

# ATOS EXECUTÓRIOS ATÍPICOS: O FUTURO QUE JÁ PODERIA SER PRESENTE

Marcelo Motta Carneiro <sup>1</sup>

## RESUMO

O novo Código de Processo Civil representa, inegavelmente, um marco na evolução da legislação processual brasileira. Dentre as novidades, encontra-se a possibilidade de adoção de atos atípicos na tutela executiva, visando emprestar-lhe maior efetividade. Contudo, mesmo após quase cinco anos do início de sua vigência, essas regras do Código ainda encontram resistência para serem aplicadas. Neste artigo, o tema é abordado com o intuito de revelar os benefícios da utilização dos atos executórios atípicos e apontar a dificuldade do Poder Judiciário em prestigiar essa técnica processual que muito pode contribuir para a efetividade da tutela jurisdicional.

**Palavras-chave:** Código de Processo Civil; Atos Típicos; Conceitos Abertos.

## 1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil representa, inegavelmente, um marco na evolução da legislação processual brasileira. Não só pelas novidades que introduziu no sistema jurídico, o novo Código também consagra a jurisprudência brasileira consolidada principalmente nos tribunais superiores.

Quando se observa as recentes modificações das regras do processo de execução, verifica-se a nítida preocupação do legislador com a efetividade das técnicas executórias, que reflexamente acabam beneficiando a eficiência do sistema como um todo.

As reformas implementadas a partir dos anos 90, ainda na vigência do Código Buzaid<sup>1</sup>, demonstraram uma preocupação latente com a razoável duração do processo e também a efetividade da tutela jurisdicional. Mas a prática revelou que não era suficiente garantir o amplo acesso à tutela jurisdicional e possibilitar tutelas urgentes, quando o cumprimento das decisões

---

<sup>1</sup> Advogado e Professor de Direito Processual Civil da Universo-Campos.

judiciais esbarrava na necessidade de se praticar atos executórios incapazes de se adaptar à realidade para serem, de fato, efetivos.

Viu-se, pois, que de nada adiantava uma técnica processual capaz de imprimir celeridade ao processo, sem que isso se traduzisse em efetiva satisfação do direito subjetivo daquele que busca a tutela jurisdicional.

Contudo, olhando a tutela executiva de então, percebe-se que os avanços decorrentes das reformas do revogado Código, embora significativos, ainda deixaram espaço para uma evolução maior que, certamente, se verifica no atual Código de Processo Civil atual, instituído pela Lei nº 13.105/2015.

Mas a plenitude das novidades, alguns anos depois de vigência da nova lei, ainda não é palpável, pois o conservadorismo da cultura jurídica parece não acompanhar o verdadeiro alcance de certas mudanças, o que denota a vanguarda do novo Código, que ainda desafia alguns obstáculos práticos para sua plena aplicação.

## **2. NORMAS DE CONCEITO ABERTO**

O sistema processual brasileiro, antes muito arraigado ao excesso de rigor formal, sempre esteve atrelado a atos típicos que pouco permitiam ao aplicador do direito obter a máxima eficiência da norma jurídica por conter cláusulas fechadas.

Essas normas limitadoras do ponto de vista concreto revelaram o entrave que se tornaram para a obtenção da desejável efetividade da tutela jurisdicional, pois o legislador, naturalmente, não foi capaz de prever todas as vicissitudes da vida, tal qual sua capacidade de mudança repentina.

Daí porque o legislador tem adotado a técnica legislativa de estabelecer regras jurídicas com conceitos abertos, o que se observa, por exemplo, no Código Civil de 2002, a fim de que as regras jurídicas possam se amoldar à realidade atual, qualquer que seja o momento de sua aplicação.

Assim, o que antes era uma realidade, hoje pode não ser mais, razão porque o legislador dificilmente será capaz de promover mudanças legislativas na mesma velocidade com que as relações interpessoais mudam. As normas de conceito aberto conseguem reduzir esse atraso legislativo, pois o aplicador do direito pode, com base no mesmo dispositivo legal, aplicá-lo de modo diferente, conquanto que a interpretação da norma jurídica esteja em afinado compasso com os valores jurídicos, sociais, políticos e econômicos de um dado momento histórico.

O direito processual está passando pelo mesmo processo de mudança. Hoje o novo Código de Processo Civil é uma realidade, enquanto o direito processual em outras searas, como a criminal, por exemplo, já se apressa em mudar seus paradigmas, o que se percebe com as recentes reformas promovidas no Código de Processo Penal.

Diante desse panorama, normas jurídicas dotadas de cláusulas abertas passaram a ser empregadas na legislação processual a partir das reformas do início do século no revogado Código, valendo destacar a reformulação quase total da tutela das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisas, que desde então já permite a adoção de medidas atípicas visando a obtenção do cumprimento específico da obrigação, não mais obrigando o credor a se contentar com a resolução em perdas e danos.

### **3. DA TIPICIDADE À ATIPICIDADE DOS ATOS EXECUTÓRIOS**

O novo Código de Processo Civil trouxe inúmeras novidades, e uma das mais significativas foi a modificação principiológica acerca da taxatividade dos atos executórios.

Originalmente, a tutela executiva foi arquitetada com base em atos típicos, que o legislador desenvolveu para obter a satisfação do crédito executado. A penhora, genuína representante dos atos típicos, é um ótimo exemplo do caráter sub-rogatório do processo, ao mesmo tempo em que seu

minucioso detalhamento na lei revela a preponderância dos atos dessa natureza.

Nesse contexto, a adstrição do sistema legal aos atos típicos viabilizava que o devedor recalcitrante pudesse antever todos os passos que seriam adotados pelo credor e até mesmo pelo juiz, de modo que a ele se tornou possível criar embaraços à satisfação da obrigação por ele devida. A previsibilidade quase absoluta dos atos adotados na tutela executiva permitia essa indesejável conduta por parte do devedor, tornando a tutela jurisdicional ineficiente em muitos casos.

Por outro lado, o histórico de êxito da aplicação das medidas atípicas autorizadas no § 5º do art. 461 do CPC/1973 para a efetividade da tutela executiva das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisas, abriu ensejo para que o legislador, ao conceber o novo *Codex* processual, ousasse permitir atos atípicos também na tutela executiva destinada ao cumprimento de prestações pecuniárias.

Isso não quer dizer que os atos típicos encontraram o fim da linha. Na verdade, não se pode negar que os atos típicos ainda são bastante relevantes e, na verdade, as medidas atípicas devem ser adotadas excepcional e acessoriamente para viabilizar o sucesso dos atos típicos. Mas o fato é que os atos típicos se revelaram insuficientes ao longo do tempo, principalmente quando o devedor se esquivava do cumprimento de sua obrigação de pagar quantia certa.

Por isso, a inovação legislativa encontra assento em diversos artigos do novo Código, valendo ressaltar o disposto no inciso IV do art. 139 do CPC, segundo o qual, na condução do processo, o juiz poderá *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.*

Com isso, Cassio Scarpinella Bueno ressalta que o legislador deixou evidente que medidas não previstas na lei passaram a ser cabíveis, “consoante

se verifiquem insuficientes [os atos típicos] para a efetivação da tutela jurisdicional<sup>iii</sup>. Essas medidas, inclusive, podem ter cunho indutivo, coercitivo, mandamental ou sub-rogatório e, além disso, podem ser determinadas no âmbito da tutela das obrigações pecuniárias.

Outros dispositivos reforçam a conclusão de que o sistema processual civil passou a adotar uma técnica híbrida onde convivem harmonicamente os atos executórios típicos e a possibilidade de se empregar atos não previstos em lei visando a máxima satisfação da tutela executiva. Pode-se destacar o § 1º do art. 536 do CPC atual que praticamente repete os conceitos abertos do § 5º do art. 461 do CPC revogado, aplicável à tutela das obrigações de fazer ou não fazer. Também merece destaque o art. 773 do CPC atual, onde o juiz poderá empregar todas as medidas necessárias para obter o cumprimento da ordem de entregar documentos e dados, consagrando também que o conceito de “coisa” deve também compreender elementos fisicamente intangíveis, como dados eletrônicos. Nesse interim, o acesso aos dados poderá ocorrer por qualquer meio eficiente, inclusive mediante acesso remoto a computadores ou com a colaboração dos provedores de armazenamento de dados “on-line”.

O avanço é significativo, e naturalmente a mudança principiológica foi crucial para que o sistema processual pudesse rumar em direção à máxima efetividade da tutela jurisdicional.

#### **4. A NECESSÁRIA MUDANÇA CULTURAL NA APLICAÇÃO DOS ATOS ATÍPICOS**

A sociedade não cessa seu processo de constante mutação. A lei processual evoluiu visando ser capaz de acompanhar um pouco mais de perto as mudanças nas relações interpessoais. Cabe, agora, ao aplicador do direito compreender que a mudança de seu comportamento e de seus valores é crucial para que a legislação modernizada possa realmente realizar sua missão.

Discorrendo sobre esse importante tema, José Roberto dos Santos Bedaque foi certeiro, ao pontificar que “mais importante do que alterar a lei é mudar a mentalidade dos operadores desse ramo do Direito, que devem se conscientizar dos verdadeiros objetivos de sua ciência”<sup>iii</sup>.

E, quando se fala em aplicador do direito, o papel do Poder Judiciário nesse processo evolutivo é de protagonista, pois os conceitos abertos contidas na lei serão amoldados aos casos concretos pelos magistrados no exercício da função jurisdicional. A cultura jurídica, então, também precisa se modernizar, atualizando conceitos e valores.

Não se pode olvidar que a tutela executiva, embora concebida com a preponderância do interesse do credor, não deve chegar ao cúmulo de ofender a dignidade humana do devedor e tampouco tornar-se mais onerosa para ele sem que isso se traduza em efetividade. A razoabilidade e proporcionalidade das medidas atípicas são também diretrizes imprescindíveis para encontrar a melhor aplicação em cada caso concreto. Essa é a chave para a mudança cultural necessária, ou seja, garantir a dignidade do devedor, sem permitir que a recalcitrância e a esquiva indevida do devedor se escondam sob o manto da garantia fundamental.

Com sua aplicação balizada pela dignidade humana e pela menor onerosidade da execução, assim como analisando-se a razoabilidade e a proporcionalidade em cada caso concreto, as medidas atípicas podem e devem ser empregadas com mais afinco. Em muitos casos concretos, a adoção das medidas coercitivas e sub-rogatórias, que em geral clamam por ser determinadas, ainda é muito tímida, devido a uma histórica postura garantista do Poder Judiciário.

Não se defende aqui a ofensa a princípios relevantíssimos, mas tão somente que o limite da razoabilidade das medidas atípicas seja melhor compreendido, tendo em vista o clamor social pela efetividade da tutela jurisdicional que se sobrepõe aos interesses individuais do devedor. A noção da gravidade que as consequências da tutela jurisdicional podem lhe implicar, certamente podem ser determinantes a dissuadir o devedor a se esquivar do

cumprimento de suas obrigações. A sensação de ineficiência da tutela jurisdicional é, sem dúvida, uma das maiores incentivadoras da recalcitrância, do ato atentatório à dignidade da justiça e da má fé.

Eduardo Talamini esclarece que “é da essência do instrumento coercitivo certa ‘desproporção’ entre o bem atingido pela sanção e o bem tutelado. Para ser eficaz, a medida de coerção terá de impor ao réu um sacrifício, sob certo aspecto, maior do que o que ele sofreria com o cumprimento do dever que lhe cabe”. E arremata ele, dizendo que a medida coercitiva deve configurar “efetiva ameaça ao réu, apta a demovê-lo da intenção de transgredir”<sup>iv</sup>.

Some-se a isso a necessária compreensão de que o princípio da patrimonialidade, segundo o qual a execução recai sobre o patrimônio do devedor, não impede que medidas coercitivas atípicas recaiam também sobre certos direitos não fundamentais do devedor, ainda que não tenham direta relação com o objeto da obrigação. Os atos coercitivos e mandamentais atípicos podem, sim, ser aplicados sobre a pessoa do devedor, não só sobre seu patrimônio, sem ofender o princípio da patrimonialidade. Daí porque entendemos que, considerando as peculiaridades do caso concreto, medidas excepcionais são cabíveis quando frustradas as tentativas típicas de satisfação do crédito e existam evidências de que o devedor possua capacidade de pagamento, quando, por exemplo, mantém padrão de vida ostentado em redes sociais que seja incompatível com a incapacidade de pagar seus débitos. Em situações assim, entendemos que medidas não previstas em lei, como a apreensão de carteira nacional de habilitação ou de passaporte podem, sim, ser determinadas sem que isso importe ofensa à dignidade do devedor.

Apesar disso, a jurisprudência ainda é reticente quanto à aplicação de medidas atípicas como as acima exemplificadas, havendo diversas decisões que as indeferem sob o fundamento de que “redundam em cerceamento dos direitos e garantias constitucionais, conflitando tanto com o mencionado princípio da menor onerosidade da execução, quanto com o da boa-fé processual”<sup>v</sup>. A nosso ver, porém, certos direitos não fundamentais estão

sendo alçados a tal categoria de modo indevido, já que, por exemplo, milhares de pessoas vivem dignamente sem viajar ao exterior ou sem conduzir veículos automotores. A privação desses direitos não viola a dignidade do devedor e, por essa razão, não se tratam de garantias fundamentais, e, embora a limitação desses direitos não se relacione diretamente com a dívida, a restrição imposta ao devedor constitui efetivo meio coercitivo que o levaria a cumprir a obrigação ao invés de se esquivar. As peculiaridades do caso concreto revelarão quais medidas atípicas podem ser adotadas de modo útil e se elas serão capazes de alcançar sua finalidade sem ofender a dignidade humana.

## **5. CONCLUSÃO**

De tudo o que foi tratado neste trabalho, observa-se que a evolução da cultura jurídica rumo ao horizonte das tutelas jurisdicionais efetivas é primordial e ainda não se verifica de modo latente no exercício da atividade judicial diuturna.

Não é de hoje que a efetividade da tutela jurisdicional está no foco dos estudos da ciência processual, mas ainda é tímida a sua prevalência nas decisões judiciais.

Este artigo não pretende esgotar o tema, mas fomentar a discussão apresentando um olhar dissidente e comprometido com a evolução do sistema processual.

A sociedade e seus anseios evoluíram, a lei mudou para tentar acompanhá-los com menor defasagem. O que ainda falta mudar são os paradigmas e valores do aplicador do direito. É o futuro que clama por se tornar presente.

---

<sup>i</sup> O Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 5.869/73, vigente até Março de 2016, era apelidado pelo sobrenome de seu principal elaborador, Alfredo Buzaid, que era Ministro da Justiça à época.

<sup>v</sup> TJRS - AI: 70080862501 RS, Relatora Cláudia Maria Hardt, Data de Julgamento: 23/05/2019, 12ª Câmara Cível, publ. DJ 27/05/2019.

---

## REFERÊNCIAS

<sup>ii</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Vol. 1. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 585.

<sup>iii</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 70.

<sup>iv</sup> TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 271.