhecido como cláusula geral de efetivação ou atipicidade de medidas executivas.

No referido dispositivo, então, diz-se que:

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.¹³

Tal dispositivo consagra a denominada Cláusula Geral de Efetivação ou, ainda, denominada de Cláusula Geral de Atipicidade dos Meios Executivos¹⁴. Nesse cenário, abre-se a possibilidade de o magistrado determinar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias, fora das previsões legais, para assegurar o cumprimento de obrigação eventualmente posta. Aqui, portanto, o caso concreto deve ser analisado para que se imponha a melhor decisão para as partes envolvidas, sempre perquirindo a necessária solução de mérito justa, efetiva e em tempo razoável (art. 4º CPC).

Nesse diapasão, o art. 139, inciso IV, do CPC deveria ser lido juntamente com o art. 536, §1º, CPC e art. 297, CPC¹⁵, de forma a caracterizar que se chama de “cláusulas gerais processuais executivas”¹⁶. Sobre isso, importa mencionar que para Didier, um dos pontos basilares para fixação de eventual medida executiva atípica seria justamente o uso da proporcionalidade e razoabilidade, somadas à eficiência e menor onerosidade da execução.

¹² BRASIL, ref. 2.

¹³ *Ibid*, 2015.

¹⁴ DIDIER, Jr., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** nº 67, jan/mar.2018. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1245317/Fredie_Didier+Jr_%26_Antonio_do_Passo_Cabral.pdf. Acesso em: 02 mar. 2024.

¹⁵ BRASIL, *op. cit*, 2015.

¹⁶ DIDIER Jr., F. **Curso de direito processual civil**. 9. Ed. Salvador: JusPodium, v.3, p. 106. 2019.

Portanto, aqui se verifica, desde logo, que as medidas executivas atípicas não são instrumentos que autorizam o arbítrio judicial despido de razoabilidade, uma vez que existem indicadores para a aplicação de eventual medida não descrita em lei.

Não por outro motivo, o Relator Min. Fux, quando do julgamento da ADI 5941, mencionou em seu voto que “discrecionalidade judicial não se confunde com arbitrariedade, de modo que quaisquer abusos poderão e deverão ser coibidos mediante utilização dos meios processuais próprios”¹⁷.

Não há, portanto, ao contrário do que faz crer o requerente da Ação Direta de Inconstitucionalidade em comento, a anuência de liberdade indiscriminada para o magistrado, ou uma “carta branca”¹⁸, termo usado por Lênio Streck em seu artigo “como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?”. Há, em verdade, diretrizes e parâmetros que serão sopesados no caso concreto para que se verifique, em maior ou menor grau, a melhor tutela específica para a satisfação da pretensão executiva. Isso, portanto, irá requerer uma análise dos direitos eventualmente colididos, que podem e devem sofrer eventual restrição, demonstrando sua relativização.

Nesse sentido, o Min. Fux, em seu voto como Relator na ADI 5941, asseverou que não poderia o CPC ser interpretado como uma carta-branca ao julgador, sustentando que:

Em síntese, um Código que consagra que o juiz deve atender “aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (art. 8), e que estabelece a regra de que “[q]uando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado” (art. 805), não pode ser interpretado como uma carta-branca ao julgador para que submeta o devedor a toda e qualquer medida executiva. Os requisitos trazidos pelo legislador para o válido exercício da função jurisdicional funcionam, também quanto à utilização de medidas atípicas, como seguras balizas para o atuar do magistrado¹⁹.

A par disso, e ainda forma embrionária, é necessário afirmar que as medidas atípicas aqui debatidas poderão ser usadas não para quem não pode arcar com a obrigação, por impossibilidade fática, mas sim para o devedor contumaz, ou seja, aquele que tem bens e quer deliberadamente se furtar à responsabilidade patrimonial. Neste ponto, conforme menciona Daniel de Assumpção de Amorim Neves: “medidas executivas atípicas são aplicadas no caso

¹⁷ BRASIL, ref. 8.

¹⁸ STRECK, L. Lênio. Senso Incomum: Interpretar o art. 139, IV como carta branca ao arbítrio? **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio/> Acesso em: 02 mar. 2024.

¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, 2023.

em que o devedor não paga porque não quer e que poderia ter blindado seu patrimônio, tornando ineficaz a forma típica de execução (penhora-expropriação)”²⁰.

Isso porque, seguindo a diretriz constitucional ora preconizada, em que os indicativos axiológicos devem ser levados em consideração, não se criar excessiva restrição pessoal e patrimonial àqueles que eventualmente não podem arcar com a obrigação. Não se pode, portanto, assentir com um sistema que desconsidere integralmente os direitos do executado que, como visto, devem sofrer a menor restrição possível frente ao princípio da menor onerosidade.

Passada essa limitação circunstancial, por assim dizer, coloca-se em xeque que não se trataria de mero arbítrio do juiz ou, de outra forma, de arbitrariedades despidas da correta fundamentação para tanto. Isso por que, ao ser aplicada eventual medida coercitiva, por exemplo, deverá sempre se prestigiar o arcabouço do processo civil constitucional, garantindo, então, a ponderação dos valores em xeque, como o respeito à dignidade humana, à razoabilidade e sobretudo à necessária fundamentação das decisões judiciais (art. 489, §1º CPC²¹ e art. 93, IV da CFRB²²).

Neste ponto, é possível salientar que o requerente Partido dos Trabalhadores – PT, na Inicial da ADI em debate, qual seja, a ADI Nº 5941, defendeu que o artigo 139, inciso IV, do CPC violaria as garantias da dignidade da pessoa humana e a liberdade de locomoção²³.

Para o referido partido político, as medidas de execução atípicas de “apreensão de passaportes, de carteiras de habilitação, a proibição de participação em concurso público e de participação em licitação pública²⁴” caracterizar-se-iam como medidas ilegais e arbitrárias. Além disso, alegou-se que o dispositivo em comento padeceria de inconstitucionalidade prévia, abstrata e indiscriminada em razão da insegurança jurídica subjacente a sua imposição.

Entretanto, esse argumento pode ser rebatido à luz dos limites conferidos aos magistrados quando da imposição da medida execução atípica que perpassa, assim, a questão limitação do poder e as diretrizes comentadas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI em debate.

²⁰ NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: JusPodium, 2022, v. único, p. 1082. Acesso em: 03 mar. 2024.

²¹ BRASIL, ref. 2.

²² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abril 2024

²³ BRASIL, ref. 8.

²⁴ *Ibid.*, 2023, p. 91.

3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS JUDICIAIS ATÍPICAS À LUZ DA ADI Nº 5941

Como dito, não se presta ao magistrado impor decisões sem a correta fundamentação e razoabilidade, esperado de todo e qualquer processo. Entretanto, aqui se está diante de um “*plus*”, uma vez que fora verificado que, não obstante o esgotamento dos meios tradicionais de execução, como os meios expropriatórios (penhora) e as tradicionais multas coercitivas (*astreintes*), não houve a esperada satisfação dos interesses do credor.

Logo, verifica-se que em todo espaço que há possibilidade de discricionariedade, há, necessariamente, um espaço de criatividade em que se pode, ou não, se exorbitar do poder. Neste sentido, aqui, insere-se a noção de necessidade, em um estado democrático de direito, do sistema de freios e contrapesos, e de limitação do poder eventualmente posto. Neste sentido, “a necessidade de contrapoderes não deve esquecer que é uma experiência permanente, que todo homem que tem poder é impulsionado a abusar do mesmo, chegando até onde encontra barreira”²⁵.

Com efeito, na compreensão de que o magistrado é instado a se manifestar em todos os processos decisórios que chegam ao Judiciário, não é difícil concluir que o mesmo detém poder. Esse, por sua vez, é um atributo conferido para que o juiz possa decidir, seja seguindo os trâmites legais, típicos por exemplo, seja para inovar ou criar, à luz da sua criatividade e afeição ao caso concreto, a melhor solução possível – incluindo até mesmo negócios processuais atípicos.

Portanto, na realidade, a experiência do poder existe de forma imanente, dadas as possibilidades de atuação do magistrado que, tendo que resolver a lide, possui certa margem de discricionariedade em como decidir e os instrumentos aptos para o caso. Esse espaço e prerrogativa, entretanto, padeceria de legitimidade caso usado de forma abusiva, desviada ou sem fundamentação adequada.

Talvez não por outro motivo, que para o requerente da ADI 5941, ora em debate, não poderiam as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias previstas no art. 139, IV serem relegadas exclusivamente ao subjetivismo judicial²⁶. Isso porque, se o fosse, caracteriza-se odioso retrocesso, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal foi instado a se

²⁵ BARACHO, José. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 19 n. 76 out./dez. 1982. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181410>. Acesso em: 21 abr. 2024.

²⁶ BRASIL, ref. 8.

manifestar e a analisar os interesses ora em debate e a decidir, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, se de fato os dispositivos mencionados na inicial padeceriam de vício de inconstitucionalidade.

A par disso, a questão jurídica posta seria, em síntese, a discussão sobre a possibilidade de se adotar medidas executivas pessoais e/ou patrimoniais, e os limites dessa adoção. Sobre isso, é importante mencionar que não somente para o requerente da ADI, Partido dos Trabalhadores, as medidas de apreensão de CNH, passaporte, bem como a suspensão do direito de dirigir e a proibição de participar de concursos públicos e de licitação seriam reputados inconstitucionais. Isso porque, essa também foi a posição exarada no Parecer da Procuradoria Geral da União quando instada a se manifestar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade ora proposta.

Para a Procuradora Geral da República à época da apreciação da medida cautelar na ADI 5941, Raquel Dodge, necessário seria a interpretação conforme à Constituição²⁷ dos arts. 139, inciso IV do CPC, 297, 380 parágrafo único, 403, parágrafo único, 536, caput, e §1º do art. 773 da Lei nº 13.105/2015²⁸. Artigos esses, por sua vez, que fazem referência ao poder geral de cautela conferido ao magistrado. Para a Procuradora Geral da República, as medidas atípicas deveriam ser subsidiárias e de caráter estritamente patrimonial²⁹. Asseverou, ainda, haver ameaça ao princípio democrático quando da possibilidade de fixação de medidas atípicas que importem em restrição às liberdades individuais, motivo pelo qual pugnou pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade³⁰.

A par do exposto, e interpretando sistematicamente os argumentos colididos, tanto do requerente (PT), quanto da PGR, é mister, neste espaço, afastar de plano as alegações de inconstitucionalidade dos artigos que cristalizam a atipicidade dos meios executivos. Isso porque se mostra equivocado e extremamente impreciso confundir o que se denomina de “discrecionalidade”, “arbitrariedade” e “criatividade” dos magistrados. Considerar que essas situações refletem o mesmo cenário, é, no mínimo, um atentado e esvaziamento às funções judicantes e ao efetivo acesso à justiça. O que se rechaça, portanto, é a arbitrariedade desmedida, é o abuso de poder e os excessos daí decorrentes.

²⁷ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer 449/2018-SFCPMST/PGR**. Brasília: Ministério Público Federal, 18 de dez. de 2018 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339307343&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. de 2024.

²⁸ BRASIL, ref. 2.

²⁹ BRASIL, *op. cit.*, 2018, p. 17

³⁰ *Ibid*, 2018.

Nesse contexto, importa mencionar que em todo espaço de discricionariedade há um ambiente de decisão que deve, necessariamente, ser precedida da correta e devida fundamentação, sob pena de se configurar uma odiosa e indesejada arbitrariedade. Sobre esse tema, Lênio Streck não guarda seu entusiasmo quando critica severamente a questão da discricionariedade judicial³¹, colocando em xeque até mesmo a sua existência, coerência e justificabilidade, sobretudo quando expõe o que se denomina de “discricionariedade transparente”³².

Entretanto, em que pese as críticas eventualmente colocadas sobre a validade ou justiça, nota-se que a discricionariedade judicial existe. É dizer: o magistrado, compenetrado em sua função judicante, tem o poder de dizer o direito, e a liberdade de escolher os instrumentos aptos para satisfazê-lo, efetivá-lo. Logo, tem a prerrogativa, em espaços decisórios, de acatar e admitir uma solução em detrimento da outra, cotejando os vetores à luz dos princípios processuais e constitucionais subjacentes: colaboração, cooperação, devido processo legal, contraditório, razoável duração, dentre outros. Não se pode, então, permitir que o magistrado profira decisões que se configurem como “decisões-surpresa”, e ao seu inteiro arbítrio e subjetividade.

É necessário, assim, prestigiar o processo constitucionalizado e a atividade satisfativa como um fluxo que deve ser adequado e escrito também para as partes, sem se permitir eventuais ilegalidades e arbitrariedades por parte do magistrado que fuja à regra das medidas típicas, por exemplo.

Partindo dessas premissas, o Supremo Tribunal Federal sustentou, em síntese, na análise da referida ADI, a viabilidade da discricionariedade judicial nos casos levados ao debate (suspensão da carteira de CNH, passaporte, proibição de contratação com poder público, etc), sobretudo quando analisadas em conformidade com a proporcionalidade e razoabilidade.

No voto do relator, Min. Luiz Fux, rechaçou-se a tese alegada pelo requerente, partido dos trabalhadores, sustentando que, acolher o pleito, significaria, em síntese, o esvaziamento dos institutos do CPC e a limitação da discricionariedade do magistrado em prol da “proteção absoluta da liberdade do devedor”. Para o relator, ainda:

Quaisquer discussões relativas à proporcionalidade das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias tomadas para assegurar o cumprimento de ordem judicial apenas podem ser travadas *in concreto*, por meio do sopesamento

³¹ STRECK, L. Lênio. E o que seria a discricionariedade transparente de Barroso? **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionariedade-transparente-barroso/>. Acesso em: 14 mar. 2024.

³² O presente artigo visa confrontar o debate da constitucionalidade das medidas executivas atípicas, motivo pelo fuge a este espaço maiores considerações sobre discricionariedade judicial, ativismo judicial e as considerações de Lênio Streck.

dos bens jurídicos efetivamente em conflito, a partir da motivação externalizada pelo órgão julgador.

Inviável, pois, pretender, apriorística e abstratamente, retirar determinadas medidas do leque de ferramentas disponíveis ao magistrado para fazer valer o provimento jurisdicional.³³

Em sede doutrinária, e em contraposição à posição exarada pela PGR, Daniel Assumpção de Amorim Neves sustenta que limitar à natureza patrimonial as medidas executivas atípicas na execução da obrigação de pagar quantia significaria um completo esvaziamento do art. 139, inciso IV, CPC³⁴. Posição essa que deve ser interpretada sistematicamente à luz da necessária aplicação das medidas atípicas em prol de se desfazer, paulatinamente, com os gargalos que obstaculizam a execução nos processos que tramitam na justiça brasileira.

Ainda neste viés, não se pode negar ao judiciário instrumentos que poderiam substancialmente fomentar a efetividade nas decisões. E, assim, corroborar com a tese esclarecida por Ada Pellegrini Grinover³⁵, de que “é inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução de litígios, não tenha o condão de fazer valer seus julgados. Nenhuma utilidade teriam as decisões, sem o cumprimento ou efetividade. Negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência”.

À luz de todo o esforço, o Supremo Tribunal Federal, (STF) finalmente, julgou a ADI nº 5491. Asseverou, portanto, que são constitucionais as medidas atípicas do art. 139, inciso IV, do CPC, desde que respeitados os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os valores especificados no próprio ordenamento processual, em especial os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

CONCLUSÃO

À luz de todo o exposto, o cerne deste trabalho foi, sem exaurir o tema, tratar da execução negociada, entendida como as medidas executivas atípicas e a necessária exploração desta temática no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Desta feita, em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial, essa hoje pacificada pela recente decisão do STF, há de se considerar constitucional o disposto no art. 139, inciso IV do CPC, que expressa a cláusula geral de efetivação ou atipicidade dos meios executivos.

³³ BRASIL, ref. 8, p. 21.

³⁴ NEVES, ref. 20.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: O Contempt of Court. **Revista de Processo**, vol. 102, p. 219. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/111750>. Acesso em: 03 mar. 2024.

Como visto, muito se discute sobre os limites e as ponderações no atuar do magistrado quando da imposição de determinada medida atípica e, portanto, não prevista em lei. Entretanto, não se pode esvaziar o poder judicante, e engessá-lo aos mecanismos legais que padecem de efetividade, sob pena de se configurar e maximizar os gargalos da execução na justiça brasileira.

Além disso, é de se destacar que os números cotejados pelo CNJ evidenciam a necessidade de se recriar um modelo processual executivo que restou ineficaz frente aos mecanismos tradicionais de tutela executiva, como a penhora. À vista disso, e em sentido oposto aos números veiculados no Relatório da Justiça em Números, que serve apenas como indicativo, poder-se-ia criar um cenário fático-jurídico em que as decisões fossem efetivas e devidamente cumpridas, com observância à seriedade processual e aos postulados constitucionais presentes.

Isso para que, quando tais decisões e numerários forem publicizados em portais de transparência, sejam representados, ao invés de gargalos à execução, por aberturas e ganchos facilitadores à execução, consubstanciando-se em uma verdadeira execução negociada.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 19 n. 76 out./dez. 1982.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 02 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abril 2024

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer 449/2018-SFCPMST/PGR**. Brasília: Ministério Público Federal, 18 de dez. de 2018. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339307343&ext=.pdf>. Acesso em: 04 fev. de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5941**. Medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias. Atipicidade dos meios executivos [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 09 de fevereiro de 2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2023**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2024.

DICIO. “gargalo”. **Dicionário Online de Português**, [2024]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/gargalo/>. Acesso em: 02 mar. 2024.

DIDIER, Jr., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos e Execução. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** nº 67, jan/mar.2018. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1245317/Fredie_Didier+Jr_%26_Antonio_do_Passo_Cabral.pdf. Acesso em: 02 mar. 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: O Contempt of Court. **Revista de Processo**, vol. 102. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/111750>. Acesso em: 03 mar. 2024.

MAGALHÃES, Jorge. Princípios Gerais Direito no Processo Civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.2, n.5, 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: JusPodium, 2022, v. único.

PRAZAP, M. A. Neoconstitucionalismo no Brasil e a relação com a judicialização da política e o ativismo judicial. **Revista Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, set/dez. 2016. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero3/volume18_numero3_199.pdf . Acesso em: 02 mar 2024.

STRECK, L. Lênio. E o que seria a discricionariedade transparente de Barroso? **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionariedade-transparente-barroso/>. Acesso em: 14 mar. 2024.

STRECK, L. Lênio. Senso Incomum: Interpretar o art. 139, IV como carta branca ao arbítrio? **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio/> Acesso em: 02 mar. 2024.