

## SEGURANÇA JURÍDICA E OS REQUISITOS ESSENCIAIS À CONCESSÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS FUNDADAS NO PODER GERAL DE COERÇÃO: NECESSIDADE E PERTINÊNCIA

### LEGAL SECURITY AND ESSENTIAL REQUIREMENTS FOR THE GRANTING OF ATYPICAL MEASURES BASED ON THE GENERAL POWER OF COERCION: NECESSITY AND RELEVANCE



**Olavo de Oliveira Neto<sup>1</sup>**

Na atualidade já se tornou desnecessária a consulta a um experiente jurisconsulto para saber se o sistema judiciário proporciona ou não segurança aos seus usuários. Tornou-se fato incontroverso, portanto isento da necessidade de comprovação por qualquer meio de prova, a ideia de que o Poder Judiciário não tem produzido decisões uniformes na exata medida que a sociedade a qual ele serve exige. Daí as imensas críticas que têm sofrido todos os seus integrantes, desde os ministros do Supremo Tribunal Federal até o mais novo juiz substituto do País. Afinal, além da necessária agilidade na prestação da tutela jurisdicional, exigência naturalmente decorrente do momento tecnológico que vivenciamos e dos valores sociais dele decorrentes, em especial a rapidez, uma das qualidades que mais se espera da decisão judicial é a de que ela não seja desajustada do seu momento histórico, do seu contexto social e do sistema jurídico. Só assim essa decisão estaria próxima a alcançar aquele tão discutido e sempre perseguido ideal que é a Justiça no caso concreto.

**Palavras-chave:** Segurança Jurídica; Medidas Atípicas; Coerção; Necessidade; Pertinência.

<sup>1</sup> Livre-docente, Doutor e Mestre pela PUC/SP. Pós-doutorado pela Università degli Studi di Milano. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUCSP, do COGEAE, da Escola Paulista da Magistratura e de inúmeros cursos de especialização. Professor Efetivo da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Ex-professor do programa de doutorado, mestrado, especialização e graduação da ITE-Bauru. Membro do IBDP e do CEAPRO. Vencedor do Prêmio "Professor Nota 10" de 1998. Ex-Procurador do Estado e ex-Promotor de Justiça, ambos no Estado de São Paulo. Magistrado aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Advogado e consultor jurídico. E-mail: olavodeoliveiraneto01@gmail.com.

Currently, it has become unnecessary to consult an experienced jurisconsult to find out whether or not the judiciary system provides security to its users. The idea that the Judiciary Power has not produced uniform decisions in the exact measure that the society it serves requires has become an uncontroversial fact, therefore exempt from the need for proof by any means of proof. Hence the immense criticism that all its members have suffered, from the ministers of the Federal Supreme Court to the country's newest substitute judge. After all, in addition to the necessary agility in the provision of judicial protection, a requirement naturally arising from the technological moment we are experiencing and the social values resulting from it, especially speed, one of the qualities that is most expected from the judicial decision is that it is not inappropriate. Its historical moment, its social context and the legal system. Only in this way would this decision be close to reaching that much-discussed and always pursued ideal that is Justice in the specific case.

**Keywords:** Legal Security; Atypical Measures; Coercion, Necessity; Relevance.

## INTRODUÇÃO

Passados mais de sete anos da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil ainda se verifica, no dia a dia forense, seja por parte dos julgadores seja por parte dos advogados, uma enorme insegurança quanto aos requisitos necessários à concessão das medidas coercitivas atípicas. O mesmo se vê na doutrina, que aponta para inúmeros caminhos, mas que ainda não foi capaz de apresentar um entendimento que possa ser ao menos chamado de preponderante.

Isso se dá, em nosso sentir, por conta da acirrada discussão entre aqueles que são totalmente a favor da aplicação das medidas coercitivas e aqueles que são totalmente contra a sua utilização, bem como em razão da urgência que decorre da necessidade de solucionar casos concretos, sem a necessária maturação do tema. O que se vê não é o estabelecimento dos requisitos necessários à concessão de uma medida executiva atípica fundada no poder geral de coerção, positivado pelo art. 139, IV, do CPC, mas sim a apresentação de uma série de situações nas quais tais medidas não podem ser concedidas, como se dá, por exemplo, com a falsa afirmação de que antes da concessão do provimento há necessidade de esgotar todas as vias executivas típicas.

A instabilidade deste contexto acaba por gerar, por óbvio, uma enorme insegurança para todos os que pretendem se valer de tais tipos de medidas executivas,

bem como para os julgadores que se deparam com a necessidade de aferir se é ou não o caso de concedê-las numa hipótese concreta, submetida ao seu julgamento.

Nada obstante, se ainda na vigência do CPC de 1973, sob o olhar de zombeteira soberba de alguns, tivemos a oportunidade de registrar posição que já sustentávamos há muito, no sentido de ser possível a aplicação de medidas coercitivas na tutela executiva, seja contra o particular (no ano de 2005)<sup>1</sup> seja contra o Poder Público (no ano de 2007)<sup>2</sup>, agora o sistema jurídico vigente não deixa margem para dúvidas quanto à possibilidade de aplicação de tais medidas, restando definir os parâmetros adequados para o seu emprego em cada caso concreto.

O foco deste trabalho, portanto, consiste em fixar requisitos objetivos para a concessão das medidas coercitivas atípicas, pois a omissão legal a tal respeito implica em deixar ao prudente critério do juiz a sua aplicação, o que aumenta sobremaneira as formas de tratar e de aplicar a coerção, gerando uma insegurança jurídica que não se quer e que, por se tratar de tutela executiva, realizada mediante o uso da força, não se pode admitir.

## 1 SEGURANÇA JURÍDICA<sup>3</sup>

Na atualidade já se tornou desnecessária a consulta a um experiente jurisconsulto para saber se o

<sup>1</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Novas perspectivas da execução civil – Cumprimento de sentença*. In SHIMURA, Sérgio, NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). *Execução no processo civil – Novidades & tendências*. São Paulo: Método, 2005. p. 196-197. "Talvez fosse conveniente, por isso, estabelecer algumas restrições de direitos para o caso do não cumprimento da sentença, assim como também poderia acontecer no caso da execução frustrada. Sendo a nossa execução eminentemente patrimonial, sem a possibilidade de execução pessoal, que foi abandonada a partir da segunda fase de execução romana, não é possível que a atividade executiva venha a atingir a pessoa do devedor. Entretanto, como acontece no caso das obrigações de fazer e não fazer (Art. 461) e das obrigações de dar coisa certa e incerta (Art. 461-A), seria possível conceber outras medidas de execução indireta com a finalidade de obter a satisfação da obrigação. Estabelecer algumas formas de restrição na esfera de direitos do devedor, como a suspensão de licença para conduzir veículos automotores, em nosso entender, tornariam bem mais eficaz a atividade executiva."

<sup>2</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Os meios executivos e a real efetividade das ações afirmativas*. In ASSIS, Araken de et al (Coord.). *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007. p. 741. "08. As técnicas da execução lato sensu e mandamental, que se aplicam mediante a utilização de medidas de apoio, podem sofrer redução de eficácia por inúmeras razões, como o emprego de exagerada burocracia em casos onde a urgência

*exige o pronto atendimento de necessidade da pessoa portadora de deficiência física ou mental; a falta de uma logística adequada, por parte do Estado, para implementar imediatamente a ordem judicial; a má vontade dos agentes públicos, que veem alguns benefícios como um privilégio e não como a implementação de uma política de inclusão social; e, principalmente, o fato de que não é o agente público que sofrerá diretamente as consequências práticas da medida, mas sim o Estado, que para exercitar regresso contra seu agente possui a via não eficaz do ressarcimento. 09. No desiderato de dotar tais medidas da força necessária à obtenção da verdadeira efetividade da ordem emanada da ação afirmativa individual, torna-se necessário aplicar medidas diversas daqueles normalmente utilizadas, como a multa contra o agente público, a intervenção judicial na pessoa jurídica de direito público ou a suspensão temporária de direitos, como a suspensão da carteira de habilitação, da possibilidade de retirar passaporte, da possibilidade de se inscrever e de prestar concurso público, de participar de loterias oficiais, além de outras medidas que possam atingir diretamente o agente, caso a ordem judicial não seja implementada."*

<sup>3</sup> Conteúdo e texto parcialmente coincidentes com o constante em OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O respeito à forma, como coadjuvante da doutrina dos precedentes, na obtenção de segurança jurídica*. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 625-646.

sistema judiciário proporciona ou não segurança aos seus usuários. Tornou-se fato incontroverso, portanto isento da necessidade de comprovação por qualquer meio de prova, a ideia de que o Poder Judiciário não tem produzido decisões uniformes na exata medida que a sociedade a qual ele serve exige. Daí as imensas críticas que têm sofrido todos os seus integrantes, desde os ministros do Supremo Tribunal Federal até o mais novo juiz substituto do País. Afinal, além da necessária agilidade na prestação da tutela jurisdicional, exigência naturalmente decorrente do momento tecnológico que vivenciamos e dos valores sociais dele decorrentes, em especial a rapidez, uma das qualidades que mais se espera da decisão judicial é a de que ela não seja desajustada do seu momento histórico, do seu contexto social e do sistema jurídico. Só assim essa decisão estaria próxima a alcançar aquele tão discutido e sempre perseguido ideal que é a Justiça no caso concreto.

Essa insatisfação com a magistratura e com as suas decisões não é situação inédita, na medida em que vários foram os momentos históricos nos quais se pôde observar tal descontentamento. Nos anos que precederam a Revolução Francesa (1789 d.C.), por exemplo, como lembra Luiz Guilherme Marinoni<sup>4</sup>, o cargo de magistrado era comprado ou herdado, sendo utilizado por seus detentores de forma a manter a situação de poder então existente, em benefício próprio e das classes dominantes. Para por termo a essa situação a atuação da magistratura foi limitada - pelos ideais da revolução - unicamente à declaração daquilo que a lei previa como solução para o caso concreto, representada pela conhecida ideia de que o magistrado

nada mais é do que a boca que pronuncia as palavras da lei (juge bouche de la loi). Com a adoção desse mecanismo estava eliminada toda a possibilidade de criação por parte do magistrado e alcançada a tão desejada segurança jurídica<sup>5</sup>.

A ideia da submissão absoluta do magistrado à lei, tendo a decisão judicial natureza meramente declaratória do direito, em oposição à existência de uma função criadora do direito, foi bastante difundida pelos povos e por muito tempo foi tida como suficiente para tranquilizar os usuários dos serviços judiciários<sup>6</sup>. Afinal, como obtempera Luiz Guilherme Marinoni, pensava-se à época que "... manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica."<sup>7</sup>

Nada obstante, os tempos mudam e os valores sociais também, o que implica na necessidade de mudança também em todas as estruturas existentes na sociedade. Aquela forma de Estado conhecida por Estado liberal ou reativo, parâmetro aceito como política e socialmente correto na época da Revolução Francesa, isso para fazer frente aos ideais pregados pela revolução socialista, acabou por ceder lugar a um Estado Social ou ativo, no qual se procura dar concretude a um programa social que efetive os direitos dos súditos do Estado, dando-lhe

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. p. 52-53. Nas palavras do autor: "Antes da Revolução Francesa, os membros do judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade - mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais. Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o status quo e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para "julgar".

<sup>5</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2008. p. 24. "... com a Revolução Francesa, o centro de legitimação do poder transferiu-se para a vontade do povo. [...] como pressuposto teórico a necessidade de submissão dos juízes à lei."

<sup>6</sup> COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 58-59. Segundo boa parte da doutrina, como lembra o autor ao discorrer sobre a polêmica existente sobre o tema, "O juiz é um homem que se move dentro do direito como o prisioneiro dentro do seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade; o direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio homem. [...] O juiz é uma partícula de substância humana que vive e se move dentro do processo. E se essa partícula de substância humana tem dignidade e hierarquia espiritual, o direito tem dignidade e hierarquia espiritual. Mas se o juiz, como homem, cede as suas debilidades, o direito cederá em sua última e definitiva revelação. [...] Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e um momento histórico determinado, o que valham os juízes como homens. O dia que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranquilo."

<sup>7</sup> MARINONI, p. 62.

uma condição de vida mais digna e Justa<sup>8</sup>.

Dentre nós, embora as cartas constitucionais anteriores tratassem de alguns princípios e apresentassem algumas disposições de ordem processual, em especial quanto à composição de Tribunais e ações constitucionais, foi a atual Constituição, chamada de Constituição Cidadã, que optando pelo modelo do Estado Ativo positivou em larga escala os direitos humanos, tornando-os direitos fundamentais inerentes a efetiva implementação do Estado Democrático de Direitos. Além disso, para garantir a efetividade desses direitos fundamentais, acabou por ser necessário trazer também para o bojo da Constituição normas capazes de garanti-los, na sua maioria normas de caráter processual, o que tomou a denominação de constitucionalização do processo civil. Com isso criou-se um sistema de princípios e regras que, por sua vez, deu ensejo ao fenômeno conhecido por Modelo Constitucional do Processo.

Em outros termos, a carta Magna institui os parâmetros que vão moldar o processo, assim como a estrutura do alicerce determina o espaço físico da construção. A relação que se estabelece entre esse novo modelo, baseado na Constituição, com todo o restante do sistema processual, pode ser ilustrada com o exemplo utilizado por Adriano De Cupis, que ao relacionar os direitos da personalidade com as demais espécies de direitos que lhe são afins, afirma:

"A personalidade se não identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui a pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto." [...] "No que diz respeito particularmente aos direitos, tem-se socorrido à imagem da ossatura, que aliás se pode aplicar igualmente as obrigações: a personalidade seria uma ossatura destinada a ser revestida de

direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir a ossatura."<sup>9</sup>

Percebe-se, portanto, que o paradigma do magistrado exercendo mera função de *bouche de la loi* não é mais adequado a nossa atual realidade<sup>10</sup>, já que a função de implementar os ideais do Estado Democrático de Direitos obriga o julgador a interpretar e aplicar um sistema de regras que não são em nada rígidas, mas pródigas em conceitos imprecisos e abertos, denominados de conceitos vagos ou conceitos fluídos<sup>11</sup>. Força-se um novo perfil para o julgador, no qual deverá lançar mão de critérios axiológicos, preenchendo o conteúdo da norma antes de aplicá-la. É o que acontece, por exemplo, quando o magistrado se depara com a necessidade de aferir qual é o significado de 'função social da propriedade' ou a 'função social da posse', no momento em que profere a sua decisão.

Também a legislação infraconstitucional renovada, como o Código Civil e o Código de Processo Civil, seguiu esta tendência de apresentar cada vez mais conceitos fluídos e que precisam ser definidos no momento da decisão judicial, sempre diante do caso concreto. É o que acontece, por exemplo, com os embargos manifestamente protelatórios, previstos no art. 918, III, do CPC; e, com o abuso da personalidade jurídica em razão de desvio de finalidade, previsto no art. 50, do Código Civil.

Essa profusão de momentos em que o magistrado é forçado a realizar um juízo axiológico, preenchendo o conteúdo dos conceitos vagos diante do caso concreto, embora tenha a virtude de aproximar a decisão do conceito de "justiça no caso concreto", potencializando a efetividade do processo; tem o defeito de propiciar uma gama infundável de

<sup>8</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. *A administração da Justiça no Estado Social*. In *Constituição e democracia. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. Coord. BONAVIDES, Paulo, LIMA, Francisco Gérson Marques de, BEDÊ, Faygá Silveira. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 364. "... a opção do Constituinte originário por um Estado social impõe ao Judiciário um dever de – assim como os demais poderes públicos – efetivar e fomentar as metas sociais erigidas na Constituição." p. 375. Enquanto no Estado Liberal (reativo) "aplicar sempre a lei é elevado à condição quase que de dogma. A própria Constituição é tomada como uma lei, cujo diferencial estaria em organizar ela o próprio Estado e estabelecer os limites individuais que este não poderia ultrapassar. O método, portanto, de aplicar e interpretar não difere daqueles válidos para qualquer lei."; no Estado social (ativo) "A administração da justiça é apenas mais uma oportunidade de se efetivar os programas estatais. Consequentemente, a exigência de uma ação de uma parte requerendo ao Estado uma solução para seu conflito é algo incongruente com o Estado ativo. Há uma inversão no modo

de entender as coisas: o juiz deve atuar a lei entre as partes, mas principalmente realizar um escopo político segundo as circunstâncias do caso."

<sup>9</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961. p. 15.

<sup>10</sup> MARINONI, p. 87-88. Na concepção do autor: "De qualquer forma, o que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei."

<sup>11</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual*. 3ª e.. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113. "O que é necessário destacar é que se o paradigma de produção do ordenamento jurídico na atualizada é diverso daquele sob o qual todo o sistema processual civil, no sentido de sistema em que foi construído todo o arcabouço científico do direito processual civil, foi concebido e se desenvolveu, novas formas de apreciação desta legalidade devem ser concebidas."

possibilidades de decisões, isso porque os valores de cada indivíduo são diversos, sendo diversas por isso as soluções que podem ser aplicadas a cada hipótese, gerando insegurança para as partes e desprestígio para a atividade jurisdicional<sup>12</sup>.

Se a solução buscada já não se funda apenas na "precisa letra da lei", então quem vai a juízo corre o risco de ter uma interpretação judicial diversa daquela que deu ao problema e, por isso, de ter uma solução que não seja aquela que previu antes de propor determinada demanda. Afinal, como bem asseverou Teresa Arruda Alvim em palestra sobre a "Segurança jurídica no projeto do novo Código de Processo Civil": "...a lei admite várias interpretações, inclusive para o juiz, ..." <sup>13</sup>; o torna ainda mais precária a possibilidade do autor prever qual será a solução dada a controvérsia que levou à juízo<sup>14</sup>.

Conclui-se, portanto, que a adoção cada vez maior de conceitos fluídos na construção das regras jurídicas, impondo-se ao magistrado seu preenchimento mediante a utilização de critérios axiológicos, embora represente uma evolução da atividade jurisdicional em prol da efetividade no caso concreto; gerou o efeito colateral de dificultar a previsibilidade da decisão judicial e, por conseguinte, gerou insegurança jurídica, sendo necessária a implementação de tratamento adequado para que o sistema possa novamente gerar segurança àquele que dele se utiliza.

Uma primeira forma de fazê-lo, adotada pelo nosso atual ordenamento, foi estabelecer um sistema de precedentes vinculantes, que permitem uma redução nas possibilidades de interpretação do conteúdo de uma determinada regra jurídica. Com isso todos os julgadores – inclusive o próprio Tribunal que definiu o precedente – ficam obrigados a preencher o conceito fluído com uma tese previamente definida e que, em tese, por força do disposto no art. 926, do CPC, deve se manter íntegra e estável.

Um segundo fator que pode auxiliar na obtenção de segurança jurídica, como já tivemos a oportunidade de afirmar<sup>15</sup>, consiste na obediência a forma prevista em lei, na atualidade profundamente desrespeitada pelos operadores do direito. Assim como o formalismo exagerado é prejudicial ao feito, também o desrespeito à forma causa enormes malefícios ao processo. Assegurar que o procedimento previsto pela lei será obedecido representa uma garantia ao jurisdicionado, que conhece as "regras do jogo" antes iniciar ou participar do litígio.

Por fim, o terceiro fator que pode contribuir para a obtenção de segurança jurídica é a objetivação do perfil dos institutos do processo por parte da doutrina, deixando de lado o subjetivismo e propondo critérios claros e seguros quanto a sua estrutura básica, em especial no tocante aos seus requisitos, as suas características e aos seus limites de aplicação.

Sob o enfoque deste terceiro fator é que passaremos a estudar os requisitos necessários a concessão das medidas executivas atípicas fundadas no poder geral de coerção.

## 2 O PODER GERAL DE COERÇÃO

A análise do ordenamento processual instituído pela redação original do CPC de 1973 permite concluir, com toda segurança, que para a prestação da tutela cautelar era adotado um sistema misto<sup>16</sup>, ou seja, um sistema que apresentava alguns procedimentos cautelares específicos ou nominados, mas que também apresentava uma regra geral conferindo ao magistrado poder para conceder outras medidas, diversas daquelas expressamente previstas pela lei. Tratava-se do então denominado poder geral de cautela, previsto no art. 798, do

<sup>12</sup> ARMELIN, Donaldo. Uma visão da crise atual do Poder Judiciário. REPRO 137, 2006. p. 249. "A imprevisibilidade das decisões judiciais, que deveria manter-se num mínimo razoável, concernentemente a um fator aleatório, provoca, de um lado, a insegurança dos litigantes e, de outro, o que é mais grave, o esgarçamento do prestígio do Judiciário, perante os usuários dos serviços jurisdicionais."

<sup>13</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa. Segurança jurídica no projeto do novo Código de Processo Civil. In Aulas Magnas – Atualização permanente. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura – EPM. 09.03.2012.

<sup>14</sup> MARINONI, p. 64. Também nesse sentido a posição do autor ao alertar que "... não há como ignorar, tanto no common law

quanto no civil law, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por conseqüência, variadas decisões judiciais."

<sup>15</sup> OLIVEIRA NETO, O respeito à forma.

<sup>16</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: RT, 1998. p. 29. "Pode-se dizer, com relação a um conjunto qualquer de providências jurisdicionais, que ele consiste em um sistema: a) típico, quando as providências que o compõem são tipificadas em lei; b) atípico, quando as providências que o integram são determinadas pelo juiz; c) misto, quando é constituído por providências típicas (predeterminadas na lei) e atípicas (determinadas juiz, caso a caso)."

CPC de 1973<sup>17</sup>, que atribuía ao julgador o poder de conceder medidas cautelares inominadas se constatada a existência de risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), desde que plausíveis as alegações de fato e de direito (*fumus boni iuris*) que davam suporte ao pedido de concessão de tutela cautelar.

Para a prestação da tutela executiva, entretanto, tal diploma adotou um mecanismo mais rigoroso, característico de um sistema típico, através da imposição do 'Princípio da Tipicidade dos meios executivos', segundo o qual cabia ao magistrado aplicar unicamente os meios expressamente previstos pela lei para a efetivação do direito contido no título executivo, fosse ele judicial ou extrajudicial<sup>18</sup>. A adoção do princípio vedava ao juiz a prática de atos executivos de forma diversa daquilo que expressamente previa a legislação, não tendo "... nenhuma liberdade para alterar o padrão de atos processuais e, mais amplamente, de técnicas que lhe são reconhecidas como as únicas legítimas na lei por obra do legislador"<sup>19</sup>, isso sob pena de nulidade do ato executivo praticado.

Com entrada em vigor da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, que deu nova redação ao art. 461, do CPC de 1973, em especial ao seu §5º<sup>20</sup>, esse sistema executivo típico acabou por se transformar - ao menos no tocante as obrigações de fazer e de não fazer - num sistema executivo misto, com a atribuição ao juiz do poder de praticar atos executivos diversos dos expressamente indicados pela lei, desde que isso fosse necessário à efetivação da tutela específica no caso concreto<sup>21</sup>.

A evolução de um sistema executivo típico para um sistema executivo misto, com uma considerável ampliação da possibilidade de aplicação de medidas coercitivas, entretanto, não deu ensejo à completude do sistema<sup>22</sup>, especialmente porque a lei foi expressa quanto à aplicação de tais medidas apenas para as hipóteses que não importavam numa execução por quantia, certamente a espécie de maior ocorrência no dia a dia forense.

Ciente desta deficiência o CPC de 2015 adotou, quanto à aplicação da tutela coercitiva - uma das espécies do gênero tutela executiva - idêntico mecanismo do qual se valia o código revogado para a aplicação da tutela cautelar, ou seja, prevê inúmeras

<sup>17</sup> Lei nº 5.869, de 11.01.1973 (Código de Processo Civil de 1973). Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br), capturado em 15.04.2019. "Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação."

<sup>18</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie, et all. Curso de direito processual civil. 7ª ed. Salvador: JusPodium, 2017. V. 5, p. 99-100. "Durante muito tempo vingou a ideia de que o órgão julgador somente poderia proceder à execução valendo-se de meios executivos tipicamente previstos na legislação. Essa era uma forma de controlar a sua atividade, evitando-se que agisse arbitrariamente e garantindo-se a liberdade ou a segurança psicológica do cidadão - ideias intimamente ligadas aos valores liberais."; MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004. p. 42-43. "Diante da sentença condenatória, não é difícil perceber como o direito liberal limitou os poderes do judiciário. Primeiro definiu os meios de execução que poderiam a ela se ligar e, depois, deixou evidenciado que nenhum outro meio executivo poderia ser utilizado quando da execução da condenação. [...] Se a sentença condenatória é ligada aos meios executivos tipificados na lei, elimina-se a possibilidade de o juiz trabalhar com qualquer outro meio de execução, controlando-se, dessa forma, a sua possibilidade de arbítrio."

<sup>19</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Curso de direito processual civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 3ª v., p. 59.

<sup>20</sup> Lei nº 8.952, de 13.12.1994. "Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] §5º. Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas

necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial."

<sup>21</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. Poder Geral de Coerção. São Paulo: RT, 2019. p. 133. "A partir da inserção do art. 461, no CPC de 1973, entretanto, o sistema típico antes existente se transmutou e assumiu a feição de um sistema misto, já que o "§5º" do preceito permitia ao juiz que, para a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, de ofício ou mediante requerimento, determinasse as medidas que fossem necessárias e que podiam variar segundo a exigência do caso concreto. Tal mecânica estendeu-se posteriormente para as obrigações de dar coisa certa ou coisa incerta (art. 461-A, §3º, do CPC de 1973), mas manteve-se a regra da tipicidade para as outras formas de procedimentos executivos.". MARINONI, Luiz Guilherme. Classificação das sentenças que dependem de execução. In CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Temas atuais da execução civil - Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 405. "O art. 461 conferiu ao juiz, por meio de uma norma de caráter aberto, poder para utilizar a modalidade executiva adequada ao caso concreto, eliminando a necessidade da sua expressa previsão legal e assim quebrando o princípio da tipicidade. O mesmo espírito foi adotado pelo sistema do art. 461-A, [...] Mas, ao lado dessas formas de exercício do Poder Executivo, conservou-se, para a obrigação de pagar quantia, a técnica da execução por expropriação, mantendo-se, com ela, o juiz preso aos meios de execução previstos na lei."

<sup>22</sup> OLIVEIRA NETO, Poder..., p. 316. "... qualquer sistema de realização da tutela executiva que pretenda atender à exigência do Acesso à Justiça, traço comum do modelo constitucional processual da maioria dos países, deve tender à completude, ou seja, deve prever ou ao menos permitir de modo generalizado o emprego de meios aptos a efetivar a satisfação de prestações que não foram espontaneamente adimplidas, no menor espaço de tempo e com a prática de um mínimo necessário de atividade processual."

medidas coercitivas que devem ser reconhecidas como medidas "típicas ou nominadas" (v.g. art. 517; art. 523, §1º; art. 528, §§ 1º e 3º; art. 536, §1º; art. 537; art. 782, §3º), mas também prevê uma regra geral (art. 139, IV) que permite ao magistrado determinar a aplicação de medidas coercitivas "atípicas ou inominadas", não expressamente previstas pela lei, mas essenciais para a obtenção da satisfação da prestação não adimplida.

Em suma, como já tivemos a oportunidade de sustentar, o art. 139, IV, do CPC, apresenta a regra matriz do 'Poder Geral de Coerção', que pode ser definido como "o poder que a lei confere ao juiz para determinar, conforme as exigências do caso concreto e visando a efetividade da tutela executiva, medidas coercitivas diversas das que são expressamente previstas na legislação processual."<sup>23</sup>

Não obstante a certeza quanto à atribuição deste poder ao juiz, cujo gênero recebeu da comunidade jurídica a denominação de 'poder geral de efetivação'<sup>24</sup>, repita-se, nosso código não apresentou os requisitos objetivos e que devem estar presentes para a concessão de uma medida coercitiva atípica. Daí a necessidade de defini-los com o escopo de conferir maior segurança jurídica àqueles que pretendem se valer dessas medidas, bem como para que o julgador também tenha uma segurança maior quando se vê diante da necessidade de concedê-las em face de um caso concreto.

### 3 DESCONSTRUÇÃO DAS PROPOSTAS MAIS APRESENTADAS PELA CASUÍSTICA

Conforme ressaltamos no primeiro parágrafo deste artigo, ainda não há consenso quanto aos requisitos necessários à concessão das medidas coercitivas atípicas, o que dá ensejo a enorme insegurança quando o advogado se defronta com a

necessidade de pedi-la ou quando o juiz se defronta com a necessidade de decidir pela sua aplicação.

Para parte dos operadores do direito a solução está na aplicação do princípio da proporcionalidade, cujos elementos permitem aquilatar em quais circunstâncias as medidas atípicas devem ser concedidas e em quais devem ser negadas. Daí a necessidade de verificar, sequencialmente, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito<sup>25</sup>, que estando presentes autorizam o juiz a prestar a tutela coercitiva pleiteada.

Em nosso entendimento, entretanto, a aplicação da doutrina alemã não se presta para gerar a segurança almejada. Isso porque, dentre outras discórdias, não há consenso nem mesmo sobre a proporcionalidade ser um princípio ou uma regra, o que faz permanecer incólumes às dúvidas sobre os requisitos para a concessão das medidas atípicas.

Na feliz argumentação de Nélío Zattar de Mello Carneiro Salles:

"Tão genérica quanto à aplicação do princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade, tão amplamente utilizado pelos Tribunais pátrios, também é genericamente, superficialmente e constantemente encontrado nas mais diversas decisões prolatadas sem que haja um consenso sobre seu conceito, extensão e forma de aplicação. Portanto, os mesmos problemas de dificuldade de conceito e de controle na aplicação do princípio da razoabilidade também são encontrados no princípio da proporcionalidade, sendo certo que, por diversas vezes, tais princípios são invocados como se idênticos fossem confundindo ainda mais os intérpretes e aplicadores do Direito."<sup>26</sup>

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, sob um enfoque bastante pragmático, tem tentado estabelecer quais são os requisitos necessários para a aplicação das medidas atípicas, enfatizando que

<sup>23</sup> OLIVEIRA NETO, Poder..., p. 316.

<sup>24</sup> Disponível em [www.enfam.jus.br](http://www.enfam.jus.br). Capturado em 29.04.2018. Enunciado nº 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."

<sup>25</sup> SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. REPRO 798/23. "A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio fim. Na forma desenvolvida pela

jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade."

<sup>26</sup> SALLES, Nélío Zattar de Mello Carneiro. Análise Crítica Propositiva para Fixação, Limitação e Revisão da Multa Periódica. São Paulo: Setor de Pós-graduação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2020. p. 40. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais – Direito Processual Civil). Orientador: Professor Livre Docente Olavo de Oliveira Neto. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2020.

"... é possível ao juiz adotar meios executivos atípicos desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir a obrigação a ele imposta, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade."<sup>27</sup>

Desta suma e das demais argumentações constantes do V. Acórdão é possível extrair que são requisitos para a concessão das medidas coercitivas atípicas: a) existência de indícios que sugiram que o executado possui bens suficientes para satisfazer a prestação não adimplida; b) necessidade de esgotamento prévio dos meios típicos de satisfação da prestação; c) observância do contraditório substancial, com a prévia intimação do executado para pagar ou apresentar bens suficientes para suportar a atividade executiva; d) aplicação do postulado da proporcionalidade; e, e) fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta.

Todavia, com a devida vênia, entendemos que também aqui os critérios propostos não são aptos a conferir segurança ao sistema executivo.

De proêmio, a experiência da judicatura, em especial na primeira instância, demonstra que impor ao exequente a apresentação de indícios de que o executado esconde bens apenas contribui para adiar a satisfação da prestação, dando tempo ao "devedor malicioso" para que desapareça de vez com bens que poderiam quitar o valor devido.

Já a necessidade de esgotar os meios executivos típicos antes de utilizar os meios atípicos

vai contra o disposto no art. 4º, do CPC, e o Princípio da Eficiência da Administração, na medida em que não se justifica aplicar o meio típico apenas porque é típico, quando há outra via processual mais apta à obtenção de efetividade em um prazo mais reduzido<sup>28</sup>.

Por sua vez, embora o contraditório deva sempre ser respeitado, exigir que ele seja prévio não é adequado. Isso porque, quando se trata de ato processual executivo, normalmente o contraditório é ulterior<sup>29</sup>; e, porque o contraditório posterior é uma possibilidade que a lei expressamente confere ao exequente, ao permitir que ele requeira medidas urgentes, mesmo inaudita altera parte, contra o executado (art. 799, VIII, do CPC), ainda na sua petição inicial.

Por fim, repita-se também aqui o que já se disse acerca das dúvidas e polêmicas que cercam a aplicação do princípio da proporcionalidade, não adequado à obtenção da segurança almejada.

Assim sendo, resta ponderar sobre critérios mais objetivos para a obtenção de segurança quanto à concessão das medidas executivas atípicas, propondo requisitos específicos para a sua concessão, assim como acontecia com o '*fumus boni iuris*' e do '*periculum in mora*' necessários à concessão das medidas cautelares inominadas na vigência do CPC de 1973<sup>30</sup>, que em nosso sentir se concretizam nos requisitos 'necessidade' e 'pertinência', cujo perfil será a seguir delineado.

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.788.950/MT. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 23.04.2019.

<sup>28</sup> OLIVEIRA NETO, O Poder Geral... . p. 241-242. "...a tutela coercitiva deve ser aplicada pelo magistrado de forma autônoma e independente das demais espécies de tutela, não sendo necessário aguardar a frustração da atividade executiva em outras modalidades, como a tutela executiva stricto sensu ou a tutela ordenatória, para que somente então sejam possíveis as aplicações de medidas coercitivas. Sob o enfoque da efetividade, numa interpretação conforme a Constituição, seria absurdo ter que esgotar um meio executivo como um requisito prévio que deve ser atendido para viabilizar a aplicação das medidas coercitivas. Se o que se pretende é a satisfação de uma prestação não adimplida e se a via processual respeita os limites impostos pelo sistema, qual seria a justificativa para não aplicá-las desde logo, reduzindo a demora fisiológica do processo com a prática de uma quantidade menor de atos processuais necessários para o encerramento da atividade executiva? Além de atender ao princípio da efetividade e ao princípio da economia processual, ainda se atinge de uma forma mais rápida, mais barata e menos prejudicial às partes, aquilo que

preconiza o Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública, ao qual também se submete a atividade do Poder Judiciário, seja ela atinente à tutela de accertamento seja ela atinente à tutela executiva."

<sup>29</sup> OLIVEIRA NETO, Curso... p. 88. "... embora a tutela executiva guarde semelhança com a tutela de conhecimento, mesmo porque são espécies de um mesmo gênero, sua atuação é diferenciada em virtude da inversão do contraditório que, se nesta ocorre antes dos atos decisórios, naquela ocorrerá apenas após a realização de tais atos, tudo com a finalidade de recompor o equilíbrio quebrado pelo descumprimento de uma obrigação. O elemento essencial que caracteriza a tutela executiva, pois, é o contraditório diferido."

<sup>30</sup> OLIVEIRA NETO. Curso..., 1º v., p. 613. "Para concessão de uma medida cautelar fundada no poder geral de cautela, embora tais termos não constassem expressamente do referido preceito (art. 798), deveria o magistrado verificar se estavam presentes os dois requisitos que a doutrina entendia necessários, consubstanciados no *periculum in mora* e no *fumus boni iuris*. Este a significar a plausibilidade do direito invocado e aquele representado por uma situação atual de perigo ao direito alegado."

#### 4 'NECESSIDADE' E 'PERTINÊNCIA' COMO REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS.

Repetindo o que se dava com o art. 798, do CPC de 1973, que não era expresso ao mencionar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* como os requisitos necessários à obtenção da medida cautelar nominada, o art. 139, IV, do CPC – regra matriz do Poder Geral de Coerção – também não trata expressamente dos requisitos exigidos para a concessão de uma medida coercitiva atípica. Porém, aqui como lá, pode-se extrair da letra da lei quais são esses requisitos, que no caso do art. 139, IV, decorrem de uma análise da expressão “necessárias para assegurar”.

De início cabe observar que “assegurar” foi empregado de maneira imprópria no texto, pois tal verbo deve ser empregado quando se trata de uma tutela urgente, de natureza cautelar, sendo o caso de substituí-lo por “efetivar”<sup>31</sup>, que está lógica e tradicionalmente ligado à satisfação de uma prestação.

Tal impropriedade, aliás, também aconteceu quando o art. 273, §3º, do CPC de 1973, introduziu a tutela antecipada geral no sistema processual brasileiro, referindo-se a ‘execução’ do provimento ao invés de ‘efetivação’ do provimento, dando ensejo à ampla polêmica na doutrina, com três entendimentos diversos. Enquanto alguns entendiam que a tutela antecipada podia ser concedida em qualquer espécie de provimento cuja natureza fosse de tutela de conhecimento, outros diziam que ela somente era cabível nas tutelas constitutiva e condenatória e um terceiro grupo afirmava que a antecipação só era possível em de tutela condenatória. A divergência acabou sendo parcialmente resolvida apenas após a alteração da redação promovida pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, que se positivou o termo ‘efetivação’ da tutela antecipada.

Para evitar nova confusão e partindo da premissa de que as medidas coercitivas devem ser concedidas quando ‘necessárias para efetivar’ uma tutela que tem por características alterar ou preparar a

alteração do mundo empírico, em especial da tutela executiva mediante coerção, o primeiro requisito para a concessão de uma medida atípica é a necessidade.

A seu respeito já dissemos que a necessidade é

“...representada pela exigência da aplicação de coerção como meio apto à obtenção da alteração do mundo empírico e, conseqüentemente, da satisfação da prestação não adimplida [...] sempre que, diante do caso concreto, a não aplicação da medida torne impossível, improvável ou ao menos mais difícil à efetivação do resultado que se pretende alcançar com a atividade executiva.”<sup>32</sup>

Em outros termos: a medida coercitiva atípica é necessária quando o seu indeferimento pode tornar impossível, improvável ou ao menos mais difícil à satisfação da prestação num caso concreto.

Todavia, assim como se dava com a expressão ‘fundado receio’, constante do art. 798, do CPC de 1973, essa necessidade “...deve ser objetivamente demonstrada e não apenas suposta pelo interessado, dando asas a fertilidade da sua imaginação.”<sup>33</sup>, o que implica numa fundamentação robusta e que demonstre onde se encontra, especificamente, a real possibilidade da negativa de concessão dar ensejo a uma execução frustrada.

Por fim é de se ver que

“não se trata daquela necessidade integrante do interesse de agir, sem a qual o sujeito ativo não pode exercitar o direito de ação, mas sim de uma necessidade ligada à efetividade do pronunciamento judicial ou da determinação do órgão judicante. Se a ausência de coerção implicar em perda do tónus de efetividade da atividade executiva, por menor que possa ser essa perda, então não se justifica deixar de aplicá-la, o que em última análise acabaria por corresponder ao não cumprimento do disposto no art. 35, XXXV, da Constituição da República.”<sup>34</sup>

O segundo requisito exigido para a concessão de uma medida coercitiva atípica é a ‘pertinência’, ou seja, a exata adequação da medida concedida àquilo que é necessário para obter a satisfação da prestação. Em outras palavras, a medida deve ser plenamente

<sup>31</sup> OLIVEIRA NETO, O poder... p. 234. “Sobre o conteúdo dessa expressão, aliás, houve intensa discussão a respeito da redação original dada ao art. 273, §3º, do CPC de 1973, que empregava o termo “execução” ao invés de se utilizar de “efetivação”, levando boa parte da doutrina a afirmar que a antecipação de tutela daquela época somente era possível quando se tratava de uma tutela de natureza condenatória. Após muita polêmica a Lei nº 10.444, de 07.05.2002, acabou

por alterar a redação do §3º, fazendo nele constar “a efetivação da tutela antecipada” em substituição a “execução da tutela antecipada.”

<sup>32</sup> Idem, p. 235.

<sup>33</sup> MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. Tutela cautelar. Curitiba: Juruá, 1996. p. 233.

<sup>34</sup> OLIVEIRA NETO, O Poder... p. 235.

adequada à situação de fato que autoriza a sua imposição, isto é, deve ser uma 'justa medida' ou uma 'exata medida' em face do caso concreto.

Ao examinar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade na seara do Direito Administrativo observa Celso Antônio Bandeira de Mello que são três as perspectivas passíveis de exame para identificar a ocorrência de eventual desrespeito ao princípio:

"a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimem e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados."<sup>35</sup>

Este segundo critério que deve ser empregado para examinar se há ou não infringência ao Princípio da Isonomia, no seu sentido substancial<sup>36</sup>, diz respeito ao exame da relação de pertinência existente entre o discrimen e o fator de desigualdade. Entre o tratamento desigual imposto pela lei e a necessidade exigida pela situação concreta deve existir uma exata equivalência, sob pena do próprio fator de desigualdade se tornar um ataque à igualdade que pretende instituir.

Essa mesma mecânica também se observa, por exemplo, no Direito Penal. No caso de excesso de legítima defesa uma conduta inicial considerada lícita pela lei, se excede os limites necessários para repelir injusta agressão, acaba por se tornar ilegal, respondendo seu agente pelo excesso praticado.

Seguindo os mesmos parâmetros e tendo em mente a tradicional lição de Giuseppe Chiovenda, a medida constritiva deve corresponder "aquilo e exatamente aquilo" que se demonstra necessário à efetivação da prestação não adimplida ou da determinação judicial não cumprida. Se corresponder a menos do que é necessário no caso concreto estará permitindo que a atividade executiva possa se frustrar – ainda que parcialmente – negando tutela jurisdicional ao exequente e ofendendo o Princípio do Acesso à

Justiça. Entretanto, se a constrição exceder o que é necessário no caso concreto, então estará se tornando um provimento que nos limites deste excesso é ilegal, assim como se dá no caso do excesso de legítima defesa.

Nesse passo, a pertinência da medida atípica de constrição guarda estreita interdependência com o princípio informativo da tutela executiva da utilidade, segundo o qual "... não se admite atividade executiva que sirva apenas para prejudicar o responsável executivo, sem que haja real benefício no mundo empírico para o exequente."<sup>37</sup> Se a medida não puder, em tese, produzir resultado prático em prol da satisfação parcial ou total da atividade executiva, então não será adequada para aplicação no caso concreto. É o que se dá, por exemplo, com a fixação de multa diária para forçar o cumprimento da prestação pecuniária em face daquele que não tem patrimônio, já que tal circunstância torna inócuo o potencial de coercibilidade da medida.

Além disso, a determinação de uma medida coercitiva que não se adequa ao caso concreto pode gerar, conforme a situação, um efeito colateral altamente danoso ao direito daquele que vai a juízo buscar a proteção da jurisdição, pois permite ao destinatário da medida optar por arcar com as consequências impostas ao invés de desde logo cumpri-la, potencializando o dano marginal incidente sobre o direito do exequente. Trata-se exatamente da situação retratada na inspirada afirmação de Luiz Guilherme Marinoni ao tratar da tutela inibitória:

"Obrigado o titular de uma marca comercial, ou de uma patente de invento, a esperar dois ou três anos para obter a tutela que pode impedir a continuação ou a repetição do ilícito, é conferir àquele que pratica o ilícito dois ou três anos de 'lícito exercício do ilícito', principalmente quando se percebe que o objetivo do titular de uma marca ou de um invento é, acima de tudo, a tutela da integridade da marca ou do invento, e não a mera reparação do dano."<sup>38</sup>

<sup>35</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 21.

<sup>36</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia de tratamento paritário das partes, in Garantias constitucionais do processo. Coord. CRUZ e TUCCI, José Rogério. São Paulo: RT, 1999. p. 97. "No processo, a isonomia revela-se na garantia de tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada sob o prisma substancial. A paridade das partes no processo tem por fundamento o

escopo social e político; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo."

<sup>37</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípios informativos da execução civil. In Execução civil e temas afins – Estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis. São Paulo: RT, 2014. p. 776.

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. São Paulo: RT, 1988. p. 69.

Em conclusão, pois, para que a parte possa pleitear e para que o juiz possa determinar a aplicação de uma medida coercitiva atípica, devem estar presentes os requisitos da necessidade e da pertinência, que se extraem de uma interpretação do art. 139, IV, do CPC, conforme ao princípio constitucional da efetividade. A necessidade deve ser entendida como a exigência de aplicação da medida coercitiva para evitar que se torne impossível, improvável ou ao menos mais difícil à efetivação do resultado que se pretende alcançar com a atividade executiva, e, a pertinência, como a adequação da medida a situação de fato que autoriza a sua imposição.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

01. A adoção de conceitos fluídos na construção das regras jurídicas, impondo ao magistrado seu preenchimento mediante a utilização de critérios axiológicos, representa uma evolução da atividade jurisdicional em prol da efetividade no caso concreto, mas produz o efeito colateral de dificultar a previsibilidade da decisão judicial, o que aumenta a insegurança jurídica.

02. Para tornar o sistema mais previsível e, portanto, para catalisar a segurança jurídica, há necessidade, juntamente com o sistema de precedentes judiciais vinculantes, a) de implementar maior obediência à forma prevista em lei, na atualidade profundamente desrespeitada; e, b) de objetivar do perfil dos institutos do processo, deixando de lado o subjetivismo e propondo critérios claros e seguros para sua estrutura básica.

03. Nosso código adotou, quanto à aplicação da tutela coercitiva – uma das espécies do gênero tutela executiva – idêntico mecanismo do qual se valia o código revogado para a aplicação da tutela cautelar. Prevê inúmeras medidas coercitivas que devem ser reconhecidas como medidas “típicas ou nominadas” (v.g. art. 517; art. 523, §1º; art. 528, §§ 1º e 3º; art. 536, §1º; art. 537; art. 782, §3º), mas também prevê uma regra geral (art. 139, IV) que permite ao magistrado determinar a aplicação de medidas coercitivas “atípicas ou inominadas”, não expressamente previstas pela lei, mas essenciais para a obtenção da satisfação da prestação não adimplida.

04. O art. 139, IV, do CPC, apresenta a regra matriz do ‘Poder Geral de Coerção’, que pode ser definido como “o poder que a lei confere ao juiz para

determinar, conforme as exigências do caso concreto e visando a efetividade da tutela executiva, medidas coercitivas diversas das que são expressamente previstas na legislação processual.”.

05. Fundamentar a concessão de medidas coercitivas atípicas no Princípio da Proporcionalidade não se presta para gerar a segurança necessária à estabilização do sistema jurídico, já que, dentre outras discórdias, não há consenso nem mesmo sobre a proporcionalidade ser um princípio ou uma regra, o que faz permanecer incólumes às dúvidas sobre os requisitos para a concessão das medidas atípicas.

06. Os critérios propostos pelo Superior Tribunal de Justiça (existência de indícios que sugiram que o executado possui bens suficientes para satisfazer a prestação não adimplida; necessidade de esgotamento prévio dos meios típicos de satisfação da prestação; observância do contraditório substancial, com a prévia intimação do executado para pagar ou apresentar bens suficientes para suportar a atividade executiva; aplicação do postulado da proporcionalidade; e, fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta) também não são aptos a conferir segurança ao sistema executivo.

07. Os requisitos objetivos para a obtenção de segurança quanto à concessão das medidas executivas atípicas são a ‘necessidade’ e a ‘pertinência’, sempre analisados em face do caso concreto.

08. A medida coercitiva atípica é necessária quando o seu indeferimento pode tornar impossível, improvável ou ao menos mais difícil à satisfação da prestação num caso concreto, aumentando a possibilidade de frustração da tutela executiva.

09. Pertinência é a exata adequação da medida concedida àquilo que é necessário para obter a satisfação da prestação. O provimento deve ser plenamente adequado à situação de fato que autoriza a sua imposição, isto é, deve ser uma ‘justa medida’ ou uma ‘exata medida’ em face do caso concreto.

### REFERÊNCIAS

ARMELIN, Donaldo. Uma visão da crise atual do Poder Judiciário. REPRO 137, 2006.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. São Paulo: RT, 2008.

ARRUDA ALVIM. Segurança jurídica no projeto do novo Código de Processo Civil. In Aulas Magnas – Atualização permanente. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura – EPM. 09.03.2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. e.. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual. 3. ed. e.. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO. Curso de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 3º v.

COUTURE, Eduardo J. . Introdução ao estudo do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DIDIER JUNIOR, Fredie, et all. Curso de direito processual civil. 7. ed. e. Salvador: JusPodium, 2017. v. 5.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: RT, 1998.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. A administração da Justiça no Estado Social. In Constituição e democracia. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. Coord. BONAVIDES, Paulo, LIMA, Francisco Gérson Marques de, BEDÊ, Faygá Silveira. São Paulo: Malheiros, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia de tratamento paritário das partes, in Garantias constitucionais do processo. Coord. CRUZ e TUCCI, José Rogério. São Paulo: RT, 1999.

MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. Tutela cautelar. Curitiba: Juruá, 1996. p. 233.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI. Classificação das sentenças que dependem de execução. In CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Temas atuais da execução civil – Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI. Tutela inibitória. São Paulo: RT, 1988.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Poder Geral de Coerção. São Paulo: RT, 2019.

MARINONI. Novas perspectivas da execução civil – Cumprimento de sentença. In SHIMURA, Sérgio, NEVES,

Daniel A. Assumpção (Coord.). Execução no processo civil – Novidades & tendências. São Paulo: Método, 2005.

MARINONI. Os meios executivos e a real efetividade das ações afirmativas. In ASSIS, Araken de et all (Coord.). Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI. O respeito à forma, como coadjuvante da doutrina dos precedentes, na obtenção de segurança jurídica. In: 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINONI. Princípios informativos da execução civil. In Execução civil e temas afins – Estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis. São Paulo: RT, 2014.

OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Verbatim, 2018. 3º v.

SALLES, Nélio Zattar de Mello Carneiro. Análise Crítica Propositiva para Fixação, Limitação e Revisão da Multa Periódica. São Paulo: Setor de Pós-graduação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2020. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais – Direito Processual Civil). Orientador: Professor Livre Docente Olavo de Oliveira Neto. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2020.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. REPRO 798/23