Organização

Juvêncio Vasconcelos Viana

O Novo CPC

EXECUÇÃO

AUTORES

Juvêncio Vasconcelos Viana
Yuri Martins Gondim
Caroline de Paula Cavalcante Parahyba
César Morel Alcântara
Líslie de Pontes Lima Lopes
Ricardo Antonio Maia de Morais Júnior
José Ewerton Bezerra Alves Duarte
Marina Ribeiro Mota
Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão
Mariana Dionísio de Andrade
Hugo de Brito Machado Segundo
Osvaldo Madinor Torrezan Júnior
Tibério Celso Gomes dos Santos
José Eduardo de Melo Vilar Filho
Gabriel Peixoto Dourado
Nathália Lima Pereira
Brenda Karla Evangelista Gomes
Edilson Santana Gonçalves Filho
Rafael Cavalcante Cruz

EDIÇÕES INESP

ALECE
ASSEMBLEIA LEGISLATIVA
DO ESTADO DO CEARÁ

O NOVO

CPC

EXECUÇÃO

Juvêncio Vasconcelos Viana
Organizador

O NOVO CPC – EXECUÇÃO

INESP

Fortaleza - Ceará
2022

Copyright © 2022 by INESP

Coordenação Editorial
João Milton Cunha de Miranda

Assistente Editorial
Rachel Garcia, Valquiria Moreira

Capa
João Vitor e Thais Lúcio

Revisão Ortográfica
Gustavo Rodrigues de Vasconcelos

Diagramação
Mario Giffoni

Coordenação de impressão
Ernandes do Carmo

Impressão e Acabamento
Inesp

Edição Institucional da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará

VENDA E PROMOÇÃO PESSOAL PROIBIDAS

Catalogado na Fonte por: Daniele Sousa do Nascimento CRB-3/1023

N935 O novo CPC – Execução [livro eletrônico] / organizador, Juvêncio Vasconcelos Viana. – Fortaleza: INESP, 2022.
298 p. ; 2440 Kb ; PDF

Vários autores.
ISBN: 978-85-7973-173-0

1. Direito processual civil. 2. Processo de execução, Brasil. I. Viana, Juvêncio Vasconcelos. II. Ceará. Assembleia Legislativa. Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o Desenvolvimento do Estado. III. Título.

CDD 341.46

Permitida a divulgação dos textos contidos neste livro,
desde que citados autores e fontes.

Inesp
Rua Barbosa de Freitas, 2674
Anexo II da Assembleia Legislativa, 5º andar
Dionísio Torres
CEP 60170-900 – Fortaleza - CE - Brasil
Tel: (85)3277.3701 – Fax (85)3277.3707
al.ce.gov.br/inesp
inesp@al.ce.gov.br

PALAVRA DO PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

Ao atuarem para a ordenação da vida em sociedade, o Direito e a Política mantêm estreita relação, pois são instrumentos para o estabelecimento da efetiva justiça. A chegada de um novo Código de Processo Civil - CPC - para o Brasil tem movimentado os estudiosos, fazendo-os reunir esforços para o fortalecimento do debate com instituições, profissionais e com a sociedade civil.

Contemplando relevantes instruções, o CPC permeia todo o processo de Políticas Públicas e tem importante papel na resolução de conflitos e demais demandas coletivas, defendendo que todas as sentenças prevejam negociação e diálogo, alcançando máxima atenção aos resultados.

A Assembleia Legislativa do Estado do Ceará - Alece, por meio do Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o Desenvolvimento do Estado do Ceará - Inesp, disponibiliza essa coletânea que traz uma visão mais ampla do CPC vigente, demonstrando sua preocupação com o acesso a Justiça e colaborando para o exercício da cidadania plena.

Deputado Evandro Leitão
Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará

PALAVRA DO DIRETOR EXECUTIVO DO INESP

O Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o Desenvolvimento do Estado do Ceará - Inesp -, criado em 1988, é um órgão técnico e científico de pesquisa, educação e memória. Ao idealizar e gerenciar projetos atuais que se alinhem às demandas legislativas e culturais do Estado, objetiva ser referência no cenário nacional.

Durante seus mais de 30 anos de atuação, o Inesp prestou efetiva contribuição ao desenvolvimento do Estado, assessorando, por meio de ações inovadoras, a Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Dentre seus mais recentes projetos, destacam-se o "Edições Inesp" e o "Edições Inesp Digital", que têm como objetivos: editar livros; coletâneas de legislação; e, periódicos especializados.

O "Edições Inesp Digital" obedece a um formato que facilita e amplia o acesso às publicações de forma sustentável e inclusiva. Além da produção, revisão e editoração de textos, ambos os projetos contam com um núcleo de Design Gráfico.

O "Edições Inesp Digital" já se consolidou. A crescente demanda por suas publicações segue uma média de quarenta mil downloads por mês e alcançou um milhão de acessos. As estatísticas demonstram um crescente interesse nas publicações, com destaque para as de Literatura, Ensino, Legislação e História, estando a Constituição Estadual e o Regimento Interno entre os primeiros colocados.

O Novo Código do Processo Civil é mais uma obra que compõe o diversificado catálogo de publicações do "Edições Inesp Digital" e que, direta ou indiretamente, colaboram para apresentar respostas às questões que afetam a vida do cidadão.

Prof. Dr. João Milton Cunha de Miranda
Diretor Executivo do Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o Desenvolvimento do Estado do Ceará

PALAVRA DO PROCURADOR

Entregamos à comunidade jurídica a presente obra sobre o novo Código de Processo Civil.

A atual coletânea foi construída pouco a pouco, decorrente de aulas, debates e seminários realizados na Pós graduação da nossa querida Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, muitos desses realizados em parceria com outras instituições (v. g., Escolas da Advocacia e da Magistratura), durante disciplinas que estiveram sob nossos cuidados.

Tudo começou ainda quando lidávamos com o projeto do novo código. Atualmente, deparamo-nos com a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil brasileiro.

Aqui, vale ressaltar, não teremos um pretenso comentário artigo por artigo dessa lei. Passa bem longe qualquer intenção nesse sentido.

Quer-se, contudo, dar ao leitor da presente obra a visão mais ampla possível do vigente CPC, focando, neste volume, no tema da tutela jurisdicional executiva.

A busca pela efetividade no processo jurisdicional executivo não é de hoje.

Tanto é que o direito processual brasileiro, em passado recente, sofreu várias alterações no plano da tutela executiva.

Evidente que o CPC/2015 não conseguiria abolir e destruir todo um arcabouço "recém-criado" (em reformas legislativas de 2005/2006) para a execução civil.

Assim, no CPC/2015, foram mantidas e ampliadas as inovações voltadas ao "cumprimento de sentença" e outras relacionadas com a execução lastreada em título extrajudicial.

Atento a essa hibridez "cognição-execução" o tema do cumprimento foi para o Livro I da Parte Especial do Código ("Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento da Sentença").

Como dito, não apenas foi mantida a técnica do "cumprimento" como ainda foi expandida essa para casos especiais, v. g., da execução de alimentos (arts. 528 a 533) e da execução contra a Fazenda Pública (arts. 534 e 535).

O Livro do Processo de Execução fica mesmo – prevalente – para a execução fundada em título executivo extrajudicial. Mas, não se pode perder a importância do art. 771, CPC, o qual abre aquele Livro e deixou muito clara a existência de "vasos comunicantes" entre os diversos capítulos executivos (estejam esses dentro ou mesmo fora do próprio Código de processo).

Assim, diversas notas marcam o território executivo de nosso CPC/2015: a) um aumento da consensualidade chega para conviver com a coercibilidade (v. g., a possibilidade de negócios processuais, art. 190, CPC; formação de

novos títulos executivos, art. 784, IV, CPC); b) as multas periódicas têm seu alcance ampliado (art. 537, CPC); c) a desconsideração da personalidade jurídica, um incidente muito relevante para o momento da execução, ganha uma "processualização" (arts. 133-137, CPC); d) aumento dos poderes executivos do juiz (art. 139, IV, CPC); e) uma melhor moldura dos atos atentatórios à dignidade da jurisdição (arts. 774, 777, CPC); f) medidas de urgência pugnáveis incidentalmente à execução (art. 799, VIII); g) melhor disciplina da penhora (e suas espécies), ato fundamental para o êxito da execução comum por quantia; h) reforço da fraude à execução (art. 792, CPC).

Enfim, aprimorou-se o que era advindo de reformas anteriores e muito de novo se trouxe ao tema da execução.

Não bastasse tudo isso, há ainda a moderna tendência de desjudicialização da execução, a qual busca fazer com que essa corra em sua boa parte perante um "agente de execução" (um agente do tabelionato), somente indo-se ao juiz em caso de dirimir questões ou de efetivação de atos constritivos. Esse ponto constitui tema que traz inúmeras inquietações, desde sua constitucionalidade até sua eficiência.

Pois bem, buscamos tratar de todos esses pontos na presente obra.

Agradeço a dedicação e participação de todos os autores colaborares.

A todos, boa leitura.

Juvêncio Vasconcelos Viana

SUMÁRIO

MULTAS PECUNIÁRIAS: CONTROVÉRSIAS NA FIXAÇÃO, REVISÃO E LIQUIDAÇÃO DAS ASTREINTES.
Yuri Martins Gondim 11

DAS ASTREINTES PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E UMA ANÁLISE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS DAS DEMANDAS DE SAÚDE DA 15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA.
Caroline de Paula Cavalcante Parahyba 25

EXECUÇÃO E *VISUAL LAW*
César Morel Alcântara 42

A APLICABILIDADE DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES PRIVADAS
Líslie de Pontes Lima Lopes
Juvêncio Vasconcelos Viana, ... 59

CONTRATO ELETRÔNICO COMO TÍTULO EXECUTIVO
Ricardo Antonio Maia de Morais Júnior..... 75

A EXECUÇÃO CIVIL DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA IRRECORRÍVEL
José Ewerton Bezerra Alves Duarte 94

A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA NA ERA DIGITAL
Marina Ribeiro Mota 113

OS DESAFIOS À EFETIVA APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS LEGAIS PARA A PENHORA DE PERCENTUAL DE FATURAMENTO DE EMPRESA
Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão
Mariana Dionísio de Andrade..... 132

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DO EXECUTADO
Hugo de Brito Machado Segundo..... 153

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA NA ESFERA FEDERAL E DEFESA DO CONTRIBUINTE
Osvaldo Madinor Torrezan Júnior..... 159

A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA, O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O VALOR JURÍDICO DA CONSENSUALIDADE NO SISTEMA DE RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO
Tibério Celso Gomes dos Santos 177

O VIES ANTICREDOR NO PROCESSO DE EXECUÇÃO BRASILEIRO
José Eduardo de Melo Vilar Filho 205

A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL E A EXECUÇÃO
Gabriel Peixoto Dourado..... 219

A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015
Nathália Lima Pereira 233

ASPECTOS DA EXECUÇÃO EM LITÍGIOS ESTRUTURAIS
Brenda Karla Evangelista Gomes 250

A EXECUÇÃO DA SENTENÇA COLETIVA
Edilson Santana Gonçalves Filho 257

A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL: UM CAMINHO DE TRANSIÇÃO DE SISTEMA JUDICIAL PARA O TABELIONATO DE PROTESTO
Juvêncio Vasconcelos Viana
Rafael Cavalcante Cruz..... 278

MULTAS PECUNIÁRIAS: CONTROVÉRSIAS NA FIXAÇÃO, REVISÃO E LIQUIDAÇÃO DAS ASTREINTES.

Yuri Martins Gondim
Advogado
Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará.

1 INTRODUÇÃO

O direito processual vem buscando aprimorar seus institutos de forma a servir como um instrumento efetivo em seu escopo de dizer o direito, garantindo-lhe efetividade. Uma ferramenta importante nessa busca é a multa pecuniária processual, conhecida em nossa prática muitas vezes como multa diária, que na experiência brasileira sofreu influência do modelo francês, o que explica a opção pelo termo astreinte.

Seu desenvolvimento na jurisprudência, na disciplina legal dos três últimos códigos, embora apresente uma evolução no que tange à coerência com a teleologia do instituto, é objeto de diversas controvérsias, notadamente pela relação conflituosa de princípios que conformam o direito processual, mas também por problemas subjacentes ao comportamento dos sujeitos do processo.

É exatamente com o intuito de explorar esses pontos sensíveis que se propõe este artigo. Para tanto, será feita uma análise do conceito de astreinte, sua natureza jurídica, e um escorço histórico buscando evidenciar esse embate entre a valorização da Efetividade, da Dignidade da Justiça, com outros princípios, caros às relações privadas, como a Intangibilidade da Vontade e a Liberdade Individual, analisando ainda suas hipóteses de cabimento e o destinatário da multa na forma da disciplina legal vigente.

Traçadas essas premissas, ao final, abordar-se-ão questões que envolvem a fixação, revisão e exigibilidade da multa, as quais, conforme se verá, se revelam nevrálgicas no processo de concretização do instituto, e que em alguns pontos causam dissonâncias dentro do Superior Tribunal de Justiça, corte que tem a missão de uniformizar a interpretação da lei federal.

2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E BREVE HISTÓRICO

Como se destacou na introdução, a multa pecuniária processual, no ordenamento jurídico brasileiro, ganhou contornos a partir do modelo francês, de construção eminentemente jurisprudencial, e que sofreu, por essa

característica, com a mesma desconfiança que marcou o judiciário pós-revolução, o que explica a hostilidade ao tema na crítica doutrinária francesa, que enxergava na criação pretoriana[1] uma violação ao princípio da *nulla pena sine lege*[2].

A invocação do princípio é prelúdio dos problemas que o instituto enfrentaria em seu desenvolvimento no Brasil, que, apesar de adotar o termo astreinte[3], muitas vezes o confundiu como espécie de penalidade, deslembrando que a multa tem finalidade apenas cominatória, servindo ao cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, e não de penalizar ou reparar qualquer situação subjacente à mora do devedor.

É nesta relação de significado que a astreinte pode ser conceituada como multa periódica fixada com o objetivo de exercer pressão psicológica no devedor[4], forçando-o a cumprir a obrigação, e que será devida no caso de descumprimento do comando judicial que determinou o fazer, não fazer ou entrega de coisa.

Trata-se, portanto, de "mecanismo de indução do devedor ao cumprimento da obrigação e da própria ordem judicial"[5] de "execução por coerção indireta"[6] que objetiva coagir o devedor, constrangê-lo de forma a levá-lo a cumprir com o comando que foi fixado na decisão judicial[7].

Como antecipamos, seu desenvolvimento é marcado por problemas em sua caracterização, ora sendo vista como medida coercitiva e, outras vezes, como mera consequência da conversão em perdas e danos da execução de obrigações[8].

Esta segunda opção, que se colocava como consectário ao Princípio da Intangibilidade da Vontade, como reverenciadora da Liberdade Individual, acabou por frear o desenvolvimento da tutela específica das obrigações, gerando uma confusão quanto à natureza jurídica do instituto.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 retratava esse conflito na definição da natureza da multa, notadamente ao determinar, na forma do seu artigo 1005, que a multa não poderia ultrapassar o valor da prestação

1 LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1974, Vol. VI, Tomo II, p. 773.

2 O brocado secular é o Princípio Geral do Direito que fundamenta o princípio da Legalidade. Nesse sentido, v. art. 5º, inciso XXXIX, CRFB/88.

3 Do latim astringere: aquilo que é capaz de adstringir, compelir.

4 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. atual. [atualizada pelas leis 11.672/08 e 11.694/08]. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 240.

5 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC.** 2001, p. 72.

6 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. ed. rev., ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 232.

7 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Redução do valor da astreinte e efetividade do processo.** In ASSIS, Araken de et al (coords.). Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2008, p. 1560 – 61.

8 GUERRA , Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999, p. 109;

em juízo. Além disso, a inovação pretendida pelo código acabou por sofrer golpes na forma de outros dispositivos, do mesmo diploma, que acabou por carecer de mecanismos capazes de garantir Efetividade à chamada Ação Cominatória[9].

O Código de 1973, por sua vez, inovou com a positivação dos artigos 287 e 644, que previam que, com o requerimento da parte, o juiz poderia fixar multa com intuito de exercer coerção sob o devedor que se furtasse a cumprir com a obrigação de fazer ou não fazer fixada, sistemática que viria a ser aprimorada a partir de 1994[10], com a possibilidade de fixação da multa independente de requerimento da parte, nos termos da nova redação conferida aos artigos 644 e 645 daquele estatuto processual.

Apesar dos esforços da legislação adjetiva, foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 1990), na forma do artigo 84, que finalmente prestigiou a primazia da tutela específica[11] em lugar da tutela reparatória, representando uma mudança de paradigma ao eleger a multa cominatória como um de seus mais destacados instrumentos.

Tal sistemática foi reforçada com o advento da Lei 10.044/2002, que passou a prever expressamente a possibilidade da adoção de medidas, de ofício, para a efetivação da tutela específica, inclusive a imposição de multa por tempo de atraso[12], buscando conceder "maior eficácia para o combate aos notórios óbices à efetividade das decisões judiciais"[13].

O instituto, a partir de então, foi ganhando os contornos que destacariam sua função inibidora, o caráter preventivo da multa, bem como sua relação com a força e o respeito à autoridade da decisão judicial, desvelando que a cominação não objetiva compensar o exequente por algum dano sofrido, afastando qualquer função reparatória, delimitando sua função de "fortalecer a autoridade da decisão judicial pressionando o devedor a realizar a prestação devida em prazo que lhe tenha sido assinado"[14].

Ocorre que, embora seja possível verificar uma concordância da doutrina de que é essa capacidade de exercer força indireta que parametriza

9 TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer - e sua extensão aos deveres de entrega de coisa.** 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003, p. 27.

10 Trata-se da Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994 que alterou dispositivos do Código de Processo Civil relativos ao processo de execução.

11 Conforme a lição de Cássio Scarpinella Bueno, por tutela específica deve-se compreender "como a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação, caso não houvesse ocorrido lesão ou ameaça de direito no plano material". BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 401.

12 Nesse sentido, ver §5º do artigo 461 do CPC/1973, alterado pela Lei 10.044/2002.

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Execução. 3 ed. V. 4. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.101.

14 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Redução do valor da astreinte e efetividade do processo.** In ASSIS, Araken de et al (coords.). Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2008, p. 1561 – 62.

e caracteriza a multa pecuniária, razão pela qual sua incidência deve ser proporcional à recalcitrância, nas construções das decisões judiciais, por diversas vezes, é possível colher, no curso da argumentação, razões de decidir que apontam para premissas diferentes.

É neste contexto que, ainda que implicitamente, por vezes é destacado um suposto caráter indenizatório, em que pese a desnecessidade de demonstração de qualquer dano para incidência das astreintes. Outras vezes, aspectos punitivos, ignorando a existência de instrumentos específicos no Código de Processo Civil para combater a Litigância de Má-fé bem como os atos atentatórios à Dignidade da Justiça.

É o que se percebe, à guisa de exemplo, nos trechos do arestos abaixo, decisões que destacam a existência de aspectos punitivos, veja-se:

> Diante da confessada desobediência e recalcitrância da Administração Pública no cumprimento da ordem judicial, já estampada em sentença de mérito, não há que se falar de desproporcionalidade da **multa** aplicada com a obrigação principal e redução das **astreintes**, eis que se encontra presente o **caráter punitivo-**-pedagógico da **multa** cominatória, pelo atraso de 114 dias (TJ-DF 07039856620198079000 DF 0703985-66.2019.8.07.9000, Relator: JOÃO LUÍS FISCHER DIAS, Data de Julgamento: 11/12/2019, Segunda Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 19/12/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada).
>
> (***)
>
> Nesse diapasão, não demonstrada objetivamente a exasperação da multa, que deve observar o caráter punitivo-pedagógico, há manter a cominação do juízo a quo (TJ-RJ - AI: 00393961820198190000, Relator: Des(a). FERNANDO FOCH DE LEMOS ARIGONY DA SILVA, Data de Julgamento: 04/09/2019, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL).

Apontando em sentido diverso, o Tribunal de Justiça da Bahia, acertadamente em nosso sentir, destacou que a multa pecuniária é medida coercitiva, "de caráter processual", não "possuindo caráter punitivo ou ressarcitório"[15], de maneira semelhante ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que destaca que as astreintes não se confundem com a sanção prevista no art. 77, § 2º, que prevê o ato atentatório à dignidade da justiça e ao exercício da jurisdição, que, por sua vez, "ostenta natureza predominantemente punitiva"[16]

15 TJ-BA - APL: 03061881920138050113, Relator: Antonio Cunha Cavalcanti, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 27/11/2018.

16 STJ - REsp: 1569982 PR 2015/0295701-7, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 13/08/2020.

É por essa caraterização que se afirma que a multa deve ser fixada de forma suficiente para coagir, sendo por isso variável, inexistindo uma escala ou tabulação. Sua incidência, porém, encontra limites em outros bens jurídicos, noutros princípios que podem vir a entrar em conflito no caso concreto, e que, muitas vezes, servem como parâmetros para aferir abusos na fixação e liquidação da multa, o que será objeto de análise adiante.

Antes disso, passar-se-á a análise, ainda que sumária, acerca da disciplina concedida à matéria pelo Código de Processo Civil de 2015, que consolidou muitos dos aspectos destacados até aqui, o que não implica afirmar que extirpou todas as críticas e controvérsias que persistem em acompanhar o tema.

3 CARÁTER PATRIMONIAL, CABIMENTO E DESTINATÁRIO DA MULTA

Como foi destacado no tópico anterior, o presente trabalho se dedica a destacar as astreintes, caracterizando-a como instituto eminentemente processual, e que por isso não se confunde com perdas e danos, indenização, ou qualquer medida de ressarcimento.

Corroborando com essa característica, e pacificando a questão, o CPC vigente, em seu artigo 500, consignou expressamente que a "indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação"[17].

É por conta de tal caracterização que não há que se falar em liberação do devedor mediante o pagamento do valor da indenização, inexistindo, na atual sistemática, o caráter facultativo no cumprimento das obrigações, como sustentou no passado a doutrina francesa, na esteira da interpretação concedida ao artigo 1.142 do Código Napoleônico[18], fiel ao dogma da Intangibilidade da Vontade.

Outro ponto controvertido girava em torno do caráter patrimonial da multa, que, em atenção ao que construiu a experiência francesa, decorreria do fato do destinatário da multa ser o credor da obrigação.

Seguindo esse modelo, o atual código, na forma do seu artigo 537, §2º, determinou que o valor da multa é devido ao exequente, o que já era confirmado pela jurisprudência, que destacava o caráter patrimonial e privado da multa. É o que se depreende do julgamento do AREsp 1.139.084, em que a 1ª turma do STJ entendeu que os herdeiros da parte originalmente

17 BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

18 Determinava o artigo 1.142 do Código Civil Napoleônico que toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor.

beneficiária da tutela judicial, que fixou as astreintes, tem legitimidade para executar o valor da multa diária fixada[19].

Na espécie, mesmo a pretensão principal tendo por objeto bem personalíssimo – *Direito à Saúde* - o ministro Napoleão Nunes Maia Filho entendeu que a multa pecuniária possui natureza distinta do bem da vida objeto principal da lide, veja-se:

> Há que se distinguir, portanto, a obrigação principal cujo adimplemento se busca na Ação - uma obrigação de fazer, no caso de tratamento ou providências aptas a garanti-lo, ou de dar, se o pedido for pelo fornecimento de medicamentos ou outros itens - e eventuais obrigações de pagar, que com aquela não se confundem.
>
> [...]
>
> Obrigações de pagar, por sua vez, são de caráter patrimonial, e por isso não têm sua utilidade prática limitada à parte autora ou às peculiaridades de sua condição clínica. Ao revés, os créditos oriundos de tais obrigações se inserem no conjunto das relações jurídicas econômicas da parte, e como tais são plenamente transmissíveis a seus herdeiros[20].

Embora destacada a escolha do legislador, as controvérsias envolvendo a liquidação da multa parecem reavivar a discussão, o que enseja posições contrárias à eleita pelo legislador, como a do Prof. Marcelo Lima Guerra, que afirma não ter o exequente, pelo menos em princípio, o direito de perceber nenhum valor, em decorrência do inadimplemento do executado, "que não seja àquela correspondente a perdas e danos", posto que, nesta relação, "o primeiro só tem direito à prestação contratada ou ao equivalente pecuniário dessa mesma prestação"[21].

De maneira semelhante é a lição de Luiz Guilherme Marinoni ao destacar o caráter psicológico da multa, razão pela qual, segundo o autor, quebra com a coerência interna do instituto, com a racionalidade, *"a ideia de que ela deva reverter para o patrimônio do autor, como se tivesse algum fim indenizatório ou algo parecido com isso; seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional"*[22].

Feitas tais ressalvas, é importante destacar ainda o cabimento da multa, ou seja, perquirir sobre em quais espécies de obrigações podem ser fixadas. A legislação vigente, neste ponto, ampliou sua incidência. O Código de 1973 foi terreno fértil para discussão acerca de quais espécies de obrigações

19 STJ - AREsp: 1139084 SC 2017/0177693-4, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Publicação: DJ 05/09/2017.

20 Ibid.

21 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: RT, 1999, p. 207.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 222.

guardariam adequação com a cominação da multa, permitindo questionamentos, por exemplo, sobre a possibilidade de fixação em obrigações de entrega de coisa, bem como diante do descumprimento de obrigações de natureza pecuniária e fungíveis.

Com o Código de 2015, notadamente diante do texto do artigo 139, inciso IV[23], reavivou-se, inclusive, o debate acerca da aplicação da multa diante de prestações de natureza pecuniária, que, em nosso sentir, passou a depender apenas da adequação ao caso concreto, ou seja, desde que coerente com o seu escopo, posto que o legislador, expressamente, entendeu pela possibilidade da cominação.

Quanto às obrigações fungíveis, a legislação processual anterior, interpretada em cotejo com o Código Civil, apontava para impossibilidade da aplicação da multa nos casos em que a conduta do devedor não era imprescindível para ao adimplemento da prestação, corrente que, com a valorização da tutela específica das obrigações, tornou-se cada vez mais minoritária.

Outrossim, permanece, em nosso sentir, a necessidade de que sejam sopesadas as peculiaridades do caso concreto, de forma a não desprestigiar outros bens jurídicos e princípios em conflito, como fez o epíteto de nº. 144 da Súmula de Jurisprudência do TJ/RJ, que exclui, *prima facie*, a cominação da multa em algumas dessas hipóteses, veja-se:

> Nas ações que versem sobre cancelamento de protesto, de indevida inscrição em cadastro restritivo de crédito e de outras situações similares de cumprimento de obrigações de fazer fungíveis, a antecipação da tutela específica e a sentença serão efetivadas através de simples expedição de ofício ao órgão responsável pelo arquivo dos dados[24].

Ocorre que, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ, a aplicação da multa coercitiva tem cabimento no descumprimento de obrigações fungíveis ou infungíveis[25], bem como, desde as alterações legislativas promovidas em 2002, sua incidência pode se dar também diante de obrigações de entrega de coisa, esvaziando o epíteto de nº 500 do STF, que, tratando do Código de 1939, entendia pela impossibilidade de utilização da ação cominatória que tivesse por objetivo compelir o réu a cumprir obrigação de dar[26].

23 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 (grifou-se).

24 Uniformização de Jurisprudência nº. 2007.018.00006. Julgamento em 24/11/2008. Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação por maioria. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf?=18>.

25 STJ, 1ª Turma, REsp 893.041/RS, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 05.12.2006, DJ 14.12.2006.

26 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula n° 500. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500#:~:text=S%C3%9AMULA%20500,a%20cumprir%20obriga%C3%A7%C3%A3o%20de%20dar.>.

Desse modo, o CPC/2015 positivou muito do que estava consolidado na jurisprudência, disciplinando a multa no art. 537 e seus parágrafos, prevendo que a multa pode ser aplicada de ofício e em qualquer fase do processo, seja de conhecimento, em tutela provisória, na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação, e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

No parágrafo primeiro do artigo 537, a legislação permitiu ao juiz, analisando um pedido da parte ou mesmo de ofício, modificar o seu valor ou a sua periodicidade, tendo disciplinado em seus incisos tais hipóteses, quais sejam: quando tenha se tornado insuficiente ou excessiva ou quando o obrigado / executado tenha demonstrado o cumprimento parcial superveniente ou ainda quando demonstrada uma justa causa para não ter cumprido o comando.

Analisando os termos legais, percebe-se que, tanto quanto à fixação – *ao utilizar termos paradoxais como "suficientes" e "compatíveis" com a obrigação* – quanto no que tange à revisão da multa – *ao destacar expressamente apenas a possibilidade de modificação do valor ou periodicidade da multa vincenda* –, a legislação deixou margem para as maiores controvérsias em torno do tema, que se soma à questão da exigibilidade, apesar da dicção menos confusa do parágrafo quarto, conforme será abordado a seguir.

4 FIXAÇÃO, REVISÃO E EXIGIBILIDADE DA MULTA.

Compreendido o conceito, as hipóteses de cabimento e o destinatário da multa, permanecem em aberto pontos sensíveis no processo de aplicação da multa, que vão desde sua fixação até a sua exigibilidade, e que muitas vezes exigem atenção diante do conflito com outros princípios.

Assim, embora já se tenha destacado que a multa não se confunde com a obrigação principal, razão pela qual se afirma que a fixação do seu valor a ela não se limita, como ocorre de maneira distinta com a cláusula penal, isso não implica admissão de cominações que ignorem o caráter coercitivo pretendido pelas astreintes.

É por isso que, além de fixar o valor, é imprescindível que seja fixado prazo razoável para o cumprimento do comando judicial, tanto que, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ, caso a decisão judicial não tenha fixado prazo adequado para o seu cumprimento, "não cabe a incidência da multa cominatória uma vez que ausente o seu requisito intrínseco temporal"[27].

Além do aspecto temporal, o próprio valor da multa precisa levar em conta outros *standards*, como o da Razoabilidade e Proporcionalidade, da Vedação

27 AgInt no REsp 1361544/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03-10-2017, DJe 05-10-2017).

ao Enriquecimento Sem Causa, do Menor Sacrifício do Executado, este previsto de maneira expressa no art. 805 do Código de Processo Civil em vigência.

A par disso, embora a fixação do valor da multa deva servir ao seu escopo, desestimulando o comportamento desidioso, a inércia, por outro lado, não pode tornar o descumprimento da obrigação mais atraente que o seu adimplemento, servindo como fonte de locupletamento ilícito, razão pela qual precisa o magistrado se nortear também pelos princípios destacados acima, além de observar o comportamento do próprio credor da obrigação.

É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se depreende do Relatório do Min. Luis Felipe Salomão[28] que destaca o desestímulo a inércia injustificada como objetivo precípuo da norma, e que a cominação da multa deve ser norteada pela razoabilidade e proporcionalidade "para que não seja fonte de enriquecimento indevido ou, por sua insuficiência, desestímulo ao devido cumprimento da obrigação".

Na busca por esse equilíbrio, a multa pode ser revista, e questão que se coloca é saber quais os limites temporais para essa análise, qual a interpretação adequada para o parágrafo artigo 537 § 1º do CPC/2015, o alcance da expressão "modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda".

Para parte da doutrina[29], o dispositivo veda a redução da multa consolidada, vencida, posto que já faria parte do patrimônio jurídico do credor, e a redução deste crédito constituído representaria lesão ao direito adquirido pelo demandante, que não pode ser atingido pela banalização do uso indistinto do Princípio que veda o enriquecimento sem causa.

No projeto do atual Código de Processo Civil/2015 que foi enviado pela Câmara dos Deputados, de maneira contrária à dominante jurisprudência, majoritariamente filiada ao entendimento de que astreinte não faz coisa julgada ou preclui, a redação do dispositivo fazia menção sobre a impossibilidade da revisão judicial atingir fatos pretéritos.

Ocorre que o texto não prevaleceu, e a retirada da expressão "sem eficácia retroativa" da nova legislação processual acabou por silenciar acerca dos efeitos temporais da decisão cominatória.

Mesmo entre os que se filiam pela possibilidade de revisão a qualquer tempo, pela necessidade de balizamento por outros princípios em jogo, a maneira como essas normas deverão ser utilizadas no caso concreto divide a Corte Superior, notadamente acerca de qual momento deverá ser analisada a razoabilidade do valor da multa.

Para a Terceira Turma, nos termos do relatório da Ministra Nancy Andrighi, a análise de compatibilidade do valor da multa com o princípio

28 STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 715.637 - DF (2015/0121153-7) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. DJ: 29/06/2015.

29 Neste sentido, ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 370.

da razoabilidade não deve ser feita considerando o total acumulado, mas a comparação do valor da multa, "com a expressão econômica da prestação" no momento em que foi fixada, sendo esse "o critério mais justo e eficaz para a aferição da proporcionalidade e da razoabilidade"[30].

Conforme destacou na decisão, realizar essa análise fazendo o cotejo entre o valor da obrigação principal e o total alcançado pela multa "poderá estimular a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais", que pode vir a esperar que o valor da multa atinja valores vultosos contando com a redução do valor pelas cortes recursais.

No caso, em que a instituição bancária deduziu pretensão de ver reduzida a multa relacionada a uma obrigação relacionada a uma cobrança de R$ 123,92, a Terceira Turma entendeu pela possibilidade de reduzir o valor da multa diária de mil para cem reais, mantendo, porém, inalterado o número de dias sob qual incidiria, fórmula proposta pela Ministra pra combater a recalcitrância sem que se negue vigência ao Princípio da Razoabilidade.

No mesmo julgado, destacando o escopo do instituto e a necessidade de que se aplique a multa sem torná-la mais sedutora que a satisfação da própria obrigação, observou a Ministra:

> A multa cominatória é instrumento processual adequado à busca de maior efetividade da tutela jurisdicional, funcionando como mecanismo de indução do devedor ao cumprimento da obrigação e da própria ordem judicial. Não se trata, portanto, de um fim em si mesmo, de modo que seu valor não pode tornar-se mais interessante que o próprio cumprimento da obrigação principal.

De maneira diversa, para a Quarta Turma, a análise de compatibilidade entre o valor da multa e os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade não deve simplesmente desconsiderar o total do valor acumulado, o momento em que se converte em crédito, mas que deve ser analisado em cotejo com outros parâmetros, inclusive com o valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado, com o qual entendem que deve guardar correspondência com a obrigação principal[31].

A questão é que a limitação ao valor da multa considerando exclusivamente o valor da obrigação principal representaria um retorno à disciplina legal do código processual de 1939, que previa expressamente esse teto, e que só viria a ser alterado coma vigência do CPC de 1939.

30 STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.714.990 - MG (2017/0101471-4) RELATOR. MINISTRA NANCY ANDRIGHI. DJE: 18/10/2018.

31 Neste sentido, ver: REsp 947.466/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 13/10/2009; AgRg no AREsp 666.442/MA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015; AgRg no REsp 541.105/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 08/03/2010.

A par disso, o Ministro Luis Felipe Salomão em Voto-Vista proferido em novembro de 2016, preocupado com o que chamou de movimento pendular, de pulverização da jurisprudência da própria Corte Superior, destacou que, embora não seja o único, a correspondência / vinculação do valor das astreintes com "a expressão monetária da obrigação principal, deve ser um dos elementos a guiar o intérprete".

Para o Ministro, com base nas peculiaridades do caso concreto e orientado pelos princípios em jogo, além da correspondência do valor com a expressão econômica e da fixação de tempo razoável, deve-se observar a capacidade econômica e de resistência do devedor, mas também princípios comportamentais do magistrado e credor, como a possibilidade de adoção de outros meios pelo juiz e o dever do credor de mitigar seu próprio prejuízo, na esteira da doutrina anglo-saxônica do *Duty to Mitigate the Loss*.

Analisando as características do devedor, no que o Ministro chamou de análise de "custo-benefício" do comportamento desidioso, não deve considerar exclusivamente o patrimônio do devedor, mas também questionar as desvantagens e o "benefício econômico que o devedor poderá ter com a inobservância do preceito judicial".

Quanto aos demais sujeitos processuais, como decorrência dos princípios da boa-fé e cooperação processual, "é dever do juiz utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente, verificando alguma medida de apoio que não traga tantos prejuízos para as partes", sem ignorar que a multa não é o único meio disponível ao magistrado, podendo se valer de expedição de ofícios ou outra medida, inclusive substitutiva, que sirva ao adimplemento da obrigação.

O credor, por sua vez, deve se atentar para necessidade de mitigar sua própria perda, podendo configurar abuso do direito a sua inércia, o descaso quanto à satisfação da obrigação, violando a boa-fé objetiva, ofendendo a lealdade e cooperação processual, razão pela qual deve demonstrar em juízo seu interesse na tutela específica da obrigação, cumprindo com seu dever de informação, inclusive requerendo outras medidas possíveis de apoio ao cumprimento da ordem.

É o sopesamento desses parâmetros, a partir de uma interpretação finalística das astreintes, que o tema deve ser encarado, sendo justamente essa aptidão para exercer coerção no devedor requisito para sua exigibilidade, não devendo prevalecer diante de quando não teve sucesso em forçar o devedor ao cumprimento, razão pela qual deve ser substituída e suspensa na busca pela tutela específica, ou o mais próximo disso.

Com o advento do CPC/2015, outra questão que se revelou controversa, na execução da multa, é a aplicação ou não do artigo do art. 513, § 2º, inciso I, do CPC e a possível superação do epíteto 410 da Súmula de Juris-

prudência do STJ, que condiciona a incidência e exigibilidade da multa à intimação pessoal do devedor.

Com efeito, o dispositivo legal supramencionado, que trata sobre o cumprimento de sentença, determina ser suficiente a intimação do devedor através de seu advogado constituído nos autos, por meio do Diário da Justiça, dispensando assim a intimação pessoal para seguir com a fase executiva.

Diante da nova disciplina legal, vozes defenderam sua aplicação ao caso da execução da multa cominatória. Filiando-se a essa tese, de que é suficiente a intimação do advogado do devedor, decidiu o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino[32]:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 1.132.325/RS (2017/0165846-0) RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (...) 5. Note-se que houve a intimação pessoal da parte devedora, a qual foi atendida por Oficial de Justiça, conforme consta do mandado de intimação juntado aos autos à fl. 104, tendo sido certificado pelo meirinho o cumprimento deste. 6. Ademais, cabe destacar que, com o advento do novel CPC, a precitada súmula restou, em tese, revogada pela aplicação do art. 513, § 2º, inciso I, do novel CPC, sendo suficiente para incidência da pena pecuniária a intimação do procurador da parte devedora mediante o diário oficial.

Tal entendimento afasta a incidência da jurisprudência consolidada, desde 2009, na forma do epiteto 410, que traz a seguinte orientação: "a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

Ocorre que, apesar das críticas, que veem na aplicação da súmula prejuízo à celeridade e efetividade do processo, contrariando o intuito da reforma legislativa, o STJ continua aplicando a orientação, entendendo que a súmula 410/STJ orienta que a incidência da multa se dará a partir do momento em que se escoa o prazo estipulado para o adimplemento voluntário da ordem, "ou melhor, a partir da intimação pessoal do devedor se inicia a contagem do prazo para o cumprimento da decisão, sob pena de incidência imediata da multa previamente estabelecida"[33].

Assim, por possuir regime diferente da obrigação de pagar quantia, notadamente diante da inexistência de prazo fixo, determinado pela lei, como nos casos de execução de obrigação pecuniária, o Superior Tribunal de

32 STJ - AREsp: 1132325 RS 2017/0165846-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 04/09/2017.

33 RECURSO ESPECIAL Nº 1.758.800 - MG (2017/0023348-8). RELATORA: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de julgamento: 18/02/2020.

Justiça continua aplicando a orientação, entendendo o regime da astreintes incompatível com a intimação ficta do devedor / executado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua origem, através de sua construção na jurisprudência francesa, a multa cominatória processual é acompanhada por críticas, tendo sido concebida pela Doutrina, em sua origem, como violadora dos direitos do devedor, que não poderia ser sancionado sem a existência de lei, em sentido formal, cominando a suposta sanção.

Pode-se perceber, neste itere, que ao importar o instituto tendo como base a experiência francesa, a processualística brasileira, muitas vezes, incorreu nos mesmos equívocos na concepção de sua caracterização, olvidando que a multa tem caráter processual, que objetiva simplesmente coagir o devedor ao cumprimento da ordem judicial, inexistindo, portanto, objetivos reparatórios ou sancionatórios.

Demais disso, na aplicação do instituto na rotina forense, a multa, por diversas vezes, se coloca em rota de colisão com outros princípios, como o que veda o enriquecimento sem causa, como o que exige adequação entre os meios e os fins propostos pretendidos pela aplicação da norma, o que enseja comumente a sua rediscussão em sede recursal.

Diante disso, a escolha do legislador pelo credor como destinatário da multa, em nosso sentir, representou abalo à coerência interna do instituto, posto que o acúmulo da multa tende a gerar tais questionamentos, como de que se tornou mais vantajosa que a própria tutela específica da obrigação, o que se teria evitado se a disciplina legal tivesse tomado caminho diverso.

Os critérios propostos pelo Ministro Luis Felipe Salomão, que destaca a necessidade de que sejam ponderados fatores múltiplos na fixação e revisão da multa, se revelam úteis na busca pela segurança jurídica em torno do instituto, afastando a discricionariedade judicial e o caráter lotérico que vem cercando o tema nos últimos anos.

Por esta razão, além de ter em mente os critérios legais fixados, que determinam que a multa deve ser suficiente e compatível com a obrigação, analisar o comportamento do magistrado e do credor se revela extremamente útil na busca pela aplicação do instituto sem que se distancie de sua teleologia, que guarda relação com a busca por efetividade da justiça e pela satisfação da obrigação, e não com o enriquecimento sem causa do credor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 nov 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva.** 7ª ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Redução do valor da astreinte e efetividade do processo.** In ASSIS, Araken de et al (coords.). **Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim.** São Paulo: RT, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. ed. rev., ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 232.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Execução. 3 ed. V. 4. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC.** 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer - e sua extensão aos deveres de entrega de coisa.** 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

DAS ASTREINTES PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E UMA ANÁLISE DOS MEIOS EXECUTÓRIOS DAS DEMANDAS DE SAÚDE DA 15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA.

Caroline de Paula Cavalcante Parahyba
Advogada
Mestranda pela Universidade Federal do Ceará.

1 DO DIREITO À SAÚDE E A SUA JUDICIALIZAÇÃO

Inicialmente, os direitos sociais previstos pela Constituição de 1988 eram tidos como normas programáticas[34], todavia, de nada vale a previsão desses direitos, caso não haja a sua efetividade e a possibilidade de buscar a concretização de tais direitos face ao Poder Judiciário.[35]

Neste contexto, os dispositivos constitucionais deixaram de ser normas programáticas, isto é, normas que consubstanciam diretrizes para atuação futura dos órgãos estatais, e passaram a ser dotadas de força normativa, entendida como uma garantia para assegurar a eficácia da Constituição[36], ante a aplicabilidade direta e imediata pelos juízes e tribunais, podendo, inclusive, sobretudo os direitos sociais, serem exigidos em tutela judicial individual específica.[37]

Neste sentido, o direito à saúde foi previsto na Constituição Federal de 1988 como um direito social, sendo incluído no rol dos direitos fundamentais. Conforme expresso no artigo 196 da Carta Magna, cabe ao Estado assegurar a todos o direito à saúde, mediante políticas sociais e econômicas, com o fito de reduzir o risco de doenças e de outros agravos, bem como promover o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

34 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.1.

35 JÚNIOR, William Paiva Marques. Modulação de políticas públicas sanitárias do poder executivo pelo supremo tribunal federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo coronavírus (covid-19): enfrentamento de paradoxos. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, n. 1, p. 2, 2020.

36 VIEIRA, Iacyr de Aguilar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, v. 35, n. 139, p.8, 1998.

37 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. **Disponível em:<** https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso em 10 fev.2021.

O conceito de direito à saúde não se trata, precisamente, na obtenção absoluta da saúde, mas sim, sua proteção, por meio de ações do Estado para buscar prevenir e remediar a saúde do indivíduo ou da coletividade.[38]

O contorno da norma constitucional de proteção ao direito à saúde é delineado pelo princípio da universalidade, equidade e integralidade do atendimento. O primeiro princípio garante o direito à saúde a todos indistintamente; o segundo assegura o tratamento isonômico daqueles que buscam a prestação do Estado, no tocante à saúde; o terceiro e último se refere à estrutura plena para promover, prevenir e recuperar o direito à saúde de todos.[39]

Assim, com a finalidade de garantir a universalização desse direito, foi promulgada a Lei de nº 8.080/90, que cria o Sistema Único de Saúde (SUS). No entanto, se de um lado a referida política pública promove um aperfeiçoamento para tornar a saúde um direito universal, por outro lado, enfrenta vários obstáculos para efetivar o alcance desse direito para todos indistintamente.[40]

Neste azo, ante a ineficiência do Estado de promover o direito à saúde para todos e considerando se tratar de uma norma constitucional dotada de força normativa, a judicialização passou a ser o meio para concretizar esse direito fundamental, circunstância que tem ocasionado um aumento excessivo de demandas judiciais, dificultando o acesso à justiça na busca do direito tutelado, tendo em vista o abarrotamento do Poder Judiciário, decorrente de inúmeras ações, em sua maioria, de caráter individual.[41]

Para além do debate sobre as demais consequências da judicialização da saúde, como o impacto do orçamento público, o ativismo judicial, a controvérsia do princípio da indisponibilidade do interesse público, da reserva do possível e do mínimo existencial, o princípio do acesso à justiça é formado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, bem como pelo princípio da razoável duração do processo, não tendo este último sido cumprido ante a morosidade do Poder Judiciário de solucionar os conflitos de um número expressivo de processos.

---

38 SILVA, Fábio de Souza. Tutela judicial do direito à saúde. 2010. 10 f. **Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Orientador: Ricardo Lobo Torres.**

39 TENÓRIO, Damião Soares. O redimensionamento do princípio da indisponibilidade do interesse público: A criação da câmara de mediação e conciliação de saúde no âmbito da fazenda pública.2016. 21f. **Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientadora: Dra. Clarissa Sampaio Silva**

40 ASENSI, Felipe Dutra. A Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 85-110. ISBN 978-85-7700-735-6.

41 WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: **Revista de Processo**. 2011. p. 381-389.

No âmbito do direito à saúde, a morosidade não consiste, tão somente, em obter um provimento jurisdicional, mas, sim, fazer com que essa decisão seja efetivamente cumprida.[42]

Deste modo, o Código de Processo Civil de 2015, no seu artigo 139, inciso IV, dispõe que o juiz pode "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária".

2 DOS PODERES EXECUTÓRIOS DO JUIZ

Não se pode confundir a atividade executiva do juiz como sendo processo de execução. Isso porque as atividades executivas do magistrado podem ocorrer em todas as fases processuais, seja no processo de conhecimento, no cumprimento de sentença, nas ações executivas e até mesmo em grau recursal.[43]

No processo de conhecimento, o digesto processual dispõe de alguns poderes, principalmente na fase de instrução processual, para consubstanciar o livre convencimento do magistrado, como exemplo, pode-se citar o artigo 370 do CPC/2015, o qual afirma que cabe ao juiz determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, bem como pode indeferir em decisão fundamentada as diligências inúteis ou meramente protelatórias.[44]

Já no processo de execução, o juiz deve atuar com a máxima ponderação, no sentido de garantir a efetividade do provimento jurisdicional obtido pelo exequente, sem, contudo, apreender todos os bens do executado. [45]

Não obstante ao exposto, o artigo 139 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe um rol de poderes executórios do juiz, os quais são aplicáveis a qualquer procedimento. Todavia, o inciso IV do dispositivo mencionado é o

42 NETO, Reis; DE FARIA, Manuel. Instrumentos jurisdicionais para efetivação do direito à saúde: uma análise dos processos em tramitação na 1ª vara da Fazenda Pública da Comarca de Palmas. 2018. **Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Tocantins (UFT) em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (MPPJDH).** Orientador: Prof. Doutor Tarsis Barreto Oliveira.

43 Ibid., p. 25.

44 CORTELLETTI, Filipe; CRIPPA, Anelise. A atuação do juiz no código de processo civil: parâmetros e limites da aplicação de medidas executivas atípicas. **Justiça & Sociedade**, v. 4, n. 2, p. 167.

45 ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.9.

mais relevante, quando se trata de cumprimento de sentença ou processo de execução para assegurar a efetividade das suas decisões.[46]

Como já dito acima, o inciso IV do artigo 139 do CPC/2015 preceitua que, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, o juiz pode determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

Nesse sentido, as medidas indutivas são aquelas que, ao estabelecer um benefício, induzem ao cumprimento da obrigação. Por exemplo, o artigo 827, §1, do CPC/2015 determina que se o executado realizar o pagamento integral em três dias, os honorários advocatícios que foram fixados no valor de 10% (dez por cento) é reduzido pela metade. [47]

Ou seja, o próprio Código de Processo Civil de 2015, ao determinar a redução dos honorários advocatícios se o executado efetuar pagamento integral em três dias, fixa um "prêmio" ao executado, caso este cumpra a obrigação. Igualmente, o código processual nos seus artigos 90, §3º; 701; 916 e 1.040, §2, também determinou uma sanção "premial" para assegurar o cumprimento no prazo concedido judicialmente. Tais exemplos são de medidas indutivas legais, mas o inciso IV do art. 139 do CPC abre a possibilidade dessa medida ser feita pelo juiz, isto é, uma medida indutiva judicial. [48]

Diferentemente da medida indutiva, a medida coercitiva é aquela que impõe um constrangimento ou repressão para assegurar que o devedor cumpra a decisão judicial. Diante disso, as medidas coercitivas podem ser por meio de restrição de direitos, como a prisão do devedor de alimentos previsto no artigo 528 do CPC/2015, ou, por meio de coerção patrimonial, tal como é o caso das multas cominatórias ou astreintes, como se observa no artigo 537 do CPC/2015, que assegura que a multa: "Poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito".[49]

Já as medidas mandamentais são espécies de ordem para compelir o devedor a cumprir a obrigação, sob pena de crime de desobediência, caso não seja obedecida a ordem. Tal medida é mais utilizada nas obrigações de fazer ou não fazer de natureza infungível.[50]

46 CORTELLETTI, Filipe; CRIPPA, Anelise. A atuação do juiz no código de processo civil: parâmetros e limites da aplicação de medidas executivas atípicas. **Justiça & Sociedade**, v. 4, n. 2, p. 167.

47 LACERDA, Lorena Rodrigues. Critérios E Limites Na Aplicação Das Medidas Coercitivas Atípicas Do Art. 139, Iv Do Código De Processo Civil Na Execução Para Pagamento De Quantia Certa Contra Devedor Solvente. 2020.**Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, p.61**.

48 Ibid., p.61.

49 MEIRELES, Edilton. Cooperação judicial e poderes do juiz na execução conforme o CPC de 2015. **Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, ano**, v. 4, p. 490.

50 Ibid., p.494.

Por último, há as medidas sub-rogatórias. Conforme o próprio nome já diz, sub-rogar se refere ao ato de substituir, deste modo, o juiz substitui o executado, independente da sua concordância, para cumprir a decisão judicial. São exemplos de medidas sub-rogatórias a penhora, expropriação, depósito e entrega de coisa, bem como os bloqueios judiciais.[51]

Portanto, tendo em vista os poderes do juiz e considerando o foco do presente estudo, analisa-se, a seguir, as medidas atípicas mais eficazes para o cumprimento das decisões judiciais de saúde, quais sejam: as medidas coercitivas com aplicação das astreintes; as medidas sub-rogatórias com a determinação do bloqueio judicial das verbas públicas e ainda a medida mandamental da prisão do agente público, sendo este último tema polêmico diante da sua possibilidade.

3 DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER: DAS ASTREINTES PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E UMA ANÁLISE DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO.

O direito à saúde, caracterizado como um direito social, é um direito fundamental de segunda dimensão, o que impõe ao Estado uma prestação positiva para alcançar a justiça social e a igualdade material. Quando este não o faz, o indivíduo, para assegurar seu direito à saúde, ingressa com uma demanda no Poder Judiciário para que o Estado cumpra sua obrigação de fazer, que, em sua maioria, converge no pedido de fornecimento de um medicamento ou de um leito de UTI.

Por as demandas de saúde tratar-se de obrigação de fazer, importante traçar algumas características gerais sobre o cumprimento de sentença de tais obrigações. Sendo assim, o artigo 536, caput do CPC/2015, preceitua que o juiz pode, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer.

Para alcançar a efetivação da tutela específica, a lei processual prevê um "sistema de atipicidade dos meios executivos"[52]. De forma que o primeiro parágrafo do artigo 536 dispõe de um rol, meramente exemplificativo, cabendo ao juiz decidir a melhor medida a ser adotada diante do caso concreto. Somado a isso, o parágrafo terceiro do mesmo dispositivo processual

51 LACERDA, Lorena Rodrigues. Critérios E Limites Na Aplicação Das Medidas Coercitivas Atípicas Do Art. 139, Iv Do Código De Processo Civil Na Execução Para Pagamento De Quantia Certa Contra Devedor Solvente. 2020.**Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, p.61**.

52 CÂMARA, Alexandre Freitas**. O novo Código de Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas,2016 Forense, 2018, p369.

determina que o executado que descumprir injustificadamente a ordem judicial incidirá nas penas de litigância de má-fé, podendo ainda ser responsabilizado por crime de desobediência.

Diante das características gerais do cumprimento das obrigações de fazer, observam-se, a seguir, as astreintes utilizadas como meios executivos para assegurar o cumprimento das decisões de saúde.

3.1 Das astreintes para o cumprimento forçado das ações de saúde

É certo que não se pode presumir que o Poder Público descumprirá uma decisão judicial, pois admitir isso seria entender que não existe a busca do interesse público e o respeito pela boa-fé pública, contudo, em alguns casos, realmente os entes federados não cumprem a decisão judicial, sendo necessário adoção de medidas atípicas por parte do magistrado para buscar efetividade ao provimento judicial.

Dentre essas medidas, estão as astreintes, também conhecidas como multas coercitivas, e, sendo assim, por ser uma condenação pecuniária aplicada diante do atraso do devedor, possuem a finalidade de coagir e ameaçar para que este cumpra com a obrigação.[53]

Sobre a multa, o artigo 537 do CPC/2015 prevê que esta, independe de requerimento da parte, poderá ser aplicada em qualquer momento processual, na condição de que seja proporcional e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Com relação ao valor da multa, o mesmo dispositivo no parágrafo primeiro preceitua que o valor ou a periodicidade da multa vincenda pode ser modificada ou excluída, de ofício ou a requerimento, desde que fique confirmado que se tornou insuficiente ou excessiva para o devedor, ou, ainda, se este mostrar que cumpriu parcialmente a obrigação de forma superveniente, restando também a hipótese de o devedor demonstrar justa causa para o descumprimento.

Apesar de o dispositivo acima permitir a modificação do valor da multa das parcelas vincendas, surgiu uma controvérsia por parte dos estudiosos sobre o assunto, sobretudo nas parcelas vencidas e se isso seria considerado uma perda do caráter coercitivo da multa. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a multa não produz coisa julgada material por ser um instrumento de execução indireto, razão que a revisão pode ser feita em qualquer momento, até mesmo na fase de execução da própria multa.[54]

Diante disso, indubitável que a multa pode ser modificada, seja para majorá-la, o que implica em aumentar sua força coercitiva, seja para redu-

53 LIEBMAN, Enrico. **Processo de execução**. São Paulo: Bestbook editora, 2003, p. 280.

54 SAMPAIO, Danilo Cosme Santos; SILVA, Tulio Macedo Rosa. **Aplicação da ótica processualista cível ao direito à saúde: uma análise dos institutos jurídicos e desafios enfrentados.** R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 11, n. 2, p. 211, jul/dez 2020.

zi-la, tendo em vista que não pode acarretar enriquecimento ilícito para o credor, em razão do alto valor fixado pelo magistrado.

No tocante ao destinatário da astreinte, o Código de Processo Civil de 2015 no seu artigo 537, §2 deixou bem claro ao estabelecer que o proveito da multa é em favor do exequente, principalmente considerando que este é o principal prejudicado pela mora do devedor no cumprimento da obrigação.

Já acerca da exigibilidade da multa coercitiva, isto é, qual o momento em que esta pode vir a ser exigível pelo exequente, o dissenso ocorre especialmente sobre as tutelas antecipadas, tendo em vista que se trata de um título executivo provisório, razão que tal exigibilidade será analisada em três perspectivas: após o trânsito em julgado da sentença que julga procedente o pedido do autor; execução provisória imediata da multa e execução definitiva imediata da multa.[55]

Nesse sentido, na perspectiva de que a multa somente poderá ser exigível após o trânsito em julgado da sentença, entende-se que a astreinte é um instrumento para forçar o cumprimento da obrigação, ainda que se trate de uma tutela antecipada. Sendo assim, se ao final do processo o Magistrado julgar que o autor não é detentor desse direto, revogando a tutela outrora concedida e julgando a ação improcedente, não há por que ele ser beneficiado com o valor da multa.[56]

No viés de que a multa poderá ser exigida imediatamente na execução provisória, compreende-se que essa modalidade foi prevista pelo Código de Processo Civil no seu artigo 537, §3, uma vez que a astreinte pode ser cobrada no cumprimento provisório de sentença, de forma que o valor deve ser depositado em juízo, mas o valor somente poderá ser levantado após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

Por último, há quem entenda que a multa coercitiva poderia ser cobrada por meio de execução definitiva, posto que a incidência da multa não se relaciona, tão somente, com a matéria pleiteada pelo exequente, mas, sim, em razão de desobediência a uma decisão judicial, motivo que poderia ocorrer a execução definitiva da astreinte.[57]

Portanto, apesar das controvérsias, o Código de Processo Civil dispôs no seu artigo 537, §3 que pode ser promovida a execução provisória da multa. Entretanto, o levantamento da quantia somente poderá ser realizado após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

---

55 DOS SANTOS, Evandro Monteiro; DA SILVA, Fabio Dias. A exigibilidade das astreintes pelo cumprimento forçado das ações de medicamento. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 15, n. 15, 2019,p.11.

56 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 12ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010,p.419.

57 GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Execução de multa: art. 461, §4º, do CPC e a Sentença de Improcedência do Pedido**, in: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Além da exigibilidade da multa, outro tema que gera dúvidas entre os aplicadores do direito é sobre qual o momento que a astreinte começa a incidir, todavia, o digesto processual civil expôs no seu artigo 537, §4, que a multa começa a incidir quando terminado o prazo fixado pelo Magistrado para o cumprimento da obrigação.

Assim, por exemplo, o juiz estabelece na decisão que o devedor possui 5 (cinco) dias para o cumprimento da obrigação, sob pena de multa diária, dessa forma, passados os 5(cinco) dias, isto é, no sexto dia, a multa começa a ser aplicada e sua incidência somente cessa com o cumprimento da obrigação ou quando o magistrado verifica que o seu valor não mais conduzirá ao cumprimento da ordem.[58]

Ademais, ainda no tocante às astreintes, faz-se necessário analisar sua aplicação nas demandas de saúde em face da Fazenda Pública, especialmente por ser o Poder Público o maior litigante de tais ações judiciais.

3.2 Uma análise dos meios executórios das demandas de saúde da 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza.

Neste azo, com a finalidade de se encontrar um padrão quanto ao efetivo cumprimento das decisões judiciais de saúde, foi realizada uma coleta de dados, por meio da consulta pública dos processos da 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, pelo sistema ESAJ-TJCE.

Considerando que o propósito da análise é o cumprimento da decisão judicial, foi necessário realizar um recorte tanto pela data de disponibilização no sistema esaj-tjce entre o período do dia 01 de janeiro de 2021 a 09 de maço de 2021, como a exclusão dos processos em que o pedido foi julgado improcedente e dos processos envolvendo a pandemia do COVID-19, uma vez que se tratando de calamidade pública, a orientação para os magistrados é de não aplicar nenhuma medida coercitiva ou sub-rogatória, razão que ao todo foram analisados 15 processos judiciais relacionados ao direito à saúde.

Neste sentido, a pesquisa demonstrou que em apenas 20 % (vinte por cento) dos casos houve um cumprimento espontâneo por parte do Poder Público, em que não houve a incidência da medida executória. Em 66,6% (sessenta e seis vírgula seis por cento) das demandas judiciais, o cumprimento da decisão somente ocorreu após a aplicação da medida executória. Já em 13,33% (treze vírgula trinta e três por cento) dos processos analisados, o cumprimento da decisão não se aplica, em virtude de morte do autor da demanda.

Verificou-se ainda que, em 73,3% (setenta e três vírgula três por cento) dos processos analisados, o Magistrado determinou uma medida executória já na primeira decisão, tendo sido adotado em todos os casos a medida de multa, a fim de efetivar, prontamente, o direito à saúde.

58 MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 520-521.

Percebe-se que esse resultado não significa que os magistrados presumam que o gestor não cumprirá a decisão judicial, todavia, tal medida é imposta na maioria das decisões judiciais por versar de um direito indisponível, qual seja, a vida e a saúde do jurisdicionado, razão que a mora de uma segunda decisão judicial para determinar uma nova medida executiva pode causar um prejuízo, até mesmo fatal, ao autor da ação. [59]

Todavia, apesar da cautela dos magistrados de impor, na maioria dos processos, a medida executória de multa na primeira decisão, restou demonstrado que em 33,3% (trinta e três vírgula três por cento) dos processos judiciais foi necessário uma nova decisão judicial para buscar garantir a efetividade do provimento judicial, vez que a imposição somente da pena de multa não foi o suficiente.

Da natureza das medidas executórias adotadas na segunda decisão, verificou-se que a majoração do valor da multa representou 20% (vinte por cento) dos processos, do mesmo modo, o aumento do valor da multa culminado com o bloqueio de verba pública corresponderam também a 20 % (vinte por cento) dos casos, a majoração do valor da multa cumulada com a responsabilidade do agente público evidenciou 40% (quarenta por cento) das medidas atípicas adotadas pelos magistrados nas decisões judiciais.

Diante da responsabilidade do agente público, culminado com o aumento da multa ter sido a medida executória mais adotada pelos magistrados, a fim de efetivar o cumprimento judicial, torna-se necessária a possibilidade ou não de imposição de medidas coercitivas ao agente público que não faz parte do polo passivo da demanda.

3.3 Da possibilidade de aplicação de medida executória em terceiro que não faz parte do polo passivo da demanda e da (im)possibilidade de prisão civil do agente público como medida coercitiva.

Neste azo, o novo Código de Processo Civil em seu artigo 77, inciso IV e §1º prevê que todos aqueles que de qualquer forma participem do processo devem cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação, sob pena de punição como ato atentatório da justiça. Isso significa dizer que o terceiro, mesmo que não seja parte do processo, pode ser alvo de uma ordem judicial.

Portanto, indubitável que as medidas executórias possam ser aplicadas em face do agente público, posto que entendimento contrário seria obstaculizar a efetividade do provimento judicial, já que o agente público, por agir

59 NETO, Reis; DE FARIA, Manuel. Instrumentos jurisdicionais para efetivação do direito à saúde: uma análise dos processos em tramitação na 1ª vara da Fazenda Pública da Comarca de Palmas. 2018, p.55. **Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Tocantins (UFT) em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (MPPJDH).** Orientador: Prof. Doutor Tarsis Barreto Oliveira.

em nome do Estado, é o destinatário de uma decisão judicial, especialmente nas ações de saúde, de forma que é sensato que a medida executória exerça a pressão psicológica nele, e não no ente federativo, a fim de que ele cumpra a ordem judicial. [60]

Dentro dessa conjuntura, sabido da possibilidade de se aplicarem medidas executórias em face do agente público, há uma celeuma no tocante à possibilidade de prisão deste como medida coercitiva, tendo em vista que a única hipótese de prisão civil dentro do ordenamento jurídico brasileiro é a do devedor de alimentos, consoante o artigo art. 5º, LXVII da CF/88 e a súmula vinculante de nº 25 do STF, que reconheceu a ilicitude à prisão civil do depositário infiel.

Todavia, esclarece-se que apesar da polêmica existente entre os doutrinadores, o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se trata de uma prisão civil, mas sim de um crime de desobediência:

> CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL, POR SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DE RONDÔNIA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO. RECURSO PROVIDO. **O funcionário público pode cometer crime de desobediência, se destinatário da ordem judicial, e considerando a inexistência de hierarquia, tem o dever de cumpri-la, sob pena da determinação judicial perder sua eficácia. Precedentes da Turma.** Rejeição da denúncia que se afigura imprópria, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal a quo para nova análise acerca da admissibilidade da inicial acusatória. Recurso especial provido, nos termos do voto do relator.(STJ - REsp: 1173226 RO 2009/0246611-7, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 17/03/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2011) – **(Grifo nosso).**

Com data vênia ao Superior Tribunal de Justiça, não se pode confundir a natureza jurídica da decretação da prisão civil em face do descumprimento de uma decisão judicial e a prisão decorrente do crime de desobediência.[61], tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal julgado pela inadmissibilidade da prisão por crime de desobediência, em decorrência do descumprimento de provimento judicial proferido por juízo cível, e não criminal. [62]

60Ibid., p.59.

61 BERNKOPF, Erni; WICKERT, Lisiane Beatriz. A efetividade das medidas coercitivas e a possibilidade de decretação da prisão em caso de descumprimento de ordem judicial: uma análise a partir do novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas**, v. 6, n. 1, 2020, p.330.

62 PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Fazenda pública e execução. **Salvador: Juspodivm**, p. 136, 2018.

Desta maneira, o que deve ser analisado para conferir a possibilidade ou não da prisão civil do agente público é o conceito da palavra "dívida" prevista no art. 5º, LXVII da Constituição Federal de 1988, posto que, caso este conceito se trate apenas de uma obrigação pecuniária, ou seja, de pagar uma quantia certa, admite-se a hipótese de prisão nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa; por outro lado, se o entendimento for de que a concepção da palavra "dívida" abranja qualquer natureza de obrigação civil, seria inadmissível a prisão civil, exceto a do devedor de alimentos.[63]

Apesar da discussão sobre a abrangência do termo "dívida", a doutrina majoritária entende que o art. 5º, inc. LXVII da Constituição de 1988 utilizou a palavra "dívida" como qualquer espécie de obrigação, não apenas a pecuniária, tendo em vista que a Carta Magna busca privilegiar a liberdade individual, de forma que não é cabível o uso da prisão como meio coercitivo para o cumprimento de decisão judicial.

Todavia, parte da doutrina entende que é permitido pelo ordenamento jurídico a adoção da prisão civil como medida executória, se a decisão judicial tiver como finalidade a garantia de direitos não obrigacionais, posto que decorre do poder de império do Estado fazer valer a dignidade da justiça, sobretudo nos casos de direitos considerados mais relevantes (não obrigacionais). [64]

Com respeito à tese exposta acima do doutrinador Sérgio Arenhart, esta pesquisa se filia ao entendimento do doutrinador Freddie Diddier Júnior, que foi um dos elaboradores do Código de Processo Civil de 2015. Segundo ele, a prisão civil pode ser adotada como medida coercitiva de forma excepcional.[65]

Isso porque a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inc. LXVII, ao adotar a palavra dívida de forma abrangente, proibindo, assim, a prisão civil como medida coercitiva, com exceção do devedor de alimentos, considerou o direito de liberdade individual como sendo um direito fundamental absoluto, o que de modo algum pode se coadunar com a teoria dos direitos fundamentais, razão que segundo o autor Freddie Diddier Júnior, o juiz, ao ponderar uma colisão de direitos fundamentais, pode, de forma excepcional, afastar a proibição e adotar a medida coercitiva de prisão civil. [66]

Deste modo, a prisão civil do agente público pode ser adotada como medida coercitiva, desde que seja de forma excepcional, ou seja, quando

63 Ibid., p.133

64ARENHART, Sérgio Cruz. A prisão civil como meio coercitivo. **TESHEINER, José; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (coords.). Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil–Estudos em homenagem aos**, v. 25, 2011, p.19.

65 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017,p.128.

66 Ibid., p.128.

numa colisão de direitos fundamentais prevaleça o direito que a decisão judicial queira resguardar.

Por exemplo, é o caso de uma demanda de saúde em que o magistrado defere o pedido de leito de UTI do autor, que trouxe aos autos o laudo do médico assistente informando sobre a necessidade da internação, tendo em vista um grande risco de vida. Todavia, o Secretário de Saúde ou o Diretor do Hospital, simplesmente, afirma que não cumprirá o provimento judicial, mesmo havendo uma vaga. Assim, pode o magistrado aplicar a medida coercitiva de prisão civil deste agente público para assegurar a decisão? [67]

Neste caso, observa-se que há uma colisão de normas de direitos fundamentais, pois, de um lado, tem-se o direito à vida e à saúde do autor, de outro lado, estar-se-á diante da liberdade individual do agente público, razão que esta colisão deve ser suprimida pela ponderação dos valores, haja vista que normas de direitos fundamentais possuem um caráter duplo. Isto é, são princípios positivados na Constituição, caracterizando-se como "normas-princípios."[68]

Dessa maneira, observa-se que, na hipótese de conflito entre normas de direitos fundamentais, a hermenêutica constitucional é a chave para solução, haja vista que cabe ao intérprete, no caso o juiz da demanda, determinar o alcance material dos bens jurídicos tutelados conflitantes, com base nos princípios da concordância prática e da razoabilidade. [69]

Diante disso, o intérprete, ao aplicar o princípio da concordância prática, busca a harmonização das normas conflitantes, a fim de dar máxima efetividade a ambas normas de direitos fundamentais (normas principiológicas), ou seja, limitando o mínimo possível os bens tutelados por tais normas.

Merece destaque as palavras do Prof. José Joaquim Canotilho: "a especificidade (conteúdo, extensão e alcance) própria de cada princípio não exige o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes aponta para tarefa de harmonização, de forma a obter-se a máxima efetividade de todos eles."[70]

---

67 NETO, Reis; DE FARIA, Manuel. Instrumentos jurisdicionais para efetivação do direito à saúde: uma análise dos processos em tramitação na 1ª vara da Fazenda Pública da Comarca de Palmas. 2018, p.63. **Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Tocantins (UFT) em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (MPPJDH).** Orientador: Prof. Doutor Tarsis Barreto Oliveira.

68 ALEXY, Robert. **Teoria de direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, ano 2008, p. 141.

69 MORAES, Guilherme Penã de. **Direitos Fundamentais**: Conflitos e Soluções. Niterói, RJ: Frater et labor, ano 2000, p. 66.

70 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria constituição**. 7.ed. Coimbra, Portugal: Almedina, ano 2003, p. 1187.

Do mesmo modo, quanto ao princípio da razoabilidade, segundo Guilherme Peña de Moraes, é subdividido entre três premissas: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade. [71]

A adequação é o emprego do meio mais adequado, a fim de se atingir um fim perseguido.[72]A necessidade é o emprego do meio menos gravoso, e, por último, a proporcionalidade é a ponderação da axiologia das normas.[73]

Diante de todo exposto, é certo que não se pode ponderar a liberdade individual do agente público que nega o cumprimento da decisão arbitrariamente, em face da vida e da saúde do autor. Logo, o juiz, ao aplicar a medida coercitiva de prisão civil do agente público, deve averiguar a adequação e a necessidade, estando certo que outra medida executória não será suficiente para o cumprimento da obrigação, sendo a prisão a única maneira de resguardar a vida do autor, além de aplicar a medida de forma proporcional, ou seja, apenas até que a obrigação seja cumprida, sob pena de que assim não fazendo, torne a prisão civil ilícita, podendo responder por abuso de autoridade.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A prisão civil como meio coercitivo. TESHEINER, José; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (coords.). Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil–Estudos em homenagem aos**, v. 25, 2011, p.19.

ASENSI, Felipe Dutra. **A Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça:** perspectivas e desafios. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 85-110. ISBN 978-85-7700-735-6.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** 2009.**Disponível em:<** https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso em 10 fev.2021.

71 MORAES, Guilherme Penã de. **Direitos Fundamentais**: Conflitos e Soluções. Niterói, RJ: Frater et labor, ano 2000, p. 69.

72 ALEXY, Robert. **Teoria de direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, ano 2008, p. 117.

73 ALEXY, Robert. **Teoria de direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, ano 2008, p. 117.

BERNKOPF, Erni; WICKERT, Lisiane Beatriz. **A efetividade das medidas coercitivas e a possibilidade de decretação da prisão em caso de descumprimento de ordem judicial:** uma análise a partir do novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas**, v. 6, n. 1, 2020, p.330.

CÂMARA, Alexandre Freitas**. O novo Código de Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas,2016 Forense, 2018, p369.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria constituição**. 7.ed. Coimbra, Portugal: Almedina, ano 2003, p. 1187.

CORTELLETTI, Filipe; CRIPPA, Anelise. **A atuação do juiz no código de processo civil: parâmetros e limites da aplicação de medidas executivas atípicas. Justiça & Sociedade**, v. 4, n. 2.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 12ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

DOS SANTOS, Evandro Monteiro; DA SILVA, Fabio Dias. **A exigibilidade das astreintes pelo cumprimento forçado das ações de medicamento. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 15, n. 15, 2019.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Execução de multa: art. 461, §4º, do CPC e a Sentença de Improcedência do Pedido**, in: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JÚNIOR, William Paiva Marques. **Modulação de políticas públicas sanitárias do poder executivo pelo supremo tribunal federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo coronavírus (covid-19): enfrentamento de paradoxos. Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, n. 1, p. 2, 2020.

LACERDA, Lorena Rodrigues. **Critérios E Limites Na Aplicação Das Medidas Coercitivas Atípicas Do Art. 139, Iv Do Código De Processo Civil Na Execução Para Pagamento De Quantia Certa Contra Devedor Solvente.** 2020.**Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo.**

Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

LACERDA, Lorena Rodrigues. **Critérios E Limites Na Aplicação Das Medidas Coercitivas Atípicas Do Art. 139, Iv Do Código De Processo Civil Na Execução Para Pagamento De Quantia Certa Contra Devedor Solvente**. 2020. **Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.**

LIEBMAN, Enrico. **Processo de execução**. São Paulo: Bestbook editora, 2003, p. 280.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 520-521.

MEIRELES, Edilton. **Cooperação judicial e poderes do juiz na execução conforme o CPC de 2015. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, ano,** v. 4, p. 490.

MORAES, Guilherme Penã de. **Direitos Fundamentais**: Conflitos e Soluções. Niterói, RJ: Frater et labor, ano 2000.

NETO, Reis; DE FARIA, Manuel. I**nstrumentos jurisdicionais para efetivação do direito à saúde:** uma análise dos processos em tramitação na 1ª vara da Fazenda Pública da Comarca de Palmas. 2018. **Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Tocantins (UFT) em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (MPPJDH).** Orientador: Prof. Doutor Tarsis Barreto Oliveira.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda pública e execução. Salvador: Juspodivm**, p. 136, 2018.

SAMPAIO, Danilo Cosme Santos; SILVA, Tulio Macedo Rosa. **Aplicação da ótica processualista cível ao direito à saúde: uma análise dos institutos jurídicos e desafios enfrentados.** R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 11, n. 2, p. 211, jul/dez 2020.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMEN-

TO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.1.

SILVA, Fábio de Souza. **Tutela judicial do direito à saúde**. 2010. 10 f. **Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Orientador: Ricardo Lobo Torres.**

TENÓRIO, Damião Soares. **O redimensionamento do princípio da indisponibilidade do interesse público**: A criação da câmara de mediação e conciliação de saúde no âmbito da fazenda pública.2016. 21f. **Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientadora: Dra. Clarissa Sampaio Silva.**

VIEIRA, Iacyr de Aguilar. **A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse**. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, v. 35, n. 139, p.8, 1998.

WATANABE, Kazuo. P**olítica Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses.** In: **Revista de Processo**. 2011. p. 381-389.

ANEXO I- TABELA DOS PROCESSOS

Autos	Assunto	Houve medida determinada na primeira decisão?	Houve medida executiva posterior?	Qual medida 2ª decisão?	Coercitiva ou Sub-rogatória	Houve o cumprimento voluntário da obrigação antes de incidir a medida executória?	OBS
0113589-66.2016.8.06.0001	tratamento fisioterapeutico	sim-multa	não	----	coercitiva	sim	-------
0172061-94.2015.8.06.0001	tratamento ocular	sim-multa	sim	aumento do valor da multa + bloqueio de verba judicial	coercitiva e sub-rogatória	não	_____
0111231-31.2016.8.06.0001	procedimento cirúrgico	sim-multa	sim	bloqueio judicial	Sub-rogatório	não	_____

Autos	Assunto	Houve medida determinada na primeira decisão?	Houve medida executiva posterior?	Qual medida 2ª decisão?	Coercitiva ou Sub-rogatória	Houve o cumprimento voluntário da obrigação antes de incidir a medida executória?	OBS
0035995-34.2020.8.06.0001	UTI	Não	não	_____	_____	sim	_____
0105445-98.2019.8.06.0001	UTI	não	não	------		Não se aplica	Morte do autor
0142097-51.2018.8.06.0001	UTI	Sim-multa	sim	Aumento do valor da multa + responsabilidade do agente público	coercitivo	não	_____
0121100-13.2019.8.06.0001	UTI	não	_____	_____	_____	Não se aplica	
0133185-65.2018.8.06.0001	UTI	não	_____	_____	_____	SIM	
0144985-37.2011.8.06.0001	Fornecimento de medicamentos	Sim-multa	não	_____	coercitiva	não	
0148963-75.2018.8.06.0001	Fornecimento de PAVD	Sim-multa	não	_____	coercitiva	não	
0183304-93.2019.8.06.0001	Fornecimento de medicamento	Sim-multa	não	_____	coercitiva	não	
0876562-84.2014.8.06.0001	Fornecimento de medicação	Sim -multa	sim	Aumento do valor da multa e responsabilização do agente público	coercitiva	não	
0152660-41.2017.8.06.0001	Fornecimento de insumos	Sim-multa	não	_____	coercitiva	não	
0146601-71.2016.8.06.0001	Fornecimento de insumos	Sim-multa	não	_____	coercitiva	não	
0204568-79.2013.8.06.0001	Fornecimento de medicação	Sim-multa	sim	Aumento do valor da multa	coercitiva	não	

EXECUÇÃO E *VISUAL LAW*

César Morel Alcântara
Juiz de Direito do Estado do Ceará
Mestrando pela Universidade Federal do Ceará.

1 NOTAS INICIAIS

A matéria aqui cuidada possui como ponto de partida uma mazela tradicional do Direito Brasileiro, configurada em garantir maiores índices de efetividade das ordens judiciais, em especial, das decisões de natureza executiva.

O fato é que, mesmo após sucessivas mudanças legislativas, e a despeito da facilidade de comunicação, inclusive processual, dos dias atuais, a efetividade das decisões judiciais ainda aparece como grande desafio para a ordem jurídica nacional, sobretudo quando estamos a tratar da fase executória dos processos.

Com efeito, o outro lado da moeda da busca pela efetividade é a propagada morosidade do Poder Judiciário, a qual deve ser lida por meio da lente de uma crescente explosão de litigiosidade, gerando aquilo que especialistas em processo chamam de o 'fracasso do sucesso' do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário contava com acervo de 77 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2019, sendo que mais da metade desses processos (55,8%) se referia à fase de execução (Relatório Justiça em Números – CNJ).

Foi nesse ambiente de busca pela efetividade, de um lado, e morosidade na condução de processos, por outro, que a recente modernização da justiça se instalou, e revelou, pelo menos, três grandes mudanças de paradigma destacadas a seguir:

- Digitalização de Processos (Imaterialização dos processos e rotinas).
- Uso de tecnologias de sistemas e Inteligência Artificial.
- Tele audiências.

Desse modo, tais instrumentos se destacam como peças de um conjunto, sem as quais não se poderia romper tradicionalismos e dogmas. Malgrado, entretanto, a grande evolução disruptiva, ainda não se mostraram

suficientes para estabelecer a almejada efetividade dos processos, sobretudo os de cunho executório.

Assim, ao lado dos mecanismos tecnológicos propriamente ditos, propõe-se uma verdadeira mudança na própria forma de realizar e entregar o serviço público da justiça.

Suposto, logo de saída, é o fato de que é um erro muito comum se olhar para os institutos e procedimentos com o filtro do passado.

O processo virtual não é - e não pode - ser observado e vivenciado como um processo de papel, sob pena de se perderem todos os benefícios inerentes a essa nova realidade.

Um exemplo emblemático do que procuramos aqui realçar é a sentença judicial, comando judicial por excelência, a qual, se observarmos detalhadamente, é entregue para o jurisdicionado exatamente no mesmo formato e padrão dos anos de 1950.

Esse é o contraste; esse é o ponto. O nosso mundo é composto de telas e informações rápidas, ao passo que a Ciência Jurídica ainda utiliza meios tradicionais para promover sua comunicação-ligação com a sociedade.

O mesmo pensamento é aplicável, inclusive, para o conceito da própria efetividade e do Direito. O que era efetivo há duas décadas, nem sempre, ainda é hoje. De igual modo, urge necessária a revisão da própria ideia conceitual do Direito, de maneira a ser revisitada com os novos parâmetros agora em curso.

Assinalamos, *in hoc sensu*, que o tom da efetividade da norma é dado justamente pelo grau de cumprimento por seus destinatários. Em outras palavras, a efetividade nada mais é senão a realização concreta dos efeitos abstratos da norma jurídica (CUNHA, 2014, p. 67).

É o princípio da "máxima coincidência possível", o qual, na dicção de José Carlos Barbosa Moreira, "[...] deve atuar no sentido de imprimir à execução da sentença a aptidão para produzir resultado tendente a igualar aquele que se obteria mediante a realização espontânea do direito".

O certo é que o estudo ora sob relação visa a analisar a efetividade dos processos executivos na perspectiva não somente das mudanças tecnológicas recentemente incorporadas ao Direito, mas sobretudo na mudança da própria plataforma conceitual e de comunicação da Ciência Jurídica.

Impede referir a ideia de que a mudança de chave deve iniciar a partir de um processo-instrumento com transmissão de informações em formato mais simplificado, mais próximo do jurisdicionado, com informações claras e objetivas, de pronta absorção, expurgando-se todas as possibilidades de interpretações diversas.

Nesta seara, o caminho descrito é traduzido pelo uso da *Visual Law* como linguagem-padrão para transmissão da mensagem jurídica em processos executivos, em todos os seus detalhes, reforçando as consequências positivas para adimplir a obrigação, e, ao revés, as possibilidades negativas em caso de não cumprimento.

Essa metodologia – *Visual Law* - une técnica jurídica, tecnologia e *design* para simplificar a linguagem por meio de elementos visuais, como pictogramas, ícones, vídeos, infográficos e fluxogramas, e permite a conversão de documentos jurídicos, de qualquer natureza, em linguagem visual simplificada.

Portanto, que fique claro, não olvidamos as importantes mudanças legislativas na senda processual civil encadernadas no CPC de 2015, muito menos as indispensáveis novas tecnologias e meios de cariz tecnológico, finalmente, caminhando, ainda que nos primeiros passos, ao lado do Poder Judiciário.

Em verdade, o que demandamos analisar é justamente a necessidade de unir tais experiências de ruptura com algo mais disruptivo ainda – a própria visão do Poder Judiciário como estrutura simplificada, desburocratizada, informativa, auferindo-se, com amparo nessa nova roupagem, em celeridade e efetividade com procedência em uma comunicação, mais direta, com as partes e os interessados.

E, se este é o caminho, a *Visual Law* se traduz como esteira primeira nesse giro, tão longo quanto fundamental, para garantia de maior efetividade dos processos executivos.

Ex-positis, a *Visual Law* se revela como elemento principal na mudança do próprio eixo conceitual do Poder Judiciário.

E é assim porque se dispõe a romper, de uma só vez, com a linguagem tradicional, com a modalidade comunicacional, os formalismos exagerados, em busca de garantir, em sua essência mais pura, o próprio princípio da publicidade, pois algo somente é propagado com eficiência, se a parte receptora compreender a mensagem em todos os seus detalhes e aspectos.

Ao final desta nota introdutória, saímos com um propósito para o *Visual Law* no objeto deste ensaio – garantir maior efetividade dos meios executórios para a satisfação do credor exequente por intermédio de técnicas e elementos estruturados desse novo e ainda pouco entendido e estudado Direito Visual.

2 VISUAL LAW – MEIO DE RUPTURA DO ENCLAUSURAMENTO DA CIÊNCIA DO DIREITO

Boa e inusitada maneira de iniciar a conceituação de algo é, justamente, detalhando o que isso não é, antes mesmo de indicar qualquer referência ontológica do objeto em estudo.

Nessa linha, importante é abrir o primeiro capítulo deste segmento, expressando o que *Visual Law,* definitivamente, não é.

Portanto, para fins de esclarecimentos prévios, e como pressuposto fundamental aqui defendido, devemos ratificar a ideia de que *Visual Law* não é, como o primeiro contato com o tema fosse factível de ensejar, falar sobre desenhos, adornos, perfumarias, vídeos etc, estampados em peças jurídicas.

Com efeito, é muito mais do que isso, pois tais fatores são passiveis de ter existência, mas não compõem o "núcleo duro" do tema.

Não se há de esquecer de que não estamos a tratar de uma ruptura integral com o sistema atual, uma vez que o documento jurídico permanece com suas características técnicas, complexas. Apenas se demanda um jeito mais organizado e, por vezes, mais visual, com exclusão das palavras rebuscadas (*juridiquês*), em busca, ao final, de uma linguagem plenamente acessível ao usuário, tornando a informação mais simples, visual e igualitária (SOUZA, OLIVEIRA, 2020).

VISUAL LAW, e o ramo ao qual pertence, LEGAL DESIGN, é parte de uma engrenagem que possui ambições enormes no concerto do Direito, bases tão profundas que almejam rotacionar a própria estrutura do serviço jurídico.

Para compreensão inicial, é importante balizar a ideação de que LEGAL DESIGN é uma modalidade de criação de serviços jurídicos focada no USUÁRIO, entregando um produto mais útil e eficaz.

A ideia é simples. Sua concretização, nem tanto, a exigir uma grande abertura de pensamento - muito rara quando estamos a tratar de uma Ciência fincada em parâmetros tradicionais e imersa em linguagem própria e complexa.

O mundo fluente é ágil (quer entendamos ou simplesmente lutemos contra isso), e as pessoas consomem informações digitais a todo momento. E isso já é real.

Estudos apontam – é bem verdade – que, quando empregamos desenhos para expressar uma ideia, obtemos resultados distintos em relação a quando tentamos expressá-la com palavras, e normalmente aportamos a esses resultados com maior rapidez, nos alerta Tim Brown, em sua obra

Uma metodologia poderosa para decretar o fim das velhas ideias DESIGN THINKING.

O Direito não há de permanecer estagnado e prolixo, enquanto a vida se transforma a cada dia.

Sem medo de errar, algumas premissas fáticas já são enxergadas, e estas conduzem à necessidade de mudança imediata da formatação da linguagem do Poder Judiciário, sob pena de este Poder não ser mais reconhecido pela sociedade como guardião dos valores da Justiça, *ita,* falindo sua legitimidade.

Releva não perdermos de vista, e sempre que possível retornar a esse questionamento simples e basilar: o Poder Judiciário está entregando o serviço para o qual foi criado?

A resposta a essa indagação é procedida sob dois enfoques - o da efetividade e do meio de transmissão da informação.

Trilhando o segundo enfoque, cabe a segunda indagação: a entrega da prestação jurisdicional, do bem da vida, é sistematicamente produzida desde uma plataforma clara de comunicação?

In aliis verbis, as partes são devidamente esclarecidas durante e ao fim da atuação da Justiça? Conseguem compreender integralmente os atos e decisões proferidas?

Essas perquisições, em sua totalidade, são importantes e compõem o início da compreensão do tema em debate.

É certo que o Poder Judiciário possui um objetivo claro e se destina a entregar um serviço à sociedade. Assim, o destinatário desse serviço, como pressuposto primeiro, deve compreender as opções e os detalhes desse serviço.

Registre-se, de pronto, que o direito ao esclarecimento não é atividade extra, acessória, pois, ao contrário, se revela como ESSENCIAL e INDISPENSÁVEL para garantir a própria razão de ser do Poder Judiciário.

Portanto, o direito ao esclarecimento do serviço jurídico às partes se traduz como mecanismo para real e verdadeira participação processual, na constituição de um vínculo dialogado e de uma decisão mais coerente com a realidade fática e mais efetiva.

O processo dialogado, *in hoc sensu,* na verdade, significa assegurar que as partes atuem no âmbito do procedimento, de maneira que sua atuação tenha a força necessária para influenciar diretamente na decisão final.

E, para isso, como pressuposto básico e primeiro, há necessidade de ver esclarecidas todas as etapas, as opções e consequências legais de cada caminho assinalado, ou seja, existe a necessidade de informação clara sobre

o andamento processual, a legislação aplicável e todas as decisões proferidas.

Noutra fala, a moderna concepção de acesso à Justiça não é apenas formal, mas substancial. Significa, portanto, asceder a uma ordem política, jurídica, econômica e socialmente justa, e cujo pressuposto elementar é o direito à informação simples dos atos e das consequências jurídicas.

Busca-se uma maneira em que o jurisdicionado esteja ciente do que está ou não resguardado, e, com essas informações em mão, escolha com clareza e confiança a melhor estratégia processual.

Uma das características mais importantes da *Visual Law* é, justamente, a criação de soluções com foco no usuário.

Estamos a falar, então, da necessária inversão do olhar, retirar o enfoque intestino e colocá-lo em saída para o usuário do sistema.

Com a atenção direcionada ao jurisdicionado, mudando o formato da mensagem jurídica, ou seja, sintetizando os conteúdos complexos em vídeos, animações, esquemas, infográficos, linhas de tempo, destaque de fatos e argumentos *et reliqua*, chega-se à elaboração de peças processuais precisas e compreensíveis.

Ao final, são aumentados a densidade argumentativa e o caráter persuasivo dos discursos. Segundo Harris Eisenber, o cérebro processa imagens sessenta mil vezes mais rapidamente do que texto.

Ademais, hoje, mais de 90% das informações transmitidas ao nosso cérebro são visuais. E tais informações têm uma ligação direta com o convencimento das pessoas. Por exemplo, apresentações usando recursos visuais são 43% mais persuasivas.

Já temos, portanto, um caminho inicial a percorrer - a redução da complexidade das informações técnicas mediante divisão em etapas menores. Guiar o usuário para compreender as informações de maneira clara o levará a decidir mais rapidamente.

Bom exemplo de *Visual Law* é oferecido pela empresa LEGAL VISUAL SERVICE, de Chicago, a qual, dentre outros trabalhos, possui *designers* gráficos que transportam matérias complexas em gráficos fáceis de compreender, possibilitando que jurados apreciem nos tribunais com maior facilidade.

Nesse ponto, para sintetizar esse aspecto, devemos olhar o sistema legal com suporte nos seres humanos, vislumbrando suas necessidades e criando soluções adaptativas para garantir uma melhor e maior comunicação com aquele que se encontra na qualidade de usuário do sistema.

Vivenciamos tempos de profundas mudanças. O processo, antes um caderno físico, já ficou para trás. Agora, temos uma tela, espelhando página por página todo o procedimento jurídico.

Malgrado, entretanto, evolução da desmaterialização do processo, algumas rotinas do procedimento teimam em permanecer, mesmo na era digital.

Assim, o formato do processo em si, embora mais prático e fácil de acesso múltiplo e em qualquer lugar pelos agentes processuais, precisa ser acompanhado por ações de mudança, também, em outras questões processuais.

Como um exemplo, reportamo-nos à intimação dos atos processuais. Na atual conjuntura tecnológica, parece-nos cada vez mais medida de exceção o uso dos préstimos de um oficial de justiça para a entrega de intimações. Nessa linha, o processo digital deve vir acompanhado de medidas igualmente digitais, tais como intimações por aplicativos/redes sociais/*e-mail*.

Outro ponto que parece absolutamente necessário é se repensar o modelo de audiências, cada vez mais tendente à migração para um regime das tele audiências, sobretudo para se ouvir testemunhas residentes em outros locais, ou mesmo a participação de advogados e partes, independentemente da localização física.

Exemplo definitivo é justamente o formato em que são expressas as decisões judiciais, pois, apesar da mudança da plataforma, hoje digital, o formato é exatamente o mesmo, ou seja, decisão escrita, textos longos e complexos, com uso de expressões técnicas, quando hoje possuímos totais condições de transformar esse formato em algo mais simples, acessível e interativo.

Assim, permanecer com as velhas tradições, além de uma contradição relativamente às novas tecnologias, indica a ausência de adaptação do Poder Judiciário aos novos tempos, e a continuação desse défice de efetividade na prestação jurisdicional.

3 NOVOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA *VISUAL LAW.* PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO, DA TRANSPARÊNCIA PATRIMONIAL E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

O primeiro ponto que devemos tratar aqui diz respeito à necessidade, principalmente, do executado, mas, também, do exequente, em entenderem essa nova fase procedimental referente à execução.

O princípio do resultado, o qual norteia o processo de execução, simboliza a mais marcante diferença entre a relação processual de conhecimento e a de execução. Enquanto a primeira é expressa na isonomia entre

os litigantes, na execução, há a predominância da posição processual do exequente (credor).

O objetivo é obter a solução mais adequada para o cumprimento voluntário e tempestivo da prestação, e, sempre que eventualmente coexistirem mais meios igualmente hábeis para obter tal resultado, dever-se-á optar pela menos gravosa ao executado.

Assim, a isonomia entre os litigantes não vige plenamente neste tipo de relação processual, em decorrência da pressuposição de que o credor demandante tem a razão já atestada e reconhecida ou presumida pelo Estado.

Outro ponto que será objeto de maior aprofundamento está no fato de que alguns princípios, antes intocáveis em face do princípio da menor onerosidade do executado, vêm sendo flexibilizados pela jurisprudência, e aqui, a título de exemplos, mencionamos: a) a possibilidade de penhora de parte dos valores referente ao salário; e b) a possibilidade de venda de bem de família de valor elevado.

Nesse giro, a regra da impenhorabilidade há que ser mitigada, a depender do caso concreto, quando, por exemplo, o valor recebido a título de verba alimentar (salário, rendimento de profissional liberal etc.) exceder consideravelmente o que se impõe para a proteção do executado.

Assim, plenamente possível é penhorar parcela desse rendimento. Restringir a penhorabilidade de toda a verba salarial, mesmo quando a penhora de uma parcela desse montante não comprometa a manutenção do executado, é interpretação inconstitucional da regra (DIDIER, 2012, p. 564).

Ademais, com base no princípio da proporcionalidade, nada impede a venda de uma mansão milionária, sede da família, já que se preservaria a dignidade da pessoa do devedor, uma vez que o executado era passível de adquirir outro bem de família de valor menor (direito fundamental de moradia), e, ao mesmo tempo, satisfaria o direito do credor.

É que uma interpretação literal da regra da impenhorabilidade, tanto da verba alimentar, como do bem de família, seria uma interpretação em desconformidade relativamente aos preceitos da atual hermenêutica constitucional, a qual pondera que, nos casos de confrontos de direitos fundamentais, a interpretação deve ser a que mais adequadamente preserve e proteja ambos.

In hac sententia, é importante ao devedor-executado não somente compreender que o processo de execução/cumprimento de sentença inaugura uma fase com distinção clara em relação aos princípios da etapa de conhecimento, até porque - e isso é importante - o Estado abandona a sua marca imparcial e atua ao lado do credor para fazer cumprir as próprias decisões.

Portanto, é essencial - e este é o papel do Direito Visual - guiar e orientar mediante o máximo de informações possíveis as partes, sobretudo o executado.

É certo que o Código de Processo Civil preceitua, em seu artigo 6º, que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Por óbvio, para que a duração razoável do processo seja factível, é necessário incluir-se a satisfação daquilo que foi reconhecido judicialmente ou é reconhecido pela ordem jurídica, como sói acontecer nos títulos executivos extrajudiciais.

O dispositivo legal tem a intelecção de que as partes devem atuar leal e cooperativamente, não se furtando de colaborar com o juízo para a busca de uma solução justa e também legítima para uma prestação jurisdicional sem dilações indevidas.

Nessa contextura, na fase de execução, se destaca o princípio da transparência patrimonial do devedor ao cumprimento da obrigação constituída.

Ainda sob as diretrizes do Código de Processo Civil de 1973, a doutrina já assentava que se o devedor, intimado a indicar bens penhoráveis, ou esclarecer sua localização e valor, deixar escoar o prazo de cinco dias sem tomar a providência que lhe foi ordenada, configurado estará o atentado à dignidade da Justiça e cabível será a aplicação da multa.

Com efeito, bastará não cumprir o preceito judicial para incorrer na sanção legal. As partes têm o dever de cooperar na prestação jurisdicional, inclusive na execução forçada. Não revelar os bens penhoráveis, por isso, é um ato atentatório à dignidade da Justiça. Claro é que, se não existem bens para garantir a execução, o executado não deverá ser punido por isso. Deverá, contudo, esclarecer, no prazo assinado pela intimação judicial (cinco dias), sua situação patrimonial (THEODORO JÚNIOR, 2012, pp. 29-30).

O Código de Processo Civil de 2015, em normativo similar, dispõe com clareza ofuscante: "Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I - frauda a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - dificulta ou embaraça a realização da penhora; IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais; V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus. Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material."

O dispositivo legal, portanto, preceitua verdadeiro dever processual de boa-fé e transparência patrimonial, para que o processo não sirva como infindável "jogo do gato e o rato", onde a esperteza e a falta de boa-fé venham

a trinfar no processo, frustrando expectativas legítimas e transformando o Poder Judiciário num palco franqueado à prática de atitudes reprováveis ou omissivas. Tal intento frustraria a parte final do disposto nos artigos 4º e 5º do Código de Processo Civil, além do mencionado artigo 774/CPC.

É certo que o comportamento leal no curso do processo é induzido, e o desleal é reprimido por meio de sanção pecuniária (art. 774, parágrafo único). E a intensidade da força estatal subirá de grau, igualmente, erigindo o executado barreiras à atividade executiva na sua morada (art. 846, *caput*), chegando ao extremo da ordem de arrombamento (art. 846, § 1º), ou se a sua efetiva colaboração for reputada imprescindível ao êxito do meio executório, da ordem de prisão (art. 528, § 3º). E exatamente nesse ponto auferem realce os ditames do *Visual Law* com a incumbência de fazer o executado entender, de plano, essa intensidade gradual da força estatal, em busca da efetividade da prestação jurisdicional (ASSIS, 2016, p. 183-184).

Outro ponto que merece destaque diz respeito à redação do art. 190 da atual Lei Processual, na qual se assentou a figura do negócio jurídico processual, ou seja, a possibilidade de as partes estarem habilitadas ao procedimento processual, promovendo adaptações às especificidades da causa, e acordarem, mesmo durante o processo, sobre *onera*, poderes, deveres e faculdades processuais.

As partes, portanto, migram da posição de meros espectadores para partícipes da condução do processo, relando uma grande autonomia das partes.

Vale ressaltar o fato de que a doutrina é pacífica, ao ponderar que o negócio jurídico não há de violar as normas fundamentais do processo, muito menos os deveres de cooperação e boa-fé.

O fato é que, haja vista o caráter de cláusula genérica negocial do processo, esta é plenamente aplicável aos processos de execução, e, portanto, referida possibilidade deve ser informada às partes, logo no início do processo, como meio de situar essa possibilidade dentro das regras, uma espécie de *carta coringa* susceptível da discussão e negociação entre as partes.

Postulamos, aqui, portanto, o argumento de que essa informação técnica seja explicada mediante o uso de *Visual Law* para as partes do processo, difundindo-a em ultrapasse aos profissionais especializados, de modo a criar um campo legítimo de opção para as partes ante as peculiaridades eventualmente surgidas no curso da execução.

4 EFETIVIDADE EXECUTÓRIA COM O *VISUAL LAW.* ENSAIOS.

Veniam in me, a fim de nos reportar, neste segmento, a alguns aspectos importantes da fase de execução processual dentro da ideia do texto, ou

seja, o ponto de partida aqui é traçar um desenho das principais informações legais, no âmbito de um formato simplificado de exposição, facilmente absorvido pelo usuário.

O desafio proposto é, portanto, delinear o que há de mais essencial no que toca a cada módulo e, após essa seleção, repassar o conteúdo por meio de uma plataforma absolutamente acessível à sociedade, elegendo-se como alvo a pessoa mais leiga possível, para garantir o amplo entendimento por todos.

O trabalho aqui pensado, portanto, para tomar de empréstimo uma maravilhosa frase de Peter Druker, é *converter necessidade em demanda*. Para tanto, temos que voltar ao centro da história. Precisamos aprender a colocar as pessoas em primeiro lugar.

É exatamente isso que estamos a tratar. Como melhorar a experiência das partes em um processo de execução/cumprimento de sentença? Nessa linha, pensamos que alguns pontos nos parecem essenciais:

- Mensagens claras e objetivas.
- Do que se trata? O que fazer? Qual é a dívida? Como pago? Qual o prazo?
- Consequências do cumprimento.
- Consequências do não cumprimento.
- Legislação aplicada.
- Perguntas mais frequentes.
- Canal *online* tira-dúvidas.

Vale repisar que a estrutura agora expressa é passível de modificações e adaptações, justamente em face do estudo assente na resposta dos usuários do sistema.

Nessa linha, dois pontos principais deverão ser objeto de atenção. O canal *online* e o próprio formato de *Visual Law* a ser escolhido e implementado como maneira de transmitir a mensagem. Falemos de cada um, começando pelo canal de atendimento.

Esse canal é fundamental para produção de *feedback* em relação ao conteúdo da mensagem, ao seu entendimento, principalmente como meio de produzir melhoramentos posteriores.

Devemos recordar que essa mudança da maneira de comunicação de atos judiciais deve ser sempre buscada e prevista. Ademais, cada ramo da justiça e cada usuário possui peculiaridades as quais são habilitadas aperfeiçoamento do sistema.

Então, essa linha de comunicação é um canal de duas vias, onde o Poder Judiciário ajuda a esclarecer as dúvidas dos usuários do sistema, e, ao mesmo tempo, recebe importantes *outputs*, os quais serão fundamentais para refinamento da *Visual Law*.

Sobre o formato a ser escolhido, urge destacar o fato de que a estrutura ora mostrada é explorável pela *Visual Law*, tais como fluxogramas, vídeos, *storyboards*, ícones etc., sendo que cada um exprime suas vantagens e desvantagens.

Fluxogramas, vídeos, *storyboards* (espécie de estória em quadrinhos – *comics* - com as principais informações da decisão em formato de diálogo entre personagens), são refinadas modalidades de *Visual Law*, no entanto, demandam mais tempo inicial e esforço para sua produção.

Já os ícones se destacam por serem de fácil elaboração inicial, e conformam um excelente caminho para iniciar essa etapa de transição da linguagem, justamente por serem peças iniciais de comunicação, na medida em que permitem chamar atenção para os principais pontos, e, ao mesmo tempo, conseguem produzir uma desejada padronização visual das decisões.

Esse modelos - mostrados a seguir - possuem nítido foco no usuário do sistema de justiça, pois buscamos o zelo pela clareza e pela simplicidade, para estabelecer uma comunicação real entre o Poder Judiciário e o jurisdicionado.

O objetivo é que o uso das mencionadas técnicas de *Visual Law* tragam não apenas uma efetividade maior aos feitos executórios, mas deixem a parte do processo informada sobre todas as opções que possui, e acerca de quais as consequências de cada ato praticado.

A seguir, elegemos dois exemplos de possível aplicação do Direito Visual em sede de execução, ficando de pronto registradas as principais informações em texto, e, em seguida, por intermédio de anexos, outras modalidades de transmitir as informações de maneira mais simples.

4.1 Do cumprimento voluntário

o objetivo aqui é desenhar a arquitetura de um mandado de intimação de cumprimento voluntário, com os devidos esclarecimentos iniciais no âmbito dos parâmetros do *Visual Law*.

Do que se trata

É uma dívida fruto de um processo julgado (regra) e sem possibilidade de modificação.

O que fazer?

a) Pagar o valor determinado ou

b) Impugnação (15 dias seguintes aos primeiros 15 dias) – exceção – somente quando ocorreu erro no processo – no valor, na pessoa ou do juiz. (525, Parágrafos 1 e 2).

Qual a dívida?

Esclarecer o montante da dívida já com o valor integral com custas (acaso existentes).

Como Pago?

Pode ser depositando o valor na Justiça, ou com o próprio credor mediante recibo.

Qual o prazo?

a) 15 dias ÚTEIS, a partir da intimação. Atenção – regra a intimação via advogado.

b) Pode pagar antes de ser intimado.

Consequências do cumprimento ?

Extinção do processo. Quitação da dívida.

Consequências do não cumprimento ?

Multa de 20% sobre o valor da dívida – já informar o valor – 10% multa e 10% advogado e

Mandado de penhora e avaliação e

Protesto Cartorário e

Hipoteca Judiciária – Registro Imobiliário.

Artigos da lei aplicados ?

Arts. 495 e 513 a 527 do CPC – citar os artigos com negrito para as aplicações concretas do processo.

Perguntas frequentes

Elaboradas com suporte nos contatos recebidos com as dúvidas dos jurisdicionados pelo telefone/WhatSapp da Unidade.

Pode haver acordo?

Pode haver parcelamento?

Pode executar, mesmo tendo recorrido?

Já paguei a dívida, o que fazer?

A dívida não é minha; o que fazer?

Canal *online* tira-dúvidas

Canal que deve funcionar de modo a garantir um fácil acesso do usuário a um servidor da Justiça, devidamente treinado para o primeiro atendimento. De preferência, esse atendimento deverá ser executado em tempo real, e com uso de sistema de áudio e vídeo para garantir maior comunicação e mais empatia.

4.2 Da execução de alimentos

o exame dos arts. 528 a 533 revela que existem distintas técnicas para que a tutela jurisdicional executiva relativa aos alimentos seja prestada, quais sejam: protesto do título executivo e prisão civil (art. 528), desconto em folha (art. 529), "penhora/satisfação" (art. 530) e constituição de capital (art. 533).

Aqui, no entanto, vamos especificar a mais utilizada delas: a que prevê a prisão do alimentante.

Do que se trata

É uma dívida atual de pensão alimentícia fruto de sentença ou decisão (ATÉ 3 parcelas antes do processo).

O que fazer?

a) Pagar o valor determinado.

b) Comprovar que já pagou.

c) Justificar a impossibilidade absoluta de pagar.

Qual a dívida?

O valor integral das parcelas atrasadas (eventuais custas e honorários).

Como Pago?

Pode ser depositando o valor na Justiça, ou com o próprio credor, mediante recibo.

Qual o prazo?

Três dias úteis, desde a intimação.

Consequências do cumprimento

Extinção do processo. Quitação da dívida.

Consequências do não cumprimento

a) Prisão de 1 a 3 meses – regime fechado.

b) Protesto no cartório.

c) Inscrição no SPC/SERASA.

d) Possibilidade de desconto de até 50% do salário.

Artigos da Lei aplicados

Arts. 528 e seguintes do CPC. Lei de Alimentos 5478/68.

Perguntas frequentes

Elaboradas com amparo nos contatos recebidos com as dúvidas dos jurisdicionados pelo telefone/*WattSapp* da Unidade.

Pode haver acordo?

Pode haver parcelamento?

Já paguei a dívida; o que fazer?

Após cumprir a prisão, ainda continuo devendo os alimentos?

Continua pagamento alimentos para filho maior de 18 anos? Casado? Empregado?

Canal *online* tira-dúvidas

Canal que deve funcionar de forma a garantir um fácil acesso do usuário a um servidor da Justiça, devidamente treinado para o primeiro atendimento. De preferência, esse atendimento deverá ser executado em tempo real, e com uso de sistema de áudio e vídeo para garantir maior comunicação e mais empatia.

5 NOTAS FINAIS

De todo o alinhavado, percebe-se que estamos a atravessar um momento decisivo para a Ciência Jurídica.

São vários os temas correlatos tratáveis nesse fechamento.

A uma, o Poder Judiciário atualmente leva em seus ombros uma carga enorme de processos, sobretudo na fase executória, cujos métodos tradicionais se mostraram no mínimo insuficientes para o efetivo julgamento na velocidade requestada pela sociedade moderna.

A duas porque, como é cediço, e devemos reconhecer, há um verdadeiro abismo no que se refere à comunicação entre o Poder Judiciário e o

jurisdicionado, usuário do sistema de justiça, sendo esta muito distante da linguagem simples, visual e prática, própria dos dias atuais.

Um outro ponto que nos parece fundamental é que, transpondo as tecnologias, como o processo digital, as tele audiências e Inteligência artificial, há necessidade de aprender a colocar as pessoas em primeiro lugar, convertendo necessidade em demanda.

É justamente o foco na experiência e no usuário que fornece as bases para a utilização do Direito Visual.

Nessa linha, *Visual Law*, como exposto no texto, não se confunde com a mera utilização de elementos visuais, porquanto é muito mais do que isso. Em verdade, estamos a tratar de várias técnicas, como: disposição do texto, o tamanho da letra, as cores, uso de ícones, imagens, símbolos, uso de *QR codes*, infográficos, linhas do tempo, *storytelling* etc

Em linhas gerais, resumimos o uso do Direito Visual em alguns pressupostos essenciais. Vejamos.

a) Uso de palavras de fácil entendimento.

b) Informação clara – equilíbrio entre texto e elementos visuais.

c) Uso de meios interativos.

d) Fornecimento de previsões e causa/consequência.

Assim, importante é assentar a ideação de que a visualidade da comunicação contemporânea traduz uma linguagem mais funcional e precisa, responsável por uma participação mais inclusiva, favorecendo as práticas cooperativas relevantes, garantindo o acesso à Justiça na sua concepção material, e, ao final, contribuindo decididamente para um aumento da efetividade processual.

O que propusemos foi justamente a utilização de um expediente que, além das ferramentas tecnológicas, conduz a um caminho de simplificação da comunicação, da mensagem, de modo que, desde o início da fase de execução, as partes já conheçam de pronto, na primeira visão, olhar, as opções possíveis, e o que acontecerá caso haja o cumprimento ou o descumprimento da determinação judicial.

Portanto, estudar *Visual Law* é buscar mudar a mentalidade e aplicação de inovação e tecnologia nos serviços jurídicos e processos, em especial os que já se encontram na fase de execução.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006

BROWN, Tim. Design Thinking. **Harvard Business Review**, June, 2008. Disponível em https://www.ideo.com/images/uploads/thoughts/IDEO_HBR_Design_Thinking.pdf, acessado em 23 de março de 2021.

BRUNSCHWIG, Colette R. **On Visual Law**: Visual Legal Communication Practices and Their Scholarly Exploration. Berna: Editions Weblaw, 2014.

CÂMARA, A. A. F. F. Acesso à Justiça e Efetividade Processual em tempos de crise em: **Aula Aberta Pós-Graduação em Direito Processual Civil**. 19 de junho de 2020.

CLEMENTINO, M. B. M. Legal design o Poder Judiciário. *In*: FALEIROS JÚNIOR J. L. M.; CALAZA, Tales. (Org.). **Legal design**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, v. , p. 319-340.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em:< http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2020/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 09 agosto.2021.

CUNHA, H. F. A. ; CUNHA, A. C. ; SILVA, J. M. C. A Pós-Graduação Stricto Sensu em Biodiversidade Tropical no Amapá: uma experiência em construção**. RBPG. Revista Brasileira de PósGraduação**, Vol 19. 2013.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** execução – vol. 5, 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 29. ed. rev. e atual.: Rio de Janeiro, Forense, 2012.

OLIVEIRA, I. B.; AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de (Org.) . **Visual law**: como os elementos visuais podem transformar o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. 1. 172p.

THEODORO Jr. Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

A APLICABILIDADE DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Líslie de Pontes Lima Lopes
Advogada
Mestra em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Juvêncio Vasconcelos Viana,
Advogado, Procurador do Estado,
Professor Titular da Faculdade de Direito da UFC.

1 INTRODUÇÃO

As pessoas jurídicas possuem autonomia patrimonial em relação aos seus sócios e administradores e foram criadas para facilitar a organização da atividade econômica, à medida que o investimento no mercado, a ação empreendedora, requer uma mensuração do risco pelo autor da iniciativa.

Desta forma, o sócio possui a segurança de que, se agir dentro dos ditames legais, inclusive respeitando aquilo disposto no contrato social da empresa, seu patrimônio pessoal estará protegido de eventuais intempéries, tão características do mercado, que assolem o empreendimento.

Apenas em 30 de abril de 2019, o Governo Federal, por meio da Medida Provisória n. 881, posteriormente convertida na Lei n. 13.874/2019, inseriu no código civilista a expressa separação entre pessoa jurídica e seus sócios, ao incluir o art. 49-A e alterar a redação do artigo 50. Tal medida buscou privilegiar a segurança jurídica, como restou especificado na exposição de motivos da norma.

A escorreita delimitação das circunstâncias autorizadoras e do procedimento a ser seguido para que exista a desconsideração da personalidade jurídica busca evitar um cenário de insegurança jurídica que pode gerar consequências negativas para o exercício da atividade empresarial.

A livre iniciativa estimula o surgimento de empresas que ofertam produtos e serviços, geram empregos e arrecadam tributos para a administração pública, contribuindo para o equilíbrio econômico. Considerando a relevância do tema, pretende-se estudar a observância aos critérios exigidos pela teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica.

Iniciou-se o desenvolvimento deste trabalho com explanação acerca da desconsideração da personalidade jurídica, abordando a sua origem e distinção entre responsabilização pessoal dos sócios a administradores. Em seguida, foram analisados os artigos trazidos no Código de Processo Civil que disciplinam o rito a ser seguido, o qual privilegia o devido processo legal e seus subprincípios: contraditório, ampla defesa e dever de fundamen-

tação. Trabalhou-se, ainda, as alterações promovidas no Código Civil pela Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, a qual foi convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Por fim, analisou-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

2 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Pessoas jurídicas são conjuntos de pessoas ou de bens reunidos que adquirem personalidade jurídica em decorrência de uma ficção legal[74]. Segundo o Código Civil, a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, sendo necessário averbar no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Didier esclarece que esse instituto, com sua autonomia patrimonial, foi desenvolvido com a finalidade de facilitar a organização da atividade econômica, portanto está diretamente relacionada ao direito de propriedade[75]. Segue aduzindo que:

> A chamada função social da pessoa jurídica (função social da empresa) é corolário da função social da propriedade. Se assim é, o caráter de instrumentalidade implica o condicionamento do instituto ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina. Qualquer desvio ou abuso deve dar margem para a aplicação da sanção contida na desconsideração da personalidade jurídica, segundo a doutrina brasileira.

A separação entre o patrimônio dos sócios e das pessoas jurídicas, por sua vez, foi concretizada no governo do Presidente Campos Sales, por meio do Decreto nº 164 de 17 de janeiro de 1890, onde o Estado restringiu a responsabilidade dos acionistas de empresas ao capital investido nas ações[76].

A independência existente entre os patrimônios é fator decisivo no surgimento de novos negócios. Para que o empreendedor execute um novo projeto, investindo trabalho e recursos financeiros, é necessário que sejam palpáveis e quantificáveis, ainda que por aproximação, os fatores de risco[77].

74 TARTURCE, Flávio. Lei de introdução e parte geral – 14. Ed – Rio de Janeiro: Forense, p. 244, 2018.

75 DIDIER Jr, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – 19. Ed. – Salvador: Juspodivm, p. 583, 2017.

76 CALDEIRA, Jorge. História da riqueza do Brasil [recurso eletrônico]/ Jorge Caldeira. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017. ISBN 978-85-5608-026-4.

77 MACHADO SEGUNDO, Hugo de brito.; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Responsabilidade do sócio e da sociedade empresária em execução.** In: André Augusto Malcher Meira; Clóvis Cunha da Gama Malcher Filho; Frederico Antonio Lima de Oliveira. (Org.). As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. 1, p. 215-226

O direito de propriedade é diretamente privilegiado pela diferenciação entre patrimônios. Por meio dessa distinção, o sócio possui a segurança de que, se agir dentro dos ditames legais, inclusive respeitando aquilo disposto no contrato social da empresa, seu patrimônio pessoal estará protegido de eventuais intempéries, tão características do mercado, que assolem o empreendimento.

Apesar de amplamente aceita pela jurisprudência, a redação original do Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, não trouxe expressamente essa distinção patrimonial. Apenas em 30 de abril de 2019, o Governo Federal, por meio da Medida Provisória nº 881, posteriormente convertida na Lei n. 13.874/2019, inseriu no código civilista o artigo 49-A, segundo o qual:

> Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.
>
> Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

A referida Medida Provisória instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabeleceu garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, além de outras providências, tudo segundo a determinação do art. 170, da Constituição Federal, que trata sobre os princípios gerais da atividade econômica.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu como um instrumento destinado a suprimir o privilégio da limitação da responsabilidade em situações específicas,[78] de forma pontual, garantindo a funcionalização da pessoa jurídica, coibindo fraudes e abusos praticados por meio dela[79].

Pode-se compreender desconsideração da personalidade jurídica como o ato que restringe a separação patrimonial, o que permite estender o dever de adimplir certas obrigações aos sócios ou associados das pessoas jurídicas, ainda que tenham sido contraídas pela pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade não se confunde com a responsabilização pessoal dos sócios. Na primeira, é necessária a ocorrência do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, enquanto a última decorre de atos com excesso de poderes ou que contrariem dispositivos contratuais ou legais[80].

78 Nesse ponto, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

79 DIDIER Jr, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – 19. Ed. – Salvador: Juspodivm, p. 582, 2017.

80 GAIA, Renata Dantas. Distinções entre a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização pessoal. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**. Brasília, v. 2, n.1, p. 152-167, Jan/Jul 2016.

Se existe, portanto, a contração de uma obrigação civil que respeita todas as regras legais e que não viola o ato constitutivo empresarial, existe um negócio jurídico lícito que obedecerá às regras comuns de responsabilidade exclusiva da pessoa jurídica.

A responsabilização pessoal, por sua vez, decorre da execução de ato ilícito imputável, com facilidade, ao sócio. Pode-se trazer, a título de exemplo, um ato que importe em fraude à execução. Ora, se a empresa é administrada por seres humanos e esses são os responsáveis pela concretização dos atos necessários ao giro empresarial, é evidente que eventual fraude à execução pode ser imputada a eles.

Já a desconsideração da personalidade jurídica ocorrerá quando o ato praticado for aparentemente lícito e que não possa ser imputado ao sócio de forma direta. Essa situação pode ser verificada, por exemplo, na criação de empresas com a utilização de sócios de fachada (''laranjas'') para permanecer com a opção pelo Simples Nacional[81].

3 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Antes da positivação trazida pelo Código de Processo Civil vigente, não havia consenso no que diz respeito ao procedimento necessário à desconsideração da personalidade jurídica, ante a ausência de disposição no Código de 1973.

Se existia alguma segurança jurídica quanto aos critérios materiais que ensejavam a desconsideração, o mesmo não acontecia no aspecto processual. A gravidade desta omissão legislativa ficava ainda mais evidente quando os magistrados ultrapassavam os limites da personalidade jurídica sem a observância do contraditório e da ampla defesa, desrespeitando, portanto, o devido processo legal.

Havia uma tendência de tratar a desconsideração da personalidade apenas no âmbito material, sem que fosse efetivada a sua regulamentação procedimental. Deve ser lembrado, contudo, que as normas processuais existem para viabilizar a persecução do direito material que se pretende proteger ao solucionar questões procedimentais[82].

O CPC de 2015 trouxe o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ) como meio processual adequado para ultrapassar os limites ordinários da responsabilidade patrimonial.

81 A responsabilidade patrimonial, neste caso, não exclui a possibilidade de aplicação da penalidade na esfera criminal.

82 DINIZ, Maria Helena. A oportuna processualização da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, p. 193-217, Jan-Abr 2016.

Eis, nesse ponto, a real novidade, qual seja, a disciplina processual do instituto. Um claríssimo momento de aproximação entre direito material e direito processual. Uma fórmula montada para viabilizar adequado contraditório para um momento de consequências tão sérias na esfera patrimonial da pessoa.

O incidente é modalidade de intervenção de terceiro em juízo que busca privilegiar, como deixa clara a leitura dos dispositivos legais, o devido processo legal e seus subprincípios: contraditório, ampla defesa e dever de fundamentação. Tudo seguindo a linha do atual CPC de atenção às balizas constitucionais tutelares do processo.

São legitimados para propor a instauração do IDPJ as partes e o Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, cabendo a esses direcionar o Incidente àquele cujo patrimônio se pretende alcançar. O artigo 133, §2º do Código de Processo também autorizou a sua aplicação à desconsideração inversa da personalidade jurídica.

A petição inicial deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais para a desconsideração (atentos à lei material, pois), sendo o ônus da prova distribuído de forma tradicional, cabendo ao autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito e, ao réu, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Não é suficiente a mera alegação de preenchimento dos requisitos para a instauração do incidente.

Será cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, ficando, contudo, dispensada a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica constar na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

O incidente também pode ser provocado no processo dos Juizados Especiais e no processo falimentar. Cabe também no processo do trabalho.

Pode ser provocado o incidente perante os tribunais, na fase recursal ou em feitos de sua competência originária.

Após a instauração, o incidente terá efeito suspensivo, exceto quando o pedido para a desconsideração da personalidade jurídica constar na exordial[83].

Ato contínuo, aqueles cujos patrimônios seriam atingidos pela desconsideração da personalidade jurídica terão o prazo de quinze dias para apresentar sua manifestação, a qual terá natureza de contestação, então nela devem ser alegadas todas as matérias de defesa, fáticas e jurídicas, com a especificação das provas que pretenderem produzir[84].

---

83 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 jan. 2021.

84 SOUZA, André Pagani de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/184/edicao-1/incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica>. Acesso em: 08 jul. 2019.

Tal ponto foi tratado na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil[85] na análise do primeiro objetivo indicado pela Comissão de Juristas responsável pela sua redação, qual seja "estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal". Naquela oportunidade foi ressaltado que:

> A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à **Constituição Federal da República** fez com que se incluíssem no Código, expressamente, **princípios constitucionais**, na sua versão processual. Por outro lado, muitas **regras** foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou "às avessas".
>
> Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do **contraditório**.

Uma vez concluída a instrução processual, o incidente será resolvido por decisão interlocutória a qual poderá ser impugnada por meio do recurso de agravo de instrumento. Caso o incidente seja solucionado na sentença, será cabível o recurso de apelação.

4 NOVOS REQUISITOS DO CÓDIGO CIVIL

A possibilidade de concretizar a desconsideração da personalidade jurídica está prevista em diversos textos normativos, como o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Consolidação das Leis Trabalhistas, nos quais existem especificidades intrínsecas às relações jurídicas que se prestam a tutelar.

Buscando viabilizar a presente pesquisa, analisar-se-á a regra geral descrita do Código Civil, que foi alterado Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, conhecida popularmente por "MP da liberdade econômica". Essa, por sua vez, foi convertida na Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, que dentre outras, instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (art. 3º) e estabeleceu garantias de livre mercado.

Acerca do tema, o primeiro ponto que merece análise detida é a possível arguição de inconstitucionalidade da MP n. 881/2019, tendo em vista a

85 Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf

inobservância dos requisitos de relevância e urgência, fixados pela Constituição Federal, para a edição das medidas provisórias[86].

A legitimação da edição da medida provisória necessita uma situação em que a demora na produção da norma possa acarretar dano de difícil ou impossível reparação para o interesse público. A relevância e a urgência constantes no caput do artigo 62, do texto constitucional, são pressupostos formais das medidas provisórias[87].

Considerando, entretanto, que a referida norma jurídica trouxe conceituações importantes e que impactam diretamente no desenvolvimento ordinário das atividades empresariais (como será explicitado a seguir), bem como os interesses políticos envolvidos, é possível que a sua inconstitucionalidade não seja declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Reproduz-se, primeiramente, a redação original do artigo 50, do Código Civil:

> Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Após a Medida Provisória da Liberdade Econômica, que considerou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e pareceres da Receita Federal, o texto conta com o seguinte teor:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.
>
> § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.
>
> § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

86 Art. 62, da Constituição Federal: Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

87 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

> I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;
>
> II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e
>
> III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.
>
> § 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.
>
> § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.
>
> § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

Acerca do cabimento da desconsideração da personalidade jurídica, o código civilista vigente adotou a teoria maior da desconsideração, exigindo a comprovação de atos que configurem confusão patrimonial ou desvio de finalidade, alternativamente.

A nova redação do artigo 50, ao especificar os sócios ou administradores, supriu omissão quanto àqueles cujos patrimônios podem ser alcançados pela desconsideração, buscando evitar (pelo menos em tese) o uso indiscriminado do incidente.

O desvio de finalidade acontece quando a pessoa jurídica é utilizada com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza, como conceituado pelo artigo 50, § 1º, do Código Civil. O propósito de causar prejuízo, a ação dolosa, foi inserida na lei como requisito para a extensão da responsabilidade.

Existem posicionamentos, como o exposto por Tartuce[88], no sentido de que houve afastamento da teoria objetiva do abuso de direito, expressa no art. 187, do mesmo Código. Contudo, tal disposição trazida garante, tão somente, a limitação da responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica, não afetando a possibilidade de reparação por eventuais danos causados.

Compreende-se presente a coerência com os direitos trazidos pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, notadamente o direito de gozo da presunção de boa-fé. Presumir é o mesmo que imputar uma impor-

88 TARTURCE, Flávio. A Medida Provisória 881/2019 e as Alterações do Código Civil - Primeira Parte: Desconsideração da personalidade jurídica e função social do contrato. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/703994479/a-medida-provisoria-881-2019-e-as-alteracoes-do-codigo-civil-primeira-parte-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-funcao-social-do-contrato#:~:text=No%20%C3%BAltimo%20dia%2030%20de,%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias%22> Acesso em: 16 jan. 2021.

tância prima facie a determinados fatos, e, nos processos judiciais, significa delegar à parte prejudicada pela presunção o dever de trazer provas para revertê-la. Importante deixar claro esse caráter derrotável da presunção invocada, ou seja, a sua capacidade de ser afastada por meio da produção de prova[89].

A confusão patrimonial, por sua vez, considerando a redação trazida pela Lei n. 13.874/2019, é caracterizada por: (i) cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (ii) pela transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante, ou (iii) outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Acerca da primeira possibilidade, destaca-se a necessidade da prática reiterada para a configuração da confusão patrimonial. Por meio de interpretação literal, a redação do dispositivo leva à conclusão de que o legislador autorizou o cumprimento pela empresa de uma única obrigação contraída pelo sócio, por exemplo, o que não é verdadeiro, na medida que é possível, por um ato isolado, realizar um total esvaziamento patrimonial com o intuito de prejudicar credores[90].

Outro ponto que merece nota é a expressão "valor proporcionalmente insignificante" quando o texto se refere à transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações. Qual parâmetro deve ser adotado para identificar essa insignificância? Algum percentual incidente sobre o capital social, faturamento ou lucro da empresa?

As aparentes margens de tolerância, sejam por número de atos executados, sejam pelos valores envolvidos, deixam lacunas que serão preenchidas pelos julgadores por meio da adoção dos princípios gerais do direito de acordo com critérios, pelo menos inicialmente, integralmente subjetivos.

O parágrafo quarto, do artigo 50, fixa que a existência de grupos econômicos não é suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica, protegendo os grupos empresariais de eventuais preconceitos decorrentes de organizações societárias. Em sentido complementar, o parágrafo quinto dispõe: *"não se configura o desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica"*.

Grandes escândalos de corrupção (como os decorrentes da Operação Lava Jato) envolveram complexas estruturas empresariais que foram usadas

89 RESCHER, Nicholas. Presumption and the practices of tentative cognition. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

90 TARTURCE, Flávio. A Medida Provisória 881/2019 e as Alterações do Código Civil - Primeira Parte: Desconsideração da personalidade jurídica e função social do contrato. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/703994479/a-medida-provisoria-881-2019-e-as-alteracoes-do-codigo-civil-primeira-parte-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-funcao-social-do-contrato#:~:text=No%20%C3%BAltimo%20dia%2030%20de,%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias%22> Acesso em: 16 jan. 2021.

com fins desonestos. Isso não significa, entretanto, que toda organização societária esconde atos ilícitos.

Pode-se adotar como exemplo a empresa Souza Cruz, tradicional produtora de cigarros, que, após a queda de 36% (trinta e seis por cento) no consumo interno, aproveitou o espaço vazio em seus caminhões para transportar produtos de outras companhias[91]. A alteração do objeto social, neste caso, decorreu da necessidade da empresa de se reinventar, sob pena de encerrar suas atividades.

O conteúdo analisado deixa clara a intenção em proteger a pessoa jurídica daqueles que a utilizarem de forma indevida. A derrubada do véu da personalidade jurídica é o meio para corrigir fraudes, consistindo em medida de preservação da sociedade e a tutela de direito de terceiros, que contraíram obrigações com ela[92].

5 APLICAÇÃO PRÁTICA DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O estudo empírico acerca do tema será desenvolvido com a adoção da Metodologia de Análise de Decisões (MAD), com o objetivo de organizar informações relativas às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e verificar a coerência decisória considerando o embasamento teórico desenvolvido nos tópicos anteriores.

A competência do referido Tribunal para julgar, em última instância recursal, as causas provenientes dos Tribunais Regionais e Tribunais de Justiça, evidencia a relevância da instituição, o que justifica a sua escolha no que se refere ao recorte institucional.

Verificar-se-á como a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica está sendo aplicada pelas Terceira e Quarta Turmas, bem como Segunda Seção, do Superior Tribunal, todas especializadas em matérias relacionadas ao direito privado, mantendo a linearidade deste trabalho.

Para a formação do banco de dados, adotou-se como chave de pesquisa os termos "desconsideração" e "ausência de bens", no período compreendido entre 30 de abril de 2019 e 31 de dezembro de 2020[93], com a aplicação de filtro para os colegiados de julgadores já identificados.

91 Logística colaborativa é a aposta da Souza Cruz para entregas eficazes. **E-commerce Brasil.** Terça-feira, 16 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/logistica-colaborativa-e-a-aposta-da-souza-cruz-para-entregas-eficazes>. Acesso em: 18 jan. 2021.

92 DINIZ, ***M. Helena. A oportuna processualização da desconsideração da personalidade jurídica. Revista Thesis Juris – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N.1, pp. 193-217, Jan-Abr. 2016.***

93 Período escolhido em razão do início da vigência da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, a qual foi convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.

Desta forma, obtiveram-se 13 (treze) acórdãos por meio dos quais se pretende responder ao seguinte questionamento: a inexistência de bens penhoráveis ou a dissolução irregular da pessoa jurídica é suficiente para fundamentar o IDPJ?

Um acórdão foi desprezado, pois tratava sobre a desconsideração no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, que adota a teoria menor da desconsideração, fugindo do escopo desse estudo[94].

Em todos os doze acórdãos, foi reconhecida a necessidade de demonstrar o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, sendo insuficientes argumentações no sentido de que os sócios estariam se furtando de cumprir suas obrigações. Consta, ainda, na fundamentação, que o encerramento irregular não é causa bastante para a desconsideração da personalidade jurídica, conforme os entendimentos reiterados da Corte.

Sete decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça culminaram na reforma da decisão recorrida, tendo em vista que o juízo de origem reconheceu que a ausência de bens e/ou a dissolução irregular ensejariam a desconsideração[9596979899100101]. Tais decisões não são provenientes de único estado da federação, decorrendo, pelo menos, de três Tribunais de Justiça: São Paulo, Roraima e Rio Grande do Sul.

Constata-se que ainda não há consenso na aplicação do instituto da desconsideração, a despeito da ampla doutrina, do vasto número de decisões jurisprudenciais. As definições trazidas pela Lei n. 13.874/2019 terão importante papel na unificação das decisões proferidas em todo o território nacional, possuindo potencial para encerrar a discussão também no que se refere à dissolução irregular, ante a ausência de expressa previsão legal.

Conforme a exposição de motivos da Medida Provisória n. 881/2019, especificamente nos itens catorze e quinze, a segurança jurídica foi o objetivo central para sua edição e o detalhamento constante nos parágrafos do artigo 50 do Código Civil busca garantir que os pequenos empreendedores, cujo poder econômico não viabiliza a interposição de múltiplos recursos até

94 Recurso Especial n. 1.766.093 / SP, Julgado: 12/11/2019

95 Agravo Interno nos Embargos Declaratórios no Agravo em Recurso Especial n. 1.475.592 / SP, Sessão Virtual de 09/06/2020 a 15/06/2020

96 Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.862.672 / SP, Sessão Virtual de 19/05/2020 a 25/05/2020

97 Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.812.292 / RO, Sessão Virtual de 12/05/2020 a 18/05/2020

98 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.425.417 / RS, Sessão Virtual de 28/04/2020 a 04/05/2020

99 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.565.590 / SP, Sessão Virtual de 17/03/2020 a 23/03/2020

100 Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.787.751 / SP / Julgado: 11/02/2020

101 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.115.384 / SP, Sessão Virtual de 10/09/2019 a 16/09/2019

os Tribunais Superiores, sejam protegidos de decisões que não reflitam o entendimento consolidado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se compreender desconsideração da personalidade jurídica como o ato que restringe a separação patrimonial, o que permite estender o dever de adimplir certas obrigações aos sócios ou associados das pessoas jurídicas, ainda que tenham sido contraídas pela pessoa jurídica.

O Código de Processo de 2015 trouxe o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ) como meio processual adequado para ultrapassar os limites ordinários da responsabilidade patrimonial. O incidente é modalidade de intervenção de terceiro em juízo que busca privilegiar, como deixa clara a leitura dos dispositivos legais, o devido processo legal e seus subprincípios: contraditório, ampla defesa e dever de fundamentação.

Tal ponto foi tratado na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil na análise do primeiro objetivo indicado pela Comissão de Juristas responsável pela sua redação, qual seja, "estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal".

Acerca do cabimento da desconsideração da personalidade jurídica, o código civilista vigente adotou a teoria maior da desconsideração, exigindo a comprovação de atos que configurem confusão patrimonial ou desvio de finalidade, alternativamente.

Está clara a intenção em proteger a pessoa jurídica daqueles que a utilizarem de forma indevida. A derrubada do véu da personalidade jurídica é o meio para corrigir fraudes, consistindo em medida de preservação da sociedade e a tutela de direito de terceiros, que com ela contraíram obrigações.

Em todos os doze acórdãos, foi reconhecida a necessidade de demonstrar o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, sendo insuficientes argumentações no sentido de que os sócios estariam se furtando de cumprir suas obrigações. Consta, ainda, na fundamentação, que o encerramento irregular não é causa bastante para a desconsideração da personalidade jurídica, conforme os entendimentos reiterados da Corte.

Ainda não há consenso na aplicação do instituto da desconsideração, a despeito da ampla doutrina, do vasto número de decisões jurisprudenciais. As definições trazidas pela Lei n. 13.874/2019 terão importante papel na unificação das decisões proferidas, possuindo potencial para encerrar a discussão também no que se refere à dissolução irregular, ante a ausência de expressa previsão legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988 – BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm#indice>. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.847.849 / SP. Sessão Virtual de 14/04/2020 a 20/04/2020. Relator: Min. Moura Ribeiro.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.766.093 / SP, Julgado: 12/11/2019. Relator: Min. Nancy Andrighi.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.859.165 / AM, Sessão Virtual de 23/06/2020 a 29/06/2020. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos Declaratórios no Agravo em Recurso Especial n. 1.616.272 / RS, Sessão Virtual de 16/06/2020 a 22/06/2020. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.481.286 / DF, Julgado: 26/11/2019. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos Declaratórios no Agravo em Recurso Especial n. 1.475.592 / SP, Sessão Virtual de 09/06/2020 a 15/06/2020. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.862.672 / SP, Sessão Virtual de 19/05/2020 a 25/05/2020. Relator: Min. Nancy Andrighi.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.812.292 / RO, Sessão Virtual de 12/05/2020 a 18/05/2020. Relator: Min. Luis Felipe Salomão.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.425.417 / RS, Sessão Virtual de 28/04/2020 a 04/05/2020. Relator: Min. Moura Ribeiro.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.565.590 / SP, Sessão Virtual de 17/03/2020 a 23/03/2020. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.787.751 / SP. Julgado: 11/02/2020. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.115.384 / SP, Sessão Virtual de 10/09/2019 a 16/09/2019. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos Declaratórios no Agravo em Recurso Especial n. 1.432.029 / SP, Sessão Virtual de 03/12/2019 a 09/12/2019. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

CALDEIRA, Jorge. História da riqueza do Brasil [recurso eletrônico]/ Jorge Caldeira. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017. ISBN 978-85-5608-026-4.

DIDIER Jr, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – 19. Ed. – Salvador: Juspodivm, p. 582, 2017.

DINIZ, Maria Helena. A oportuna processualização da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, p. 193-217, Jan-Abr 2016.

GAIA, Renata Dantas. Distinções entre a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização pessoal. **Revista Brasileira de Direito Empresarial.** Brasília, v. 2, n.1, p. 152-167, Jan/Jul 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LEONARDO, R. X; RODRIGUES JR, O. L. A MP da liberdade econômica: o que mudou no Código Civil? Consultor Jurídico. 6 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-06/direito-civil-atual-mp-liberdade-economica-mudou-codigo-civil#:~:text=A%20MP%20881%2F2019%2C%20ao,excepcional%20medida%20%C3%A9%20mais%20abrangente.&text=Se%20%C3%A9%20assim%2C%20a%20responsabilidade,por%20desconsidera%C3%A7%C3%A3o%20da%20pessoa%20jur%C3%ADdicas> Acesso em: 18 jan. 2021.

LOGÍSTICA colaborativa é a aposta da Souza Cruz para entregas eficazes. **E-commerce Brasil**. 16 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/logistica-colaborativa-e-a-aposta-da-souza-cruz-para-entregas-eficazes>. Acesso em: 18 jan. 2021.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de brito.; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Responsabilidade do sócio e da sociedade empresária em execução.** In: André Augusto Malcher Meira; Clóvis Cunha da Gama Malcher Filho; Frederico Antonio Lima de Oliveira. (Org.). As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. 1, p. 215-226

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** [recurso eletrônico]. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RESCHER, Nicholas. **Presumption and the practices of tentative cognition.** Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SOUZA, André Pagani de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/184/edicao-1/incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica>. Acesso em: 07 jan. 2021.

TARTURCE, Flávio. Lei de introdução e parte geral – 14. Ed – Rio de Janeiro: Forense, p. 244, 2018.

_____. A Medida Provisória 881/2019 e as Alterações do Código Civil - Primeira Parte: Desconsideração da personalidade jurídica e função social do contrato. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/703994479/a-medida-provisoria-881-2019-e-as-alteracoes-do-codigo-civil-primeira-parte-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-funcao-social-do-contrato#:~:text=No%20%C3%BAltimo%20dia%2030%20de,%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias%22> Acesso em: 16 jan. 2021.

CONTRATO ELETRÔNICO COMO TÍTULO EXECUTIVO

Ricardo Antonio Maia de Morais Júnior
Advogado
Especialista em Direito Empresarial pela FGV
Pós-graduando em Direito Digital e Proteção de Dados pelo IDP
Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela UFC.

1 INTRODUÇÃO

A forma de celebração dos negócios não é estática. Em verdade, de acordo com as mudanças que venham a ocorrer na sociedade, modificam-se os instrumentos utilizados para concretizar relações interpessoais, pois eles se amoldam às conformações e às exigências de seu tempo.

Não poderia ser diferente com o instrumento mais comum de expressão de vontade de duas ou mais pessoas que buscam estabelecer alguma relação jurídica, que é o contrato. Afinal, mesmo nas tradições antigas, sem uso da escrita, os indivíduos que pretendiam operacionalizar uma relação se utilizavam de convenções orais para tanto, as quais dotadas de validade entre as partes.

Com o passar do tempo, passou-se a admitir como regra a formalização de um instrumento jurídico solene, escrito e que admitisse a aposição de assinaturas pelas partes. Nesse sentido, a forma tornou-se não apenas um requisito exigido das partes, mas também uma garantia de sua validade, legitimando o consentimento para aquela transação.

Mecanismos outros surgiram quando não apenas as assinaturas das partes bastariam, pois seria relevante validar a manifestação de vontade com base na autoridade de terceiros. Nesse ponto, elementos como o registro do documento em cartório, o reconhecimento cartorário das firmas apostas e a assinatura de testemunhas fizeram-se, por vezes, necessários para garantir maior validade ainda àquele documento.

Com a difusão tecnológica moderna, em que se utilizam potentes processadores em aparelhos que cabem na palma da mão, em que as distâncias passaram a não mais ser obstáculo ao relacionamento entre indivíduos, em que o comércio passa a ter um caráter mais mundial do que apenas nacional, os contratos sofrem mais atualizações, no que diz respeito à sua formalização: admitem formatos eletrônicos de constituição e de manifestação do consentimento.

Nessas situações, as partes podem sequer se encontrar fisicamente e, inclusive, podem firmar um contrato, cada uma, no reservado de suas

próprias residências ou escritórios, situações que limitam a validação por registros cartorários, por assinaturas físicas ou por terceiros. A manifestação de vontade, portanto, passa a ser instrumentalizada por meios eletrônicos, com a utilização de certificações digitais ou meros cliques em botões com a indicação "aceito os termos".

Poder-se-ia questionar até que ponto esses mecanismos seriam capazes resguardar a segurança jurídica das partes, permitindo que haja a verificação do seu consentimento ou mesmo garantindo executividade plena a esses instrumentos jurídicos.

O Código de Processo Civil traz um procedimento de execução específico para os títulos executivos extrajudiciais, com a premissa de que tais documentos são dotados de tamanha verificação de autenticidade e de consentimento das partes que demandam um procedimento mais direto e simplificado. Mas, para isso, elenca um rol de requisitos para que esses documentos gozem de tal presunção, dentre os quais a assinatura de duas testemunhas em contrato particular.

Tais requisitos, por vezes, são flexibilizados, por exemplo no julgamento do RESP nº 1.495.920/DF pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que foi reconhecida a qualidade de título executivo extrajudicial a um contrato eletrônico de mútuo, assinado eletronicamente pelas partes, mas sem as assinaturas de duas testemunhas. Nesse caso, por maioria, decidiu-se pela flexibilização do requisito constante do art. 784, III do CPC, sob o argumento de que a assinatura por meio eletrônico de um contrato proporcionaria certas salvaguardas tecnológicas que poderiam cumprir o mesmo papel a que se prestariam as testemunhas em um contrato.

O questionamento que surge, que é o mesmo a que se pretende responder com este trabalho, é o de buscar identificar quais os requisitos jurídicos ou tecnológicos que devem estar presentes em um contrato eletrônico para que seja garantida sua executividade enquanto título executivo extrajudicial, nos termos previstos no art. 784 do CPC.

Visando responder esse questionamento, será analisado, em um primeiro momento, o contrato eletrônico como um tipo específico de contrato, com natureza, características e requisitos próprios e distintos dos contratos tradicionalmente considerados, assim como as formas de manifestação de consentimento nessas circunstâncias.

Em seguida, será objeto de análise o paradigma estabelecido pela lei processual para que um determinado documento seja considerado ou não título executivo extrajudicial, identificando os principais modelos de formalização exigidos pelo art. 784 do CPC.

Por fim, serão cotejados os requisitos legais com as novas conformações contratuais, buscando identificar que requisitos seriam necessários para considerar tais contratos eletrônicos como títulos executivos extraju-

diciais, assim como situações em que não seria possível sua executividade mediante procedimento mais simplificado e direto, mesmo que permaneça válido o documento.

Para isso, pretende-se utilizar como metodologia a pesquisa de natureza descritiva, exploratória e interpretativa, de cunho qualitativo, mediante análise documental e bibliográfica, valendo-se da utilização do método hipotético-dedutivo.

2 CONTRATOS ELETRÔNICOS: NATUREZA JURÍDICA E MANIFESTAÇÃO DE CONSENTIMENTO

Para que se identifique os contornos de um contrato eletrônico, de modo que seja ele considerado um título executivo, é relevante analisar o que representa denominar um instrumento contratual como sendo eletrônico. Após, verificar suas características próprias, seus requisitos legais e, então, verificar de que maneira é possível a coleta de consentimento por meio dessa modalidade contratual.

2.1 Natureza jurídica, características e requisitos legais

O contrato denominado de eletrônico possui diversos aspectos que o diferenciam dos contratos tradicionalmente considerados como físicos. No entanto, tais diferenças não necessariamente lhe retiram a natureza de contrato, inclusive quanto à sua validade jurídica.

O grande questionamento não se dá em torno da validade jurídica de um contrato em formato eletrônico, mas da sua validade especialmente como título executivo, condição esta que exige mais requisitos, em troca de maior força executiva.

Para que se possa delimitar o que seria considerado contrato eletrônico, será necessário, antes, entender se essa categoria se enquadra como documento, na tipologia jurídica.

Documento é um termo que pode comportar diversas acepções, de acordo com o contexto em que é empregado. Mas, juridicamente um documento pode ser considerado, segundo José Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, como "qualquer representação material de um fato"[102]. Dessa forma, tanto uma folha de papel escrita quanto uma fotografia podem ser considerados documentos.

Patrícia Peck Pinheiro classifica os documentos quanto à sua origem, em documentos físicos, os quais são criados ou assinados de maneira física,

102 MEDINA, José Miguel Garcia; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Processo civil moderno**. São Paulo: RT, 2009, v. 1., p. 217.

mesmo que sua elaboração tenha sido inteiramente utilizando um computador; documentos digitalizados, quando um documento físico passa pelo processo da digitalização, tornando-se uma cópia do documento físico original; ou documentos eletrônicos, cuja criação é eletrônica, mesmo que passem por alguma fase física, que seja intermediária[103].

Essa forma de classificar demonstra que o foco da discussão sobre o que diferencia esses tipos de documentos se dá quanto ao momento de sua criação. Esse é o ponto crucial do debate: o momento em que o documento é criado.

A doutrina difere o documento eletrônico dos outros dois tipos com base na forma com que seus dados essenciais são registrados, pois o são de maneira eletrônica[104]. Há, ainda, quem esclareça que o grande diferencial do documento eletrônico é que a manifestação de vontade do(s) autor(es) está formalizada em bytes, não em átomos[105].

Para Patrícia Peck Pinheiro, Sandra Weber e Antonio Oliveira Neto, um documento físico já possui registro das informações aptas à cognição humana, enquanto um documento eletrônico é "um arquivo somente compreensível por sistema de informação hábil a interpretar os comandos binários (I/O), ou seja, há necessidade de um leitor"[106], sendo esse o grande diferencial.

A conclusão que se pode obter é que o documento, seja ele físico ou eletrônico, consiste apenas no substrato em que determinada informação está representada. Por isso, a mudança de substrato, passando do físico para o eletrônico, apenas modifica o meio, mantendo-se o mais importante que é seu conteúdo.

A Medida Provisória nº 2.002-2, de 2001 estabelece diversos requisitos jurídicos e tecnológicos para a validade de documentos eletrônicos, tanto que, no artigo 10, garante a efetividade jurídica desse tipo de documento, que pode ser considerado tanto como um documento particular quanto um documento público, desde que respeitados os referidos requisitos.

A referida Medida Provisória enumera os requisitos jurídicos para um documento eletrônico na comprovação da autenticidade de sua autoria, ou seja, de que quem o produziu possuía essa intenção, demonstrada por meio, por exemplo, de uma estrutura de chaves vinculadas à ICP-Brasil (Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira).

103 PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. **Fundamentos dos Negócios e Contratos Digitais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019., p. 71.

104 PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. Ibidem. p. 63.

105 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comercio electrónico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001., p. 42.

106 PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. Op. Cit. p. 63.

Portanto, a base de sua validade jurídica depende não simplesmente do substrato a que está vinculado, mas da capacidade desse substrato (no caso, o meio eletrônico) de comprovar integridade do documento e a validade da manifestação de vontade de quem o produziu.

Identificando-se o que representa um documento eletrônico, percebe-se que o contrato eletrônico é um tipo de documento eletrônico, possuindo seus mesmos requisitos jurídicos. Apesar disso, algumas outras características são exigidas, já que os elementos apresentados pelo código civil, para a validade contratual, são os mesmos dos negócios jurídicos, presentes no artigo 104: agente capaz, objeto lícito e forma prevista ou não proibida pela lei.

Ao se tratar do primeiro elemento, o ponto fulcral da discussão é a capacidade do agente, assim como a expressão de sua vontade. Afinal, a vontade apta a gerar um contrato deve ser livre e expressa, a seu modo, de acordo com a situação. Nesse sentido, Silvio Venosa explica as possibilidades de expressão dessa vontade contratual:

> No contrato, a manifestação da vontade é livre, quando não for prescrita uma forma pela lei; ou quando assim não o fazem as próprias partes. Destarte, a vontade no contrato pode manifestar-se verbalmente e por escrito, seja por instrumento particular, seja por instrumento público. Também a vontade pode exteriorizar-se por sinais inequívocos, com força vinculante. É o que ocorre, por exemplo, num leilão, em que o costume é aceitar o lanço do arrematante por mero meneio de cabeça ou sinal de mão. Vale, nessa hipótese, o que estipulam os usos e costumes do negócio e do lugar.[107]

Nesse sentido, não é toda vontade que será apta a dotar de validade o instrumento contratual. Será necessário aferir sua ocorrência, assim como a capacidade do agente que a emitiu.

Esse tipo de comprovação é capaz de ser feito, no âmbito dos contratos eletrônicos, por meio de disposições tecnológicas que validem essa expressão de vontade. O assunto será abordado com mais aprofundamento na subseção seguinte.

Já sob o aspecto do objeto, o ponto de atenção é sua licitude, mas que independe da forma que está sendo utilizada para estabelecer o contrato, seja física ou eletrônica.

No que tange à forma, a disposição do Código Civil estabelece ser livre a escolha da forma, desde que não esbarre em proibição legal.

107 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 72.

A disposição da forma se dá, inclusive, pela necessidade de se comprovar (mediante a forma) o consentimento, o que antigamente era feito, inclusive, por meio da presença de 02 (duas) testemunhas ao ato da contratação:

> O contrato, como negócio jurídico, traz a manifestação de duas vontades que se encontram. Para isso, é necessário que essa vontade contratual se exteriorize de alguma forma. No direito antigo, impunha-se uma série de formalidades, presenciadas por testemunhas. Estas, presentes aos atos, atestariam sua existência e validade. As formalidades tornavam os atos solenes e, como tal, impunham-se à sociedade.[108]

No caso dos contratos formalizados eletronicamente, não há proibição expressa para sua utilização. O que há, em verdade, é sua validação, com regras específicas, nos termos da Medida Provisória nº 2.002/2001, que considera válida a adoção de assinaturas eletrônicas nos documentos, dentre os quais os contratos.

Os contratos eletrônicos aparentam ser verdadeiros contratos, conforme os elementos essenciais para tanto, apenas diferenciando-se quanto à forma escolhida para concretização. É importante ressaltar que não se pode confundir contrato eletrônico de contrato informático.

Roberto Lisboa e Bruno Bioni defendem que essa diferenciação é relevante, ao passo em que o contrato eletrônico (que seria sinônimo de contrato telemático) é aquele qualquer contrato que tenha como forma de constituição algum meio informático, por interação eletrônica; ao passo que o contrato informático seria o contrato, independentemente da formalidade utilizada, que possui como objeto algum bem de consumo da informática[109].

Sobre o tema, Patrícia Peck Pinheiro, Sandra Weber e Antonio Oliveira Neto entendem que o contrato eletrônico não se trata de uma espécie contratual atípica, na realidade apenas se modifica a forma com que os contratos serão celebrados, já que com novos instrumentos, e a tipologia, pois incluída a possibilidade de utilização de novas tecnologias, mantendo o caráter contratual independentemente disso[110].

A mesma autora, porém, ressalta a dificuldade que se tem, nos contratos formalizados na via digital, em atestar a manifestação de vontade das

108 VENOSA, Silvio de Salvo. Ibidem, p. 74.

109 LISBOA, Roberto Senise; BIONI, Bruno Ricardo. A formação e a conclusão dos contratos eletrônicos. **FMU DIREITO-Revista Eletrônica (ISSN: 2316-1515)**, v. 24, n. 33, 2012, p. 37.

110 PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. Op. Cit. p. 77.

partes, assim como em identificar que a parte que está formalizando aquele ato é realmente quem ela diz que é[111].

Afinal, a identidade das partes é essencial, até mesmo para verificar sua capacidade. Se não houver o cuidado nesse sentido, seria passível de nulidade o contrato eletrônico, por incapacidade das partes.

A partir dessa necessidade, de promover a segurança jurídica por meio da identificação das partes que estão manifestando sua vontade, é que se buscam diversos meios tecnológicos. Não há como se conceber a formalização jurídica de modo eletrônico sem que haja o apoio tecnológico, visando à garantia de sua validade.

Validade essa que não se confunde com executividade, mas que funciona como um grande passo rumo ao objetivo da parte que queira dotar o instrumento jurídico de executividade processual.

Na prática, diversas dificuldades ocorrem para que um contrato eletrônico seja considerado em sua integralidade, afinal se aquele tipo contratual específico exige o registro cartorário e nem todos os cartórios possuam sistemas eletrônicos de validação, poderia restar dificultada sua utilidade prática. Ou, ainda, caso a lei expressamente exija que haja a apresentação do documento em sua forma original física, haverá empecilho para a apresentação do contrato eletrônico, mesmo que se utilize de uma cópia física com algum tipo de código validador da autenticidade, pois em determinados casos poderá ser rejeitado.

Diante dessas características e do atingimento dos requisitos legais, presume-se a validade dos contratos eletrônicos, o que não implica, ainda, sua executividade, mas que já garante valor a esse tipo de documento, dependendo ainda da análise acerca da melhor forma de obtenção do consentimento (ou seja, da manifestação válida da vontade) das partes.

2.2 Manifestação de consentimento

A validade contratual depende essencialmente do consentimento, já que o contrato nada mais é do que um negócio jurídico consensual, que depende da expressão da vontade das partes, sob pena de não existir. Afinal, como leciona Arnaldo Rizzardo, o vínculo contratual se opera com o encontro das vontades, direcionadas em conjunto para um objetivo específico[112].

A manifestação da vontade pode se dar de diferentes formatos, não se limitando ao formato escrito. Até porque o artigo 112 do Código Civil brasileiro privilegia a intenção dos contratantes em detrimento da forma como fora concretizada a vontade.

111 PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. Ibidem. p. 79.

112 RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 55.

Roberto Lisboa e Bruno Bioni sustentam que o requisito essencial para toda manifestação de vontade é sua inteligibilidade, característica que permite que a parte a quem ela é dirigida possa entender e confirmar sua ocorrência[113]. Nessa situação, independe se a manifestação ocorre por meio escrito, verbal, por gesto ou qualquer outro meio, importando mais do que tudo a comunicação efetiva entre as partes.

Diversas são as técnicas possíveis de manifestar consentimento quando se trata de contrato constituído em formato eletrônico. Algumas dessas técnicas traduzem maior rigor de formalização, ocasião em que a segurança é o objetivo maior. Outras, no entanto, apesar de serem utilizadas comumente, não se apresentam como alternativas válidas para confirmar a identidade da parte nem mesmo que vontade expressada.

Há de se diferenciar as referidas técnicas, de maneira que seja possível vislumbrar quais delas seriam adequadas ou não para a constituição dos contratos eletrônicos com validade jurídica plena. E mais, havendo a aplicação ou conjugação de algumas dessas técnicas, até mesmo possibilitar que o contrato eletrônico possa ser considerado um título executivo.

Uma primeira técnica de concretização do consentimento é aquela que utiliza uma assinatura digitalizada de uma ou ambas as partes de um contrato. Nessas situações, a assinatura é aposta em um instrumento físico (por exemplo, um papel) e depois é digitalizada para que seja mantida em um arquivo digital.

A doutrina majoritariamente não considera esse tipo de assinatura uma opção válida, já que se trata apenas de um arquivo de imagem, sem qualquer verificação da atualidade ou da qualidade dessa assinatura[114]. Afinal, qualquer pessoa com o arquivo de imagem da assinatura de outrem poderia firmar contratos em nome alheio, sem que haja expressamente um instrumento de mandato ou mesmo que o proprietário da assinatura tenha consentido.

Tendo em vista que não é possível verificar a autenticidade e a atualidade da assinatura, não se apresenta como uma forma válida de manifestação do consentimento perante contratos eletrônicos, o que lhe torna inservível ao propósito de validação desse tipo de documento.

Um segundo tipo de manifestação de consentimento na via eletrônica é a assinatura digital. Nessa modalidade, são utilizadas chaves distintas entre si que, em pares, podem ser validadas quando estiverem associadas. Uma dessas chaves é pública, enquanto a outra é privada, estando à disposição apenas de quem assinou o documento, por isso são chamadas de

113 LISBOA, Roberto Senise; BIONI, Bruno Ricardo. Op. Cit. p. 38.

114 PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. Op. Cit. p. 43.

chaves assimétricas. Com isso, a associação de ambas as chaves permite a validação do documento.

No entanto, esse processo tenderia a ser muito demorado, sempre tendo de verificar uma a uma as chaves em cada uma das operações a serem validadas. Foi por isso que a tecnologia evoluiu, para um formato em que as chaves realizam uma verificação em tempo real, mediante um terceiro (Autoridade Certificadora), simplificando o processo principalmente para quem o está utilizando[115].

No Brasil, conforme prevê a Medida Provisória nº 2.002-2/01, a regra geral é que as Autoridades Certificadoras sigam o padrão ICP-Brasil, cujo funcionamento é explicado por Patrícia Peck Pinheiro: "O proprietário sempre fica com a chave privada (protegido com senha) e a autoridade certificadora com a chave pública havendo verificação em tempo real da autenticidade do certificado para a validade da assinatura, pois expiram como tempo"[116].

Mesmo sendo uma regra que se siga o padrão ICP-Brasil, a referida Medida Provisória permite excepcionalmente que sejam utilizados outros padrões de certificação e assinaturas, desde que seja consentido por todas as partes daquele contrato[117].

Uma terceira modalidade de manifestação de consentimento pode ser considerada quando o usuário utiliza um login eletrônico, com inserção de uma senha, ou o preenchimento de um *checkbox* (caixa de aceite). Esse tipo de modalidade é muito utilizado quando da contratação de serviços eletrônicos, principalmente identificados como uma relação de consumo.

O usuário que pretenda aceitar determinado aplicativo móvel, ou mesmo algum serviço digital, utiliza-se de um acesso restrito a alguma área própria do site ou do aplicativo, inserindo alguma informação que identifica o usuário e uma senha própria, que mantenha os requisitos de acesso. Além disso, aceita determinadas regras próprias ao serviço (termos de uso), por meio da marcação em uma caixa (*checkbox*) no próprio ambiente virtual.

A utilização de tais mecanismos, área restrita, senha e *checkbox* apresenta indícios de que se trata de uma tecnologia mais segura, pois restringe e identifica exatamente qual usuário interagiu com aquela plataforma, mas pode ser associada com outros mecanismos adicionais.

---

115 PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. Ibidem. p. 44-45.

116 PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. Ibidem. p. 45.

117 Art. 10, §2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

A doutrina do direito digital sugere essa associação, mesmo que já seja um sistema que goza de algum tipo de proteção contra fraudes:

> Nos sistemas voltados para a contratação eletrônica, é comum a associação de mais de um fator de autenticação para inibir fraude, seu uso inclusive em momentos distintos da operação (no início e no final, por exemplo) e, também, como instrumento de manifestação de vontade no ato da formação do contrato[118].

Ou seja, mesmo que se trate de uma forma já bastante relevante, nada obsta que se implementem medidas adicionais de validação daquela vontade manifestada, até por não haver validação legal para esse formato.

No entanto, não é digna de unanimidade essa modalidade, já que muitos a associam com os contratos de adesão, sendo possível seu questionamento não quanto à forma, mas quanto a seu conteúdo, diante da disparidade entre as partes e a impossibilidade de negociação contratual, sendo um contrato de adesão[119].

A quarta modalidade de manifestação de consentimento consiste na assinatura biométrica.

Biometria pode ser definida como "a ciência da aplicação de métodos de estatística quantitativa a fatos biológicos, ou seja, é o ramo da ciência que se ocupa da medida dos seres vivos"[120].

Assim, essa tecnologia utiliza aspectos do próprio usuário para validar se houve ou não o consentimento, por exemplo com o uso da impressão digital ou do reconhecimento da face, da retina, da íris.

Patrícia Peck Pinheiro considera essa tecnologia seria suficiente para assinar um documento e torná-lo válido, pois é praticamente inquestionável a autoria daquela vontade captada via biometria. Além disso, mesmo que seja sugestiva a associação dessa tecnologia com outros mecanismos que lhe possam fortalecer, ela própria já consegue garantir a integridade do documento e a validade da manifestação de vontade[121].

Há de se ressaltar que esse tipo de tecnologia seria apto a encontrar vasto campo de aplicação junto a contratos eletrônicos em geral, como já é realizado no setor bancário, por exemplo. No entanto, há diversos movimentos da sociedade civil que pretendem a drástica redução do uso de dados biométricos dos indivíduos pelas empresas, tendo em vista que se trata de

118 PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. Op. Cit. p. 48.

119 REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos Eletrônicos**: Formação e validade: Aplicações práticas. Grupo Almedina, 2019, p. 82.

120 REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Ibidem, p. 48.

121 REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Ibidem, p. 50.

informações tão sensíveis que se ligam diretamente ao que cada indivíduo é na sua essência, abrindo margem para aspectos discriminatórios e prejudiciais.

Ao analisar as quatro principais modalidades possíveis de manifestação de consentimento nos contratos eletrônicos, percebe-se que alguns encontram pouca (ou nenhuma) força de validação jurídica, já que não representam com exatidão nem a integridade do documento, muito menos a autoria da vontade supostamente aposta (assinatura digitalizada).

Outras modalidades apresentam-se como bastante mais assecuratórias das condições jurídicas de um consentimento, mas que independentemente disso seria sugestiva sua utilização acrescida de outros mecanismos, pois a segurança dessa validação não estaria respaldada em lei (assinatura por meio de login, senha e *checkbox*).

Assim, as modalidades consideradas mais seguras e adequadas são aquelas que utilizam dados biométricos (mesmo que se ressalte o cuidado que se deve ter a esses dados pessoais sensíveis, nos termos dispostos na Lei Geral de Proteção de Dados) e as que utilizam a assinatura digital, seja com base no padrão ICP-Brasil (Certificado Digital) seja em meios alternativos, mas com o consentimento expresso das partes.

Nessa última modalidade, em que o padrão legal não é adotado, mas a exceção é aberta desde que haja o consentimento disso, é necessário maior rigor ainda na sua obtenção, já que os mecanismos de chaves privada e pública devem se assemelhar aos padrões ICP-Brasil de validação, não bastando que seja qualquer tipo de assinatura, mesmo com o consentimento das partes.

Nesse aspecto, a validade jurídica contratual estaria satisfeita, mas resta saber se a executividade desses contratos seria obtida com os mesmos requisitos, ou se no âmbito do processo civil executório seriam necessárias mais garantias ainda para esses contratos eletrônicos.

Por isso, será necessário entender de que maneira a legislação processual entende que seria possível utilizar-se de um documento extrajudicial como objeto de execução forçada, ou seja, com maior simplificação de procedimento.

3 TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Os títulos executivos extrajudiciais possuem características próprias, assim como requisitos legais próprios, que os individualizam e limitam o enquadramento, pois possibilitam a ocorrência direta de uma execução forçada.

Para a análise do enquadramento de um contrato eletrônico à categoria de título executivo, será necessário analisar qual o paradigma legal aplicável a esses títulos, além de suas características específicas, pois traduzem aspectos relevantes para a discussão.

3.1 Paradigma legal e características

Nem todo documento cabe para o enquadramento de título executivo, muito menos extrajudicial, já que suas características são restritas, de acordo com a opção legal destinada a qualificá-lo para dar início a uma execução forçada.

Algumas características podem ser elencadas como caracterizadoras de um título executivo. Em regra, considera-se título executivo todo aquele documento que possua comprovação da dívida de alguém, seja gerada por ato de terceiro (como uma decisão judicial) seja por decisão própria do devedor (como um contrato).

Essa comprovação da dívida não pode ser presumida, mas deve ser certa, mediante formalização em documento idôneo, de maneira que não seja necessária dilação probatória para seu propósito.

Especificamente quanto ao título executivo extrajudicial, além da comprovação do débito, o título executivo deve possuir também a declaração do devedor de que pagará a dívida. Ou seja, segundo explica Cândido Rangel Dinamarco, é a "declaração de ser devedor e da intenção de pagar" que fundamenta a escolha do Legislador quanto ao rol de títulos executivos extrajudiciais[122].

Todos esses requisitos são necessários para tornar um mero documento em um título executivo extrajudicial, exatamente porque este permite o exercício de uma execução forçada pelo credor. Essa execução forçada, por dispensar qualquer processo de conhecimento, dilação probatória ou argumentação sobre fatos de maneira prévia pelo devedor, difere-se de um processo de conhecimento por permitir muito maior invasão ao patrimônio do executado. Em se tratando de uma medida tão gravosa, a execução forçada demanda um rigor legal bastante elevado, visando a garantir ao devedor uma execução baseada no devido processo legal.

O artigo 783[123] do Código de Processo Civil brasileiro traz os critérios legais para se caracterizar o título executivo, sendo eles o critério da certeza, o da liquidez e o da exigibilidade. Na prática, esses critérios expressam exatamente a manifestação de vontade idônea do devedor de pagar um valor determinado, não abrindo margem para dúvida quanto a esse débito.

122 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

123 Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

A certeza de um título diz respeito à comprovação de que aquele crédito que está sendo levado a juízo realmente existe e deve ser recebido por quem executa, bem como quitado por quem é executado. Afinal, por se tratar de um documento que permite uma execução forçada, o título executivo não pode abrir margem para incertezas ou inseguranças, já que mais facilmente se permite atingir o patrimônio do devedor.

A liquidez diz respeito à possibilidade de execução da maneira como o crédito se encontra, sem que seja necessário validar o valor ou a especificidade da obrigação de fazer a que se pretende executar.

A doutrina deixa bem claro que os requisitos substanciais de um título executivo são a certeza e a liquidez, haja vista que representam os pressupostos para que haja uma execução[124]. Afinal, sem certeza ou liquidez, nenhum documento será considerado título executivo.

Esse rigor mais elevado se deve à possibilidade de que o exequente possa obter uma execução forçada, ou seja, uma prestação jurisdicional que permita a invasão do patrimônio do devedor de maneira muito mais simplificada e precisa.

No entanto, cabe ressaltar que o Magistrado não analisa, por completo, se estão todos os requisitos presentes, já que para o início de uma execução basta a eficácia abstrata do título.

Dinamarco apresenta o que entende por eficácia abstrata, sendo a eficácia executiva dos títulos inserida em um modelo judicial que primeiro exerce os atos de constrição para, somente então, admitir eventual impugnação ao crédito, que poderá ser realizada via embargos do executado. Assim, não havendo oposição do devedor, o processo seguirá até a satisfação, sem que o juiz perquira sobre a existência ou não da relação jurídico-material[125].

Por isso, não é necessariamente a certeza da existência do crédito que impulsiona uma execução, mas a probabilidade. Tenha-se que probabilidade demanda menor rigor do que a certeza, mas ainda assim não poderá haver vícios evidentes no título, caso contrário haverá seu indeferimento.

E a severidade dos requisitos impostos pela reserva legal são decorrentes da gravidade das medidas que podem ser aplicadas ao executado, podendo causar inclusive dano em seu patrimônio. É por essa gravidade que a execução se insere no âmbito da ordem pública do processo, não havendo possibilidade para poder dispositivo dos particulares[126].

124 DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p. 204
125 DINAMARCO, Cândido Rangel. Ibidem, p. 198
126 DINAMARCO, Cândido Rangel. Ibidem, p. 192-193.

3.2 Natureza do rol previsto no art. 784 do CPC

Diante do rigor necessário para o enquadramento de um título executivo extrajudicial, o Código de Processo Civil estabelece um rol de hipóteses enquadradas como tal. Esse rol, previsto no art. 784, deverá ser analisado de maneira ampla, buscando identificar qual a sua natureza jurídica, seja exemplificativo seja taxativo, assim como seus limites de aplicação.

Antes mesmo de se perquirir sobre o rol do artigo 784 do CPC, cabe destacar que o artigo anterior (art. 783) já traz um princípio essencial para o deslinde desse tema, que é o princípio do título. Com base nele, apenas o título poderá fundamentar uma execução, devendo ele possuir alguns requisitos próprios.

Segundo afirma Araken de Assis:

> O art. 783 expressa o princípio do título (*nulla executivo sine titulo*), conjugando, no mesmo dispositivo, a enunciação do princípio e os atributos do crédito previsto no título, a saber: "A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível". À primeira vista, percebe-se a harmonia entre o "título de obrigação", mencionado nesse dispositivo, e o provimento que reconhece "a exigibilidade de obrigação", previsto no art. 515, I. Em síntese, a execução de créditos basear-se-á no título exibido pelo exequente.

Portanto, sem o título não poderá haver a execução.

Todavia, não é o título sozinho que promove a execução, posto que deverá haver também uma situação de fato, que é o descumprimento do título. Assim, deverá ser manejado pela parte exequente a elucubração sobre o descumprimento da obrigação assumida no título, o qual deverá apresentar certeza, liquidez e exigibilidade.

Já quanto à previsão do rol de títulos extrajudiciais, a doutrina reconhece o princípio (por alguns, considerado como regra) da tipicidade dos títulos executivos. Segundo Dinamarco:

> A regra da tipicidade dos títulos executivos significa que não há título executivo sem lei anterior que o defina; tal é o princípio da reserva legal, elementar em matéria penal (Const., art. 5º, inc. XXXIX, e CP, art. 1º) e plenamente aplicável também nessa matéria porque, no direito brasileiro, só são títulos executivos aqueles atos ou fatos definidos em lei como tais; a construção do elenco dos atos e fatos dotados de eficácia executiva cabe exclusivamente ao legislador e jamais ao juiz ou mesmo às partes[127].

127 DINAMARCO, Cândido Rangel. Ibidem, p. 192.

Portanto, a tipicidade exige que o rol previsto no artigo 784 seja seguido de maneira textual, sem que haja flexibilização quanto a seus requisitos, até porque esses documentos são privilegiados a tal ponto que permitem uma execução forçada.

Humberto Theodoro Júnior argumenta que o processo de conhecimento é a regra geral, sendo a execução apenas a exceção, a qual somente pode ser criada por lei. Portanto, apenas o que estiver previsto em lei é que poderá ser considerado como um título executivo[128].

José Miguel Garcia Medina, inclusive, argumenta que o direito brasileiro não permite a celebração de convenções processuais visando ultrapassar o rol legalmente previsto para os títulos executivos[129], tendo em vista se tratar de matéria de ordem pública processual.

Assim, a tipicidade do título impõe que seja respeitado o rol previsto em lei, primeiramente pelo artigo 784 do CPC, mas com a abertura prevista no inciso XII, será possível que outros instrumentos legais instituam exemplos autorizados de título executivo extrajudicial.

Apesar de não ser um rol fechado, o art. 784 do CPC estabelece uma lista de documentos aptos a gerar execução forçada, pelo que deverá ser limitada ao princípio da tipicidade do título. Além do previsto nesse artigo, qualquer outro documento que a lei estabeleça como título executivo o será considerado, não podendo fugir-se à previsão legal, tanto por ser matéria de ordem pública, quanto pela gravidade dos atos gerados ao devedor e pelo menor grau de estabilidade do título extrajudicial, o que abre margem para maior argumentação pelo executado.

4 CONTRATO ELETRÔNICO COMO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Tendo em vista os padrões normativos quanto ao título executivo extrajudicial, assim como considerando a taxatividade do rol legal, cabe analisar se existe diferenciação quando se está diante de um contrato eletrônico, o qual pretensamente um título executivo.

Para a análise do enquadramento de um contrato eletrônico à categoria de título executivo, será necessário analisar qual o paradigma legal aplicável a esses títulos, além de suas características específicas, pois traduzem aspectos relevantes para a discussão.

128 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 274.

129 MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.047-1.048.

4.1 Enquadramento como título executivo

Ordinariamente, o contrato eletrônico deverá ser considerado um título executivo extrajudicial, desde que cumpridos os requisitos inerentes a esse tipo de documento.

O contrato eletrônico em nada difere do contrato físico quanto à sua natureza jurídica, pois o que diferencia ambos é apenas a forma com que são documentados. Portanto, caráter apenas instrumental.

Roberto Lisboa e Bioni asseveram que mesmo a distância entre as partes não torna o contrato eletrônico um contrato desumanizado. Afinal, quem interage são os humanos, apenas modificando-se o substrato de representação e formalização da avença[130].

Ao expressar todas as características aptas a viabilizar uma execução forçada, tais como certeza, exigibilidade e liquidez, o contrato eletrônico guarda todas as garantias legais exigidas de um título executivo extrajudicial, diminuindo o grau de incerteza da execução.

Judicialmente, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a validade desses contratos, desde que sigam os requisitos previstos na Medida Provisória nº 2.002/02 quanto à manifestação da vontade das partes, sendo representativo desse reconhecimento o Acórdão do Recurso Especial nº 1.495.920 – DF, do Superior Tribunal de Justiça.

No referido Acórdão, não apenas o contrato eletrônico é validado pelo Poder Judiciário, desde que cumpra todos os requisitos comuns aos demais contratos, mas também é excepcionada uma regra legal, o que será abordado adiante.

Tendo em vista o caráter apenas instrumental que o diferencia de um contrato físico tradicional, o contrato eletrônico guarda todas as características próprias de um título executivo extrajudicial, possuindo reconhecimento pelo STJ sobre tal possibilidade e, assim, permitindo ordinariamente ao credor que promova uma execução forçada com base nele.

4.2 Situações excepcionalmente consideradas

Em não havendo o cumprimento de todos os requisitos de um título executivo extrajudicial, já delineados, ainda assim é possível verificar a aceitabilidade desse tipo de formalização contratual como um título executivo. O Superior Tribunal de Justiça possui algumas situações de flexibilização do critério da tipicidade do título, quando se trata de um contrato eletrônico.

Quando o contrato eletrônico não possui assinaturas de testemunhas, requisito expresso no art. 784, inciso III, ainda assim foi considerado como válido. O fundamento utilizado pelo STJ foi o de que a validade pretendida

130 LISBOA, Roberto Senise; BIONI, Bruno Ricardo. Op. Cit. p. 36.

pelo legislador com as assinaturas das testemunhas teria sido atingida com a validação tecnológica e criptográfica da assinatura digital, da mesma forma reduzindo as incertezas do título.

Ressalte-se o posicionamento do Ministro Relator, que assim considerou a regra geral dos contratos eletrônicos como ausentando a assinatura de testemunhas, pois entende que o fato de a assinatura do contrato ser feita à distância, não faria sentido exigir de um contrato dessa modalidade a formalidade das testemunhas assinarem.

E no caso da ausência de aposição das assinaturas das testemunhas, deverá haver outra forma de suprir sua utilidade. Se assinatura de testemunhas a um contrato fornecia ao magistrado a certeza de que aquelas assinaturas foram verdadeiras (ou seja, pertenciam ao legitimado para assinar), o uso de um terceiro desinteressado na negociação, validando as assinaturas, consegue suprir a falta de testemunhas.

Por isso, não basta que haja qualquer tipo de assinatura eletrônica, mas apenas aquela que tenha em seu processo de assinatura a validação por um terceiro desinteressado, sendo possível que essa função seja exercida por uma Autoridade Certificadora (AC).

E, mesmo quando não se tratar de um contrato eletrônico, mas com substrato físico, se não contiver assinaturas de testemunhas, ainda assim o Superior Tribunal de Justiça já flexibilizou o requisito previsto no inciso III do artigo 784 do CPC.

Caso paradigma desse entendimento é o Agravo Interno em Recurso Especial de nº 1863244-SP, em que a relatora considerou que a validade do contrato foi verificada por outro meio idôneo (troca de e-mails), além do que pelo próprio contexto dos autos seria possível validar-se o consentimento. E, por fim, a falta de oposição do executado, deixando de impugnar o título, fez com que o Tribunal flexibilizasse esse requisito do inciso III.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que o contrato eletrônico não difere tanto do contrato tradicional, pois a diferença acontece apenas quanto ao substrato de existência, físico ou eletrônico. Assim, cumpridos os requisitos tradicionais dos contratos, mesmo que ele seja formado de maneira eletrônica, não haverá maiores diferenças.

Quando se trata da forma de manifestação do consentimento, porém, diante da flexibilidade de formação do contrato eletrônico, deve haver maiores critérios de validação, por exemplo no caso de assinatura digital, seja por meio de um modelo ICP-Brasil, seja por um modelo que siga os mesmos

requisitos da ICP-Brasil, desde que haja aceitação das partes expressamente presente.

Identificou-se que um documento que pretenda ser reconhecido como um título executivo extrajudicial deverá seguir os requisitos previstos em lei, tendo em vista que implica a execução forçada, cujas medidas executórias podem ser gravosas e demandam cuidados de ordem pública do processo.

Ao final, constatou-se que o contrato eletrônico, caso se pretenda seja um título executivo, deverá seguir os critérios de um contrato tradicional, mas seguindo tais requisitos, será reconhecido judicialmente. Ainda, deverá seguir os requisitos legais, principalmente do artigo 784, inciso III do CPC, pois é regulado pelo princípio da tipicidade do título. Ainda assim, caso não haja a aposição das assinaturas de duas testemunhas, poderá ser reconhecido, desde que substitua esse requisito pela participação de uma autoridade desinteressada.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**; 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROS, Carla Dalbuoni Monteiro de. **Contratos Eletrônicos e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

JOVANELEE, Valquíria de Jesus. **Aspectos jurídicos dos contratos eletrônicos**. Dissertação (Pós-Graduação, Nível Mestrado, na área de Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comercio electrónico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Processo civil moderno**. São Paulo: RT, 2009, v. 1.

PINHEIRO, Patricia Peck; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Alves de. **Fundamentos dos Negócios e Contratos Digitais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LISBOA, Roberto Senise; BIONI, Bruno Ricardo. A formação e a conclusão dos contratos eletrônicos. **FMU DIREITO-Revista Eletrônica** (ISSN: 2316-1515), v. 24, n. 33, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento de sentença**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

A EXECUÇÃO CIVIL DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA IRRECORRÍVEL

José Ewerton Bezerra Alves Duarte
Mestrando em Direito (Universidade Federal do Ceará). Pós-graduando em Docência do Ensino Superior (Universidade Federal de Campina Grande). Especialista em Direito Público (Faculdade Legale de São Paulo). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Faculdade São Francisco da Paraíba). Bacharel em Direito (Faculdade São Francisco da Paraíba). Aprovado no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Servidor Público Efetivo na Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado da Paraíba.
E-mail: ewertonduartecz@gmail.com

1.

1 INTRODUÇÃO

O processo de execução de uma sentença civil, em primeiro momento, perpassa pelo próprio cumprimento de sentença. O Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/15) adota um sistema de cognição e execução num mesmo processo, podendo ser dividido em fases, a depender da predominância de seus atos. Ao se seguir a fase de conhecimento, quando necessária à satisfação da obrigação reconhecida pela própria sentença, encontra-se diante da fase de cumprimento de sentença, aqui compreendida em sentido amplo como qualquer título executivo judicial (MOUZALAS et al, 2016).

No entanto, cumprimento de sentença e procedimento de execução diferem-se inclusive nos próprios títulos do NCPC – enquanto o cumprimento aparece no artigo 513 e seguintes, a execução protagoniza o artigo 771 e seguintes.

Quando o juízo profere uma sentença, esse pronunciamento torna-se um título executivo judicial que traz consigo uma obrigação ao devedor. Se a parte que perde não chegar a cumprir esta obrigação voluntariamente, inicia-se uma nova fase do processo sincrético conhecida como cumprimento de sentença, existindo, conforme já aludido, dois momentos: cognição e cumprimento de sentença (BARBOSA, 2020).

A execução, no entanto, quando o documento que o credor estiver em posse for um título executivo extrajudicial, não se está mais diante de um cumprimento de sentença, mas sim de um processo de execução. O motivo disso é de que, agora, não tratará apenas da próxima fase do mesmo processo. Um novo será iniciado, tendo em vista que o conteúdo contido no título não foi objeto de apreciação pelo poder judiciário (BARBOSA, 2020).

O título executivo, portanto, é tanto um elemento constitutivo da ação de execução forçada, como também uma condição para o seu exercício. É pacífico o entendimento que revela a imprescindibilidade do título para iniciar-se a execução – junto, logicamente, do eventual inadimplemento do devedor, para o início da execução propriamente dita, sendo sua ausência motivo de nulidade da ação executória. Os títulos podem ser judiciais, os quais se exteriorizam por meio do poder judiciário ou equivalente, como extrajudiciais, por meios de documentos que a lei admite ter força executiva. (BARBOSA, 2020).

O presente trabalho buscará, então, de forma qualitativa e exploratória, centrada na revisão bibliográfica, analisar o conteúdo de um título executivo particular diante da jurisdição penal – o da sentença penal condenatória irrecorrível (ou transitada em julgado), buscando, de tal sorte, contemplar as características entre o mais novo diploma legal processual civil em conexão com um outro campo de jurisdição, qual seja, o penal.

Enquanto um instituto autônomo, a direção processual dos procedimentos de execução possui uma notável contribuição para o devido acesso à justiça nos tribunais por parte da população em geral, onde a independência de cada âmbito abre caminho para uma exata e justa cooperação com o intuito de se adquirir um resultado mais apropriado, diante do caso concreto, desde que, como será abordado, obedeçam e sejam observados determinados aspectos essenciais.

2 PRESSUPOSTOS DA JURISDIÇÃO E DO PROCESSO CIVIL E PENAL

De início, faz-se necessário apontar certos elementos indispensáveis às jurisdições, tanto penal como civil, para maior compreensão da questão executória e do eventual inter-relacionamento dos títulos penais com o âmbito civil.

Jurisdição se trata de uma das várias funções do Estado, pela qual visa-se à resolução de litígios por meio de sua apreciação, e, amparados no sistema jurídico, criam a norma jurídica individualizada a ser aplicada junto ao caso concreto. A função de resolver um conflito de interesses, usando-se de uma solução jurídica aplicável à situação é tipicamente realizada pelos diversos órgãos do poder judicante (MOUZALAS et al, 2016).

Por vezes, outros poderes e órgãos da República Brasileira podem, eventualmente, exercer as funções jurisdicionais, como nos casos de o Senado Federal julgar os crimes de responsabilidade eventualmente praticados

pelos entes listados no art. 52, I e II da Constituição Federal.[131] De maneira espelhada, também compete às Câmaras Municipais julgar prefeitos e vereadores pelas práticas listadas no Decreto-Lei nº 201/67. Além do mais, o exercício da jurisdição pode ser feito por terceiro particular, por intermédio da arbitragem, conforme dispõe a Lei nº 9.307/96 (MOUZALAS et al, 2016).

Em se tratando da jurisdição tipicamente feita pelo Estado, é por meio da Constituição Federal que são encontrados os preceitos gerais da atividade jurídica. O dito Direito Processual Constitucional, nascido em virtude da supra legalidade normativa, é o que garante o respeito da hierarquia normativa, fazendo com que a *Lex Mater* seja mais do que um mero texto escrito – lhe dá instrumentalidade, configurando-se como um fator teleológico da realização da ordem jurídica. Nesta seara, as garantias e pressupostos processuais constitucionais, como o direito de petição, universalidade, duplo grau de jurisdição, dentre outros, são localizadas no seio dos processos de execução (WALBER, 2014).

Em sendo o processo, assim, reconhecido como indispensável à função jurisdicional do Estado, é por meio dele que se é exercido, de fato, a jurisdição estatal. Por outro lado, difere-se àquele do procedimento, que é o aspecto externo do processo pelo qual este é devidamente instaurado, desenvolvido e finalizado. É o caminho percorrido pelo processo (conjunto de atos sucessivos), a forma pela qual o processo se exterioriza (SCHIAVI, 2016).

No que concerne, então, à própria existência do processo e de que seu trâmite seja devidamente seguido, devem estar presentes os ditos pressupostos processuais. Conforme explica Schiavi (2016), são pressupostos os requisitos de existência e validade da relação jurídica processual. Enquanto as condições da ação são requisitos para viabilidade do julgamento de mérito, os pressupostos processuais estão atrelados à validade da relação jurídica processual. Portanto, de acordo com o autor, "a avaliação dos pressupostos processuais, em nossa visão, deve anteceder às condições da ação" (SCHIAVI, 2016).

Complementam Motta e Bortoli (2020) que alguns dos pressupostos processuais são exigências que devem estar presentes em todos os processos judiciais, ao passo que caso o processo careça de algum dos pressupostos, não haverá seu desenvolvimento válido e regular. Ademais, por ser considerada matéria de ordem pública, "a constatação da ausência desses pressupostos processuais na celeuma poderá ser feita de ofício pelo magistrado, da mesma forma que poderá ocorrer a qualquer tempo e grau de jurisdição".

131 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

Em se tratando da própria classificação desses pressupostos, separa Schiavi (2016) da seguinte forma. Em primeiro lugar, os pressupostos da existência estariam subdivididos em: I) ‘‘Investidura do juiz’’, ou seja, o juiz que julgará o processo tem de estar previamente investido na jurisdição, vale dizer: a pessoa que preenche os requisitos previstos na lei constitucional e infraconstitucional para o exercício da magistratura, como a aprovação em concurso público, por exemplo; II) Demanda regularmente formulada, isto é, a demanda que contém: partes, o pedido, causa de pedir e quando é apresentada em juízo atendendo aos requisitos legais.

Por outro lado, o autor chega a classificar os pressupostos de validade da seguinte maneira: I) Quanto à competência material, ou seja, somente poderá julgar o processo o órgão jurisdicional que seja competente em razão da matéria, e, caso o juiz não tenha esta dita competência para atuar no processo, ele será dado como nulo.

II) Quanto à imparcialidade do juiz, ou seja, a garantia de que o juiz é um estranho à situação e de que não possui quaisquer ligações, seja com as partes, seja com o pedido ou razão de pedir - caso um juiz impedido atue no processo, ele será dado como nulo. Se o juiz for suspeito, o processo será anulável.

III) Da capacidade das partes, querendo aqui dizer que somente com a devida capacidade legal uma pessoa pode ser parte e estar diante de juízo competente. Ela pode ser adquirida com o nascimento com vida (capacidade de direito), e, para estar em juízo (capacidade de fato) somente os absolutamente capazes as possuem. Os absolutamente incapazes serão representados em juízo por seus pais, tutores ou curadores, enquanto os relativamente incapazes serão assistidos em juízo. Quanto à capacidade de postular em juízo (*jus postulandi*), ela é atribuída aos advogados regularmente habilitados na Ordem dos Advogados do Brasil (art. 133 da CF em conexão à Lei n. 8.906/94). Admite-se, aqui, exceções, permitindo-se que pessoas sem o acompanhamento de advogado possam postular sozinhas, como no juizado especial civil, para as causas de até 20 salários-mínimos (Lei n. 9.099/95) e na Justiça do Trabalho, quando a controvérsia envolver empregados e empregadores (art. 791 da CLT).

IV) Quanto à inexistência de fatos extintivos da relação jurídica processual. A classificação doutrinária geral segue este ramo como pressupostos processuais negativos, em que a existência de fatos extintivos provoca a própria extinção prévia da relação jurídica processual. São exemplos a inexistência de perempção, litispendência, convenção de arbitragem, dentre outros.

V) Por fim, o respeito às formalidades do processo, em que os atos processuais devem ser praticados em consonância com os requisitos previstos em lei, sob consequência de nulidade.

Ademais, também devem ser observadas as condições da ação, onde Shiavi (2016) as resume como "requisitos que deve conter a ação para que o juiz possa proferir uma decisão de mérito, julgando a pretensão trazida a juízo". Observada a matéria de maneira geral, no âmbito civil, o NCPC/15 renova em relação ao seu antecessor, conforme anota Castanho de Carvalho (2018), substituindo o termo de "condições para o regular exercício do direito de ação", para o que está presente em seu artigo 17, quer seja "para postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade". Continua ao afirmar que, ao "comparar o novo artigo com o do CPC/73, pode-se verificar que não mais utiliza o legislador a expressão 'ação'. Em seu lugar, utiliza a expressão 'postular em juízo', o que o faz de maneira técnica, já que não só o autor, mas sim todos aqueles que agem em juízo exerceriam o direito de ação" (CASTANHO DE CARVALHO, 2018).

Estabelecidos os pontos comuns às duas jurisdições processuais, é necessário um olhar mais detalhado ao procedimento penal, em especial. Conforme aduzido, o novo Código de Processo Civil surgiu justamente para interpor novos ares ao mundo processual civil, que em muito necessitava de uma ampla reforma – reforma esta que o Código Fux vem realizando com mais êxito que incongruências.

No entanto, o mesmo não pode ser dito do Código de Processo Penal. Sendo uma lei com quase 80 anos, datando de 1942, sua robusteza contemporânea é percebida. Ao longo da história, fora alterado e reformado inúmeras vezes, datando-se de 2008, com a "reforma geral", e 2019, com o "Pacote Anticrime", como as principais e mais significativas mudanças recentes.

Em que pese os pressupostos processuais gerais serem praticamente idênticos, alguns pontos, por óbvio, divergem. Enquanto o processo civil trabalha, de maneira geral, com a propriedade privada e o patrimônio particular, o processo penal trabalha com um dos bens maiores de um regime democrático e republicano: o direito de ir e vir. Trata-se de uma das mais básicas garantias fundamentais.

Acerca do tema, Castanho de Carvalho (2018) expõe que a discussão atual se infere sobre a pertinência de uma teoria geral do processo e de sua aplicação ao processo penal. Em relação às condições da ação penal, o problema se repetiria, conforme o autor. No art. 395, II, do CPP, é disposto que a denúncia ou a queixa será rejeitada quando ausentar-se pressuposto processual ou condição para o exercício da ação.

Em outras palavras – continua – tanto a própria ausência de pressuposto processual quanto a ausência de alguma das condições da ação dariam ensejo, pois, ao mesmo resultado: a rejeição da peça acusatória. Ademais, a possibilidade jurídica do pedido é formulada justamente na forma positiva no processo penal – forma esta inversa no que ocorre no processo civil.

Desta maneira, enquanto no processo civil, inexiste a possibilidade jurídica quando o ordenamento nega ao próprio autor o exercício do direito de ação, enquanto não satisfeito os requisitos da ação ou, por outras vezes, não praticado um ato essencial imposto pela lei, "no processo penal a conceituação de possibilidade jurídica do pedido seria positiva, como previsão expressa, no ordenamento jurídico, do pedido condenatório" (CARVALHO, 2018).

Professor João Ramos (2018), de maneira abrangente, resume e pontua os pressupostos processuais penais. Aqui, atentar-se-á aos pressupostos da validade do processo, visto que os requisitos da existência são idênticos aos da jurisdição civil.

Portanto, são eles:

I) Da originalidade da causa penal, ou inexistência de litispendência ou de coisa julgada. "A causa penal, para se desenvolver, deve ser original, isto é, não pode jamais ter sido objeto de consideração por outros órgãos jurisdicionais, seja potencialmente (caso em que haveria litispendência), seja definitivamente (caso em que haveria coisa julgada)." A CF/88 aborda que a lei não prejudicará a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e os direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI). Quanto à litispendência, o próprio Código de Processo Penal "dispõe a respeito de maneira arrevesada, ao admitir as exceções de litispendência (art. 95, III) e coisa julgada (art. 95, V)."

II) Quanto à capacidade objetiva do juiz – aqui, novamente aborda a Constituição que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade – judiciária – competente (art. 5º, LIII).

III) Da capacidade objetiva das partes. Como tradicionalmente a parte acusadora é o próprio *Parquet,* sua única exigência notória é a posse em cargo público (seja promotor ou procurador) por meio de concurso público, prova de títulos e nomeação*,* aqui, volta-se ao acusado, cujo pressuposto de validade do processo é o de sua capacidade processual, isto é, sua maioridade processual penal, vale dizer, de 18 anos, no momento inicial do procedimento de formação do processo penal.

Não há pressuposto processual de validade se não tinha dezoito anos quando o processo penal condenatório se iniciou. Se não tinha essa idade no início do processo penal condenatório, também não a tinha por ocasião do próprio crime, sendo assim, inimputável (CP, art. 27).

Também aponta o professor que, se o réu tivesse mais de 21 anos e menos de 18 anos, seria considerado relativamente incapaz. Antes, era necessário que o juiz lhe nomeasse, para suprir esse *déficit* de capacidade, um curador especial, sob pena de nulidade, conforme ainda dispõe o próprio CPP, arts. 262 e 564, III, c. No entanto, com o Código Civil de 2002, que fixou em 18 anos o início da maioridade civil, essa exigência deixou de fazer

sentido. O STF, em decisão, assim entendeu e aboliu a exigência de nomeação de curador especial nesses casos, tornando a norma acima ineficaz.

Também consigna o autor que, nos casos da ação penal privada, a capacidade processual do querelante não é exigível, visto que se ele for menor de idade, ou mentalmente enfermo/incapaz de maneira geral, a ação será proposta por seu representante legal (CPP, art. 30). Se não tiver, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, deverá nomear curador especial para propor a queixa (CPP, art. 33).

IV) A capacidade subjetiva do juiz e dos órgãos de persecução penal, referindo-se aqui à parcialidade do órgão judiciário, traduzindo-se, para aquele, em duas categorias de defeito: o impedimento (CPP, art. 252-255) e a suspeição (CPP, arts. 95, I e 96-103). Cada um dos casos configura um grau de presunção de parcialidade. A parcialidade é presumida em caráter absoluto nos casos de impedimento e em caráter relativo nos casos de suspeição. Já quanto a estes, também devem ser imparciais em relação à persecução, no sentido de que não possam ter vínculos com os acusados, investigados ou mesmo atingidas pelo fato criminoso, direta ou indiretamente, a depender do caso concreto. A previsão do código é expressa, quando impõe que os agentes do Ministério Público, os servidores da Justiça, os peritos ou intérpretes deverão se abster de servir no processo quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, conforme o art. 112 do CPP. Neste sentido, a propósito, atuou o Supremo Tribunal Federal, na concessão, por maioria, do Habeas Corpus 164.493 - Paraná, que veio a anular, por quebra da imparcialidade, todos os atos praticados pelo então Juiz Federal Sérgio Moro nas conduções do caso "Lula".

V) A acusação formalmente perfeita, não se limitando, aqui, a um mero procedimento formal de uma peça bem construída ou diagramada. Sua existência se refere, portanto, à necessidade que o acusado tem de, ao elaborar sua estratégia de defesa, saber exatamente do que o acusam. Não poderá haver espaços para lacunas ou omissões por parte de quem acusa. A ligação aos princípios da ampla defesa e contraditório são claras.

VI) O respeito ao contraditório e ampla defesa. Este ponto é o de maior facilidade de compreensão, visto sua disposição expressa na CF/88, art. 5º, LV. O processo penal brasileiro se norteia por um sistema acusatório, não inquisitório, onde o acusado goza da presunção de inocência até o trânsito em julgado ou enquanto houver dúvidas acerca de sua autoria ou materialidade no crime. Possui o direito de se defender plenamente das acusações que forem porventura feitas, bem como a garantia de autodefesa, que deve ser garantida tanto ao suspeito quanto ao acusado. Durante o processo, isso se traduz na notificação ou intimação para comparecer a todos os atos processuais penais, mesmo naqueles em que não deva ser ouvido. Neste ato, o seu direito a permanecer calado deve ser respeitado plenamente (Constituição, art. 5º, LXIII; CPP, art. 186)."

Como se pode observar, os pressupostos processuais gerais e, em especial, o processo penal, são numerosos e devem ser lidos em conjunto para a sua verdadeira eficácia. Ademais, o processo civil, com a sua recente reforma, também merece nova atenção, sobretudo quanto à adequação de suas normas aos elementos da jurisdição estatal. E, justamente no seio processual do encontro dessas duas esferas, que se pode falar na execução da sentença penal, enquanto título judicial autônomo no juizado civil, atendendo-se, por consequência, a todos esses pressupostos acima discutidos.

3 A EXECUÇÃO CIVIL DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA IRRECORRÍVEL

Conforme tratado anteriormente, o cumprimento de sentença é diferente de sua execução, pois neste é aberto um novo processo, enquanto o cumprimento ainda é ligado aos autos "originários" da ação – neste caso, da ação civil.

Para fins de melhor compreensão, mister relembrar que o Processo Civil Brasileiro opera pelo sistema bifásico. A primeira é conhecida como cognição ou conhecimento. Neste primeiro momento, o autor busca o direito que acredita fazer jus, sendo o processo o meio de descobrir qual das partes eventualmente tem razão, realizando-se, portanto, produção de provas e ao final o juiz profere sua decisão.

A segunda é chamada de cumprimento de sentença ou processo de execução, a qual inicia-se com o inadimplemento do devedor, a execução. Neste caso, não há que se falar em quem está certo ou errado, pois sua finalidade é fazer o devedor cumprir o que deveria adimplir espontaneamente (BARBOSA, 2020).

Quanto à correlação das instâncias, continua Barbosa (2020) no sentido de que é necessário o conhecimento que, no direito brasileiro, há clara independência entre as instâncias civis e penais, significando, então, que as decisões das ditas esferas fazem coisa julgada material, impedindo que a outra altere o resultado.

Ademais, é plenamente possível – continua – que, ao mesmo tempo, tramitem dois processos tratando sobre o mesmo caso concreto em instâncias diferentes, dando o exemplo de uma lesão corporal culposa na direção por conta de um veículo automotor em que a vítima representa e, ao mesmo tempo, ajuíza ação civil de reparação de danos. Enquanto o lesado dispõe de permissão legal para ajuizar ação civil de reparação de ano, no âmbito penal há a investigação paralela do fato relacionado, ligando e estabelecendo a comprovação de autoria do delito e de sua materialidade (BARBOSA, 2020).

Explorando o instituto da execução propriamente dito, sua questão desenrola-se como a verdadeira prestação jurisdicional que proporciona o direito subjetivo do exequente e sua plena satisfação, da maneira que lhe for possível. Ademais, sua existência só se pode ser impulsionada com a existência de um título executivo judicial (ou extrajudicial), a qual define, precisamente, a amplitude da cognição na execução, sendo mais restritas as cognições fundadas em título executivo judicial (MOUZALAS et al, 2016).

Como a execução somente se sobressai diante de eventual inadimplemento por parte do executado, necessária se faz a definição do que vem a ser o inadimplemento. Wambier e Talamini (2017) abordam o tema, explicando que a não satisfação, por parte devedor, de obrigação certa, líquida e exigível, consubstancia, portanto, em título executivo. Em continuação, discorrem que o art. 788 do NCPC, em sua segunda parte, expõe que o cumprimento inadequado ou imperfeito da obrigação é equiparado ao inadimplemento, como autorizador de execução.

Fábio Alexandre Coelho (2017) conceitua a execução como o instituto correspondente à prática de um conjunto de atos processuais com o intuito de satisfazer um direito anteriormente reconhecido em uma decisão judicial (título executivo judicial) ou expresso em um documento que o legislador presume representar um direito (título executivo extrajudicial). Cabe, por sequência, ao juiz a aplicação dos métodos mais eficazes para sua efetiva realização.

Em precedendo a execução um título executivo (judicial), isto é, o elemento constitutivo da ação executória, seus tipos estão taxativamente previstos no art. 515 do NCPC/15[132], dá-se especial atenção ao inciso VI, qual seja, a sentença penal condenatória transitada em julgado. Gonçalves (2017) atenta-se às especialidades desse título, ao dispor que, ao se tratar de cumprimento de sentença arbitral, penal condenatória ou estrangeira fundada em título judicial, continuará, portanto, constituindo um novo processo, visto que não havia antes nenhum processo judicial civil anterior. Porém – alerta – ainda sendo uma situação desta natureza, as regras aplicáveis aqui são as ordinárias em relação ao cumprimento de sentença, visto que o título é judicial. Culmina-se aqui, então, num novo processo, em que haverá a devida citação do executado, mas que as regras aplicadas serão precisa-

132 Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; II - a decisão homologatória de autocomposição judicial; III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; IV - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; V - o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial; VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado; VII - a sentença arbitral; VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; IX - a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça; X – (VETADO)

mente do Livro II da Parte Especial do CPC, do cumprimento de sentença (GONÇALVES, 2017).

Explorados os conceitos mais fundamentais da execução e do título executivo judicial, a análise agora destina-se à análise dos efeitos da sentença penal condenatória transitada em julgado.

3.1 SENTENÇAS CONDENATÓRIAS

Dispõe Machado (2020) que "a responsabilidade pela reparação dos danos causados por um ato ilícito pode advir de diversos ramos do direito a depender da norma jurídica a ser aplicada a cada caso". Ressalta, então, que "se o ilícito é definido como tipo penal, a lei determina que, após o devido processo legal, com a condenação na seara criminal, o autor fica obrigado a indenizar o dano causado pelo crime (art. 91[133], I do Código Penal).

Em que pese a sentença condenatória penal ser uma sanção *per si*, seu efeito secundário se resvala na reparação ou compensação do dano causado pelo crime. Somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, a sentença irrecorrível, é que dela se extrai um título executivo judicial, legitimando não somente o ofendido, como também seus herdeiros a promover a execução civil (art. 63, CPP)[134]. Atenta-se, inclusive, que nos casos em que o exequente for considerado pobre, era de legitimidade extraordinária do Ministério Público a proposição da ação reparatória e executória no juizado civil (art. 68, CPP)[135]. Todavia, por conta da existência das Defensorias Públicas, tal ditame legal não é mais recepcionado pela ordem jurídica vigente, somente exercendo esta prerrogativa quando não se encontrar Defensoria Pública no local.

Assis (2018) complementa, ao dispor que o lesado que se abstém de propor a ação civil de reparação do dano, na expectativa do resultado da ação penal, quando há condenação no juízo repressivo, não precisará ajuizar demanda semelhante, valendo-se tão somente da incontrovertibilidade quanto à existência do fato ou da autoria, conforme o art. 935 do Código

133 Art. 91. São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, aliena- ção, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. § 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012) § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

134 Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

135 Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, § 1 e 2), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

Civil[136]; no regime em vigor, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória permite acesso direto à ação executória, sendo dispensável a prévia condenação civil.

De acordo com Júnior (2017), esta reparação pode tanto se dar em restituição do bem que a vítima fora privada em consequência do delito, bem como no ressarcimento de um valor equivalente aos prejuízos suportados por ela ou seus dependentes. De mais em mais, independente do trânsito em julgado, o ordenamento jurídico brasileiro permite que o lesado, desde que tenha ajuizado a ação civil de reparação de danos, constitua título hábil à execução oriunda do fato criminal.

A sentença penal condenatória possui determinada força diante da seara civil. Diz Júnior (2020) que, desde o CPC de 1973, encerrou-se a controvérsia acerca da força executiva civil da condenação criminal, havendo a harmonização, então, com a norma de direito material contida no art. 91, I, do Código Penal, onde se vê que é efeito da condenação "tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime".

Essa reparação tanto pode consistir em restituição do bem de que a vítima foi privada em consequência do delito como no ressarcimento de um valor equivalente aos prejuízos suportados. O atual sistema legislativo, no tocante à responsabilidade civil frente à responsabilidade penal, é o da autonomia (CC, art. 935).

Mas esta autonomia é, apenas e tão somente, relativa, não sendo absoluta, pois, enquanto a responsabilidade civil pode existir sem a responsabilidade penal, esta, no entanto, sempre vem a acarretar a primeira (CP, art. 91, I). Logo, "o réu condenado no crime não escapa do dever de indenizar o prejuízo acarretado à vítima, não havendo necessidade de uma sentença civil a respeito dessa responsabilidade" (JÚNIOR, 2020).

Júnior (2020) também aponta os requisitos necessários da execução civil da sentença penal, sendo eles, respectivamente:

I) Que a sentença criminal deva ser definitiva, de maneira que as sentenças de pronúncia, que mandam o réu a julgamento final perante o júri, nenhuma consequência tem no tocante à execução civil;

II) Que a condenação criminal há de ter passado em julgado, de maneira que não cabe, na espécie, a execução provisória e, por fim;

III) Que a vítima deva, preliminarmente, promover a liquidação do *quantum* da indenização a que tem direito, observando-se, no procedimento preparatório da execução (CPC/2015, arts. 509 a 512), as normas e critérios específicos traçados pelo Código Civil para liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos e que constam de seus arts. 944 a 954. Assim, o título

136 Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

judicial executivo só existirá, no plano civil, após o trânsito em julgado da sentença proferida no procedimento de liquidação, de que falam os arts. 509 e 515, §1º, pois só então existirá efetivamente um título representativo de obrigação certa, líquida e exigível.

Em relação à sua liquidez, Júnior (2020) explica que a reforma do art. 387, IV, do CPP, operada pela Lei nº 11.719/2008, prevê que a sentença penal deverá conter a indenização mínima devida ao ofendido. Porém, o efeito prático da reforma é quase inexistente, porque não sendo o ofendido parte do processo penal, contra ele não se formaria a coisa julgada civil. De tal forma, então, continuará o autor com o direito de promover a liquidação de prejuízo que o delito realmente lhe houver acarretado, sem ficar limitado ao valor previsto pelo juiz criminal, se com este ele não vier a concordar.

A única vantagem prática do novo sistema, continua o autor, é que, caso o ofendido se conforme com o valor estipulado no juízo criminal, ele estaria habilitado a promover a execução civil sem necessidade de passar pelo procedimento liquidatário propriamente dito. De toda maneira, na liquidação é possível aferirem-se questões relevantes para o valor da condenação, as quais não foram abordadas na ação penal, como a participação da vítima no resultado. A indenização mínima instituída pela Lei nº 11.719/2008 pode ser estipulada tanto para cobrir dano material, como para dano moral, alternativa ou cumulativamente.

Em relação a sua competência, Júnior (2020) explica que a sentença penal condenatória torna certo o dever de reparar, civilmente, o dano provocado pelo delito, conforme já abordado. Por isso, não há interesse em propor ação civil indenizatória contra o réu condenado na esfera penal. A vítima, seus dependentes ou herdeiros podem, assim, vir utilizar a sentença penal, diretamente, como título executivo civil, para fins indenizatórios e correlatos.

Uma vez que o juiz criminal não tem, em regra, competência para a execução no âmbito civil, esta será fixada, entre os juízos civis, dentro das regras comuns do processo de conhecimento. Será competente para a execução, então, o juízo que seria competente para a ação condenatória, caso tivesse que ser ajuizada.

As regras aplicáveis possuem o art. 53, IV, *a*, do CPC/2015 como maior destaque, ao qual prevê, a par da competência geral do foro do domicílio do réu, a do *forum delicti commissi*, (ou seja, o foro onde ocorreu o delito será o competente) como critério particular para as ações de reparação de dano.

Em caso de desastre automobilístico criminoso, poderá ser observado, ainda, a faculdade do art. 53, V do CPC/2015, ou seja, a possibilidade de opção do autor pelo foro de seu próprio domicílio ou do local do fato, à sua escolha. A competência, na espécie, não é absoluta, como a da sentença civil condenatória; é territorial, relativa e prorrogável.

Importante a menção de que o trânsito em julgado, por vezes, não é necessário para que o lesado proponha uma ação civil de reparação, podendo o juízo suspender o curso da execução até eventual resposta da justiça criminal (BARBOSA, 2020). Gonçalves (2017) fundamenta tal medida em acordo com o art. 315 do CPC, onde está escrito que "se o conhecimento do mérito depender da verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal".

3.2 Sentenças absolutórias

ensina-nos Queiroz (2019) que, "a partir do momento que o sistema processual brasileiro adota a teoria da independência relativa, as consequências de uma mesma situação conflituosa poderão aparecer de formas distintas quando comparadas no âmbito civil e penal", visto a independência entre as esferas, conforme o art. 935 do CC.

O Direito Penal, como a *ultima ratio* do Estado no sentido de punições, nos alerta sobre como os conflitos deverão, então, ser resolvidos ao máximo por todos os outros meios admitidos em Direito diante do caso concreto, no qual a condenação penal somente possui a possibilidade de ser aplicada após justa condução criminal, na busca pelos requisitos de materialidade e indícios de autoria em face do indivíduo denunciado, entre outras peculiaridades, conforme Queiroz (2019).

Ato contínuo, explicado que a necessidade da existência de uma sentença penal se trataria de elemento essencial para a criação da obrigação de compensação no âmbito civil, visto serem instâncias independentes, a possibilidade de se responder civilmente por uma determinada prática que eventualmente não seja abarcada pelo juízo criminal também é perfeitamente possível.

Barbosa (2020) e Júnior (2020) abordam essa questão, ao estabelecer, por exemplo, casos de sentença absolutória criminal apoiando-se em ausência ou insuficiência de provas, ou em inconsciência da ilicitude, restará remanescido, pois, a possibilidade do ilícito civil, com o consequente dever de indenizar o dano suportado pela vítima. Barbosa também apresenta um outro exemplo, de quando o réu é absolvido criminalmente pelo reconhecimento do estado de necessidade (uma das hipóteses de excludente de licitude encontradas no Código Penal), onde esse fato não pode ser ignorado no cível, muito embora, conforme as circunstâncias, essa excludente de criminalidade nem sempre isente o agente do dever de reparar o dano (CC, art. 929).

Júnior (2020) vai além, complementando o pensamento, ao explicar como a sanção civil é independente da sanção criminal "a não ser nos casos de excludente da criminalidade, como no caso da legítima defesa e do

exercício regular de direito, e na hipótese de negação do fato ou da autoria, situações essas em que o decidido no juízo criminal prejudica o reexame da matéria no juízo cível (CPP, art. 65[137])".

Em relação à existência de coisa julgada, Queiroz (2019) explica que também fará coisa julgada no âmbito cível a sentença absolutória que reconhecer as excludentes de ilicitude, já que são casos em que o agente atua conforme impera a lei, não apenas conforme o CP. Desta forma, como a ilicitude é a relação direta da contrariedade entre a conduta (omissiva ou comissiva) e o ordenamento jurídico de maneira geral, é salutar que a sentença que admitir a excludente produzirá efeitos extrapenais.

Continua o autor ao explicar a incidência do art. 65 do CPP: "Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito". Ora, "fazer coisa julgada no cível significaria apenas que já não caberá discutir, em juízo cível, se o autor agiu ou não amparado por causas de justificação, já que tal questão teria sido resolvida no juízo criminal competente (QUEIROZ, 2019).

Porém, isso não significa que a vítima (ou seu representante legal) não teria direito à reparação do dano. Desta forma, como a responsabilidade civil é fundada em critérios mais distintos e flexíveis que o criminal, admitindo-se até a responsabilidade civil objetiva, por terceiro ou até por ato lícito, ou, ainda mais, apesar de haver reconhecimento de excludentes legais de ilicitude, nada impedirá a discussão em juízo à reparação do dano efetivamente causado no âmbito cível (QUEIROZ, 2019).

Em suma, a decisão penal chega apenas a criar um precário indício de não-responsabilização civil, ou seja, com ou sem reconhecimento da legítima defesa ou do estado de necessidade no juízo penal, o juízo cível poderá acolher ou rejeitar pedido de reparação de dano, por exemplo. O que lhe é vedado de realizar é o questionamento ou contrariedade à decisão penal quanto ao acerto ou desacerto relativamente ao reconhecimento da arguida excludente legal de ilicitude (QUEIROZ, 2019).

A jurisdição penal, então, impõe um limite temático para a jurisdição civil. Resumidamente, saber se a vítima ou seus representantes legais têm ou não direito à reparação do dano não é um problema do direito penal, mas sim do direito civil e outros ramos do direito, os quais trabalham com distintos critérios de responsabilização, diferentes dos penais (QUEIROZ, 2019).

Portanto, enquanto não haja um título executivo *per si* para a execução da sentença penal absolutória no juizado civil, não há afastamento da ideia

137 Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

da provocação de sua instância para ilícitos que, mesmo não ensejando responsabilidade penal, ensejam a reparação civil.

4 A AÇÃO CIVIL *EX DELICTO* E AS MEDIDAS CAUTELARES ASSECURATÓRIAS DO PROCESSO PENAL

A ação civil *ex delicto* se trata de um instituto jurídico-processual cujo objetivo é o de adquirir, efetivamente, indenização ou ressarcimento no juizado civil por eventuais danos sofridos pela prática de um crime. Inclusive, nesse sentido, Nucci (2019) aborda o tema explicando que a ação civil para obtenção de indenização em face de crime cometido possui liquidez apta ao pagamento a título de reparação do dano oriundo do fato típico, ilícito e culpável. Porém, antes da reforma processual penal de 2008, havia duas possibilidades de realizá-la: a) ajuizando a demanda independentemente do resultado da ação penal, onde o juízo civil poderia suspender o seu trâmite em sua área de jurisdição enquanto aguardaria os resultados da criminal; ou b) aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória penal e utilizá-la prontamente como título executivo judicial, em âmbito cível, para obter a justa indenização, sem espaço para rediscussão de dolo ou culpa, focando-se no valor da reparação, apenas.

Porém, há, atualmente, a oportunidade da dita cumulação de jurisdição (civil e penal), permitindo à pretensa vítima que promova o seu pedido de reparação de danos junto à ação penal no mesmo juizado criminal, onde haverá o debate de culpa ou dolo do réu e de sua eventual condenação pelo delito cometido. (NUCCI, 2019).

Ademais, é necessário que o assistente de acusação ingresse à lide e faça seu pedido de maneira clara e expressa, possibilitando o contraditório e ampla defesa do acusado. Em outras linhas, há posicionamentos de que o juiz pode fixar, de ofício, nos moldes do art. 383, IV, do CPP, indenização civil mínima na sentença condenatória. Nucci (2019), por outro lado, discorda, arguindo que o interesse na reparação pertence exclusivamente ao ofendido e não ao juízo, visto sua necessidade principiológica de manter-se inerte até provocação do interessado em qualquer tempo. Tampouco pode o Ministério Público ingressar com este tipo de pedido, em favor da vítima, ante a ausência de legalidade para tal.

Nucci (2019) explica que, embora possa ser apontado o art. 68 do CPP como fonte legislativa da atuação do *Parquet* para sua atuação, quando o ofendido for considerado pobre, este artigo fora criado em tempos nos quais a instituição da Defensoria Pública não existia. Com o advento da Constituição Federal de 1988, sua criação acabou por ser expressa, compondo, inclusive, um dos alicerces da Justiça no ordenamento jurídico nacional, ca-

bendo-lhe, desta forma, a possibilidade deste tipo de atuação aos defensores públicos, não tendo sido o art. 68 do CPP recepcionado pela CF/88.

Capez (2020), por outro lado, explora mais a ação *ex delicto* sob o prisma do Código Civil, assim explicando que, conforme o art. 186 do CC/02, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". O art. 927 do mesmo compilado, por sua vez, completa: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Desta feita, é lógica a afirmação de, enquanto esferas que lidam com responsabilidades próprios (vide art. 935 do CC/02), quando do ilícito penal resultarem prejuízos de ordem material e/ou moral em desfavor da vítima, seus herdeiros, dependentes ou até mesmo terceiros, estaria aí caracterizado o dever de indenizar.

Continua Capez (2020), ao detalhar que, por essa razão, o CP, em seu art. 91, I, de maneira genérica e automática, prevê que toda e qualquer condenação criminal gerará e tornará certa a obrigação de reparar o dano. Complementando, o art. 63 do CPP assegura à vítima, ao seu representante legal ou aos seus herdeiros o legítimo direito de executar, em âmbito cível, a sentença penal condenatória transitada em julgado. Assim, caso o âmbito penal tenha reconhecido a existência de um ou mais atos ilícitos, não haveria mais necessidade nem interesse jurídico de se rediscutir a matéria na esfera civil, em prol da celeridade processual.

Por fim, havendo a confirmação em juízo de que o fato abordado no caso concreto constitui infração penal, por óbvio caracterizará um ilícito civil, visto que este configura um grau menor de violação à ordem jurídica e seu estado de coisas. Restará somente saber se houve algum dano e de qual (e quanto) será o seu valor (CAPEZ, 2020).

Conforme abordado ao longo deste estudo, as intersecções jurídicas penal-civil existem, especialmente no tocante à assecuridade da garantia do resultado útil do processo e do acesso à justiça. Cascaes (2019), por outro lado, alerta sobre os casos da Ação Penal Privada, ou seja, de quando a iniciativa de propor a ação penal é da vítima ou de seu representante legal, o ofendido pode optar por não promover a ação penal, mas apenas a ação civil *ex delicto*.

A autora continua ao informar que, historicamente, a "relação entre a ação civil para reparação do dano e a ação penal para punição do ofensor foi objeto de quatro sistemas distintos." Sendo eles o sistema da confusão, solidariedade, livre escolha e independência, e que o ordenamento jurídico brasileiro adota esse último, porém de maneira mitigada, visto que "a vítima que desejar promover a ação indenizatória (ou executar o valor fixado na sentença penal) terá de fazê-lo perante o juiz cível. Não há cumulação obrigatória ou facultativa." Ademais, "o Código de Processo Penal prevê a

faculdade de o juiz suspender o julgamento da ação civil até o desfecho da ação penal, o que também foi incluído no artigo 315 do Código de Processo Civil" (CASCAES, 2019).

Acerca das medidas assecuratórias, Moreira (2016) as assimila como "o conjunto de medidas cautelares que visam assegurar os direitos do ofendido e a responsabilização pecuniária do criminoso". Notadamente, o sequestro, o arresto e a hipoteca legal dos bens do indiciado ou do responsável civil. Têm o objetivo de evitar prejuízos que poderiam advir da demora dos procedimentos penais, "garantindo, através da guarda judicial das coisas, o ressarcimento do prejuízo causado pelo delito (caráter instrumental)".

São impossibilitadas de resolver o direito material, portanto, não há que se falar em coisa julgada material, vez que a cautela pode ser julgada a qualquer momento (bem como também revogada). Necessitam dos mesmos requisitos das medidas da tutela de urgência do processo civil (*fummus bonis iuris* e *periculum in mora*), sendo o juízo competente o mesmo do processo criminal, proposta desde o inquérito policial até o julgamento definitivo e, finalmente, a reparação *ex delicto* pode ser acionada, impede que possam ser requeridas ainda que esteja em curso ação civil para a reparação do dano, não havendo falar-se, no caso, em "litispendência".

Portanto, o que se subscreve é que a ação *ex delicto,* mesmo sendo encontrada no CPP, é executada no juízo civil, compensando a vítima pelos seus danos sofridos. Pode-se executar o título executivo através tanto do sequestro, da hipoteca legal, como do arresto para que o patrimônio do condenado seja atingido e oportunize o pagamento da justa indenização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A subsunção do direito à norma é a base do raciocínio jurídico, tanto na esfera material quanto procedimental. Os fatos, únicos em sua própria concepção, não são autolimitados às suas consequências e impactos. O mundo no direito, no entanto, o é.

O devido alcance do Estado na resolução de conflitos é garantia constitucional, devendo a jurisdição ser universal e irrestrita, jamais escusando-se de apreciar qualquer lesão ou ameaça ao direito próprio ou alheio. A este papel se liga a jurisdição e ao *dever-ser* do Estado frente as problemáticas a ele apresentadas.

Exploradas as possibilidades jurídicas da incisão entre o juizado civil com o penal, a execução da sentença penal - como título judicial - ou então da sentença penal que, mesmo absolutória, resulta em danos, demonstram como são alguns dos principais meios da transformação jurídica na realidade dos tribunais.

Indo adiante, o acesso à justiça não se resta limitado às formalidades de uma só esfera, onde os fatos, os mesmos incolores, possuem, no prisma jurídico, direções e tonalidades que os diferenciam um do outro, ou pontos que se misturam, conforme o observado. A garantia de uma restituição justa e equivalente é uma das garantias e cláusulas pétreas do sistema jurídico-democrático e republicano brasileiro, e um preceito o qual possui robusto amparo infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de Assis. **Manual da Execução**. 20. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARBOSA, Nayrê Silva**. A sentença penal condenatória como título executivo jurisdicional na execução civil** (2020).

CAPEZ, Fernando**. Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020. 904 p.

CASCAES, Amanda Celli. "**Ação Civil Ex Delicto**: A Controversa Intervenção do Direito Penal sobre o Direito Civil." RJLB, n 3: 69-101. 2019.

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **As repercussões do novo CPC em relação às condições da ação no processo penal**. Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença, [S.l.], v. 16, n. 2, p. 229-237, dez. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/614>. Acesso em: 20 jun. 2021.

COELHO, Fábio Alexandre. **Direito Processual Civil**. 1. ed. Bauru: Livraria e Editora Spessoto, 2017.

DOS SANTOS MACHADO, L. **A obrigação de reparar danos extrapatrimoniais imposta por sentença penal condenatória**. Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 15, n. 33, p. 58-81, 3 dez. 2020.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro**. Processo de execução e cumprimento da sentença**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

MOREIRA, Juliana. **Medidas Assecuratórias**. 2016. Disponível em: https://julianamoreira9461.jusbrasil.com.br/artigos/338969892/medidas-assecuratorias. Acesso em: 24 de junho de 2021

MOTTA, L. P., & Gustavo de Bortoli, W. (2020). **AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**. Anuário Pesquisa E Extensão Unoesc São Miguel Do Oeste, 5, e23971. Recuperado de https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/apeusmo/article/view/23971

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019; São Paulo: MÉTODO, 2019.

PAULO QUEIROZ. **Efeitos civis da sentença penal**. 2019. Disponível em: https://www.pauloqueiroz.net/efeitos-civis-da-sentenca-penal/. Acesso em: 24 de junho de 2021.

RAMOS, JOÃO GUALBERTO GARCEZ. "**PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS PENAIS**." 2018.

SCHIAVI, Mauro. "**O novo Código de Processo Civil e os pressupostos processuais e as condições da ação–impactos no processo do trabalho**." (2016).

STJ. **Habeas corpus n. 89.684-MG** – 5ª Turma – Rel. Min. Felix Fischer – julgado em 26.fev.2008 – ordem denegada – votação unânime – DJe de 28.abr.2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA NA ERA DIGITAL

Marina Ribeiro Mota
Analista Judiciário no TRT da 7ª Região
Especialista em Direito e Processo do Trabalho
Mestranda em Direito Constitucional na UFC.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a penhora de dinheiro disponível em instituição financeira pode parecer a opção mais óbvia para o exequente em busca de adimplemento, mas houve um longo percurso até que o Direito encontrasse no progresso da tecnologia a possibilidade de se criar um sistema de informação que viabilizasse esse tipo de penhora.

Tudo começou quando a Lei 9.800/99, veiculada no D.O.U de 27.05.1999, permitiu às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Por meio dessa Lei, o legislador, de fato, pretendia adequar a atuação dos órgãos públicos às novidades tecnológicas que, com a difusão da internet, passaram a ser usuais à época, como o fac-símile (comumente conhecido como fax).

Embora essa legislação objetivasse grandes avanços, o compartilhamento da tecnologia apta a alcançá-los só veio alguns anos depois, quando, em maio de 2002, o Tribunal Superior do Trabalho e o Banco Central resolveram firmar um convênio (Convênio Bacen/TST/2002) com o objetivo de permitir ao TST e aos Tribunais Regionais do Trabalho que viessem a aderi-lo, que encaminhassem às instituições financeiras, via internet, ofícios eletrônicos para solicitar informações acerca da existência de contas correntes e aplicações financeiras em nome da parte executada, além de determinar bloqueio e desbloqueio de contas envolvendo pessoas físicas e jurídicas, clientes do Sistema Financeiro Nacional, bem como outras solicitações. Esse convênio foi então denominado BACEN JUD.

Seguidamente, a Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho (CGJT) editou o Provimento nº 01 de 25/06/2003, determinando instruções para utilização do Convênio Bacenjud com o Banco Central do Brasil.

A novidade, contudo, não foi bem recebida por todos. Em 2004, a Confederação Nacional dos Transportes (CNT) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3203 no Supremo Tribunal Federal, com pedido de medida cautelar contra o Provimento n º1 de 25.06.2003, da CGJT, e contra o

Convênio BACEN/TST/2002, firmado entre o Banco Central do Brasil e o Tribunal Superior do Trabalho.

Na referida ação, a CNT argumentou que o supracitado Provimento seria inconstitucional por implicar atuação legislativa do Judiciário, em desrespeito ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º) e à competência privativa da União para legislar sobre processo (CF, art. 22, I), além de violar a garantia constitucional da legalidade e da reserva constitucional de lei complementar para dispor sobre o Sistema Financeiro Nacional (CF, art. 5º, II, e art. 192).

Além disso, a impetrante também arguiu que fora desrespeitada a exigência de lei para disciplinar acerca de convênios de cooperação entre os entes federados para gestão associada de serviços públicos (CF, art. 241), além do desrespeito ao art. 1º, caput, II, III e V; art. 5º, X, XII, XIV, XXII, XXXII, XLI, LVII, LIV e LV; e art. 129, I, todos da Constituição.

Ocorre que a referida ação, interposta em 2004, apenas fora julgada em 2016, quando o próprio TST já havia revogado expressamente o Provimento nº 1/2003 da CGJT e o Convênio BACEN/TST/2002 já havia sido substituído pelo Convênio BACEN/TST/2005, o qual teve por objeto nova versão do sistema eletrônico em questão, chamada de "BACEN JUD 2.0".

Assim, uma das razões pelas quais a ADI nº 3203 foi julgada extinta sem resolução do mérito foi a sua perda de objeto diante da revogação e substituição dos atos impugnados.

Além disso, o ministro Luís Roberto Barroso, então relator, consignou que os atos atacados na referida ADI não eram lei em sentido formal ou material, não constituíam atos normativos primários e nem eram dotados de generalidade, abstração e imperatividade, o que, de antemão, já impossibilitava o conhecimento daquela ação. Isso porque a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já à época, entendia que as ações diretas de inconstitucionalidade só poderiam ter por objeto lei ou ato normativo primário federal ou estadual (CF, art. 102, I, a).

No referido julgado, o ministro relator também destacou que o provimento da CGJT, ora impugnado, tão somente orientava os magistrados à utilização do Sistema BACEN JUD, o qual tem o propósito de viabilizar as execuções judiciais e de tornar mais célere e efetiva a prestação da tutela jurisdicional, uma vez que as providências para localização e bloqueio de recursos deixam de demandar a lenta circulação de ofícios físicos (o que dava tempo aos devedores para eventualmente transferir numerários, evitando seu bloqueio) e passa a ser realizada pela via eletrônica.

Diante do exposto, a ADI nº 3203 foi julgada extinta sem resolução do mérito e o Sistema BACEN JUD fora progressivamente adotado pelos outros ramos do Poder Judiciário. Atualmente, o acordo de cooperação técnica com o Banco Central é firmado diretamente com o Conselho Nacional de Justiça

(CNJ) e a Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) e há, inclusive, nova versão do sistema destinada, principalmente, ao aprimoramento da forma como o Poder Judiciário transmite suas ordens às instituições financeiras – o SISBAJUD (Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário).

No entanto, ainda houve certa contraposição à implementação da penhora online, argumentando-se, para tanto, uma possível violação do direito à intimidade do executado (Art. 5º, X, CF) diante do acesso a suas informações bancárias.

Esse argumento, na visão de Marinoni (2017, p. 797), chega a ser risível, pois visa a provocar estrago no sistema executivo de tutela dos direitos, já que, assim como é possível buscar bens imóveis ou móveis de propriedade do executado para a satisfação da dívida, seria igualmente possível investigar se este possui dinheiro depositado em instituição financeira. Esse direito, segundo o mencionado autor, decorre do próprio direito à penhora, que, por sua vez, é corolário do direito de crédito, da responsabilidade patrimonial e do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Além disso, Marinoni (2016, p. 798-799) afirma que o executado tem o dever de indicar à penhora dinheiro depositado ou aplicado em instituição financeira. Por essa razão, se o executado, devidamente intimado (art. 774, V, CPC), não indicar dinheiro à penhora e, após requisição ao Banco Central, o juízo descobrir que ele possuía dinheiro depositado, o magistrado poderá, na visão do citado autor, multar o executado em até 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 774, parágrafo único, CPC).

2 PENHORA DE DINHEIRO EM DEPÓSITO OU INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

No âmbito do processo civil, a sistemática do bloqueio de ativos financeiros foi incorporada pela Lei nº 11.382/2006, que incluiu o art. 655-A no CPC/1973. Já no CPC/2015, a temática fora tratada no artigo 854.

Conforme explana Nery Junior (2016, p. 1862), a expressão "penhora online" engloba todo o conjunto de procedimentos previstos no art. 854 do CPC – desde a consulta à instituição financeira, à ordem de indisponibilidade dos bens, à oportunidade de defesa ao executado até a posterior conversão da indisponibilidade em penhora.

Assim, pode-se resumir a penhora online nas seguintes etapas, sinteticamente fixadas no art. 854 do CPC;

> 1) Diante do inadimplemento do executado, no curso de execução por quantia certa, o exequente pode requerer a realização de

penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira (o que não pode ser iniciado de ofício pelo juiz);

2) A partir desse pedido, o magistrado, sem dar ciência prévia do ato ao executado, enviará ofício, via BACEN JUD, às instituições financeiras, para que pesquisem a existência de ativos financeiros em nome do executado, tornando, desde já, indisponíveis os ativos encontrados, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução;

3) As instituições financeiras, geralmente no prazo de 48h após o envio do sobredito ofício juízo (art. 8º do Regulamento BACEN-JUD 2.0 do Banco Central do Brasil), respondem ao juízo. Se tiverem sido encontradas contas com ativos em nome do executado, nessa resposta já serão indicadas quais foram as contas encontradas e qual foi o valor encontrado em cada uma dessas contas (ex.: Na conta do Banco X, foi encontrado R$500. Na conta do Banco Y, foi encontrado R$1.000, etc). Este valor já é bloqueado assim que encontrado, de modo que o executado não poderá movimentá-lo. Ou seja, quando o sistema BACEN JUD pesquisa e encontra ativos financeiros em nome do executado, ele já realiza, conjuntamente, o bloqueio dos valores encontrados;

4) No prazo de 24h da resposta da instituição financeira (informando as contas e os bloqueios realizados), o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo;

5) Com o bloqueio total ou parcial do valor da execução, o juiz concederá ao executado o prazo de 5 dias para comprovar que as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis ou que ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros. Acolhida qualquer dessas alegações, o juiz determinará o cancelamento da indisponibilidade, o que deverá ser realizado pela instituição financeira no prazo de 24h, sob pena de ela responder pelos prejuízos causados. Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, o juízo converterá a indisponibilidade dos ativos financeiros em penhora, determinando à instituição financeira depositária que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução.

É preciso destacar alguns detalhes dessa espécie de penhora. Conforme esclarece Nery Junior (2016, p. 1861), o procedimento que o juiz empreende, *ex officio,* é a indisponibilidade de ativos financeiros, mas essa espécie de penhora deve ser requerida pela parte. Sobre isso, o autor consigna que não há qualquer inconstitucionalidade, pois o contraditório fica diferido para momento processual posterior (§5 do art. 854), já que o devedor, tendo ativos disponíveis que não foram utilizados para quitar a dívida, poderia mesmo estar agindo de má-fé.

Assim, como visto, a indisponibilidade em si não é a penhora, mas apenas uma reserva dos ativos financeiros do executado para garantir a execução. A penhora de fato só ocorrerá após a rejeição da manifestação do executado, prevista no §5 do art. 854, ou após o indeferimento de agravo de instrumento, dotado de efeito suspensivo, impetrado contra a decisão de indisponibilidade dos bens (art. 1015 do CPC).

Outro destaque importante é que essa modalidade de penhora pode recair apenas sobre ativos financeiros, ou seja, não se pode fazer penhora de crédito rotativo colocado à disposição do correntista, como empréstimo em cheque especial. A penhora deve recair apenas sobre saldo positivo.

Empréstimos e saldo negativo no cheque especial, como ressalta Nery Junior (2016, p. 1861), não são ativos financeiros, mas sim passivos financeiros, de modo que naquela categoria se inserem, por exemplo, as contas de depósitos, poupança e aplicações em geral, como fundos de investimentos, certificado de depósito bancário, conta em moeda estrangeira, etc.

Marironi (2016, p. 2096) destaca também que o Bacenjud é utilizado para a penhora de valores, e não para o bloqueio (permanente) de contas bancárias, restrição esta que, inclusive, é inadmitida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, 1ª Turma, REsp 1.304.224/MG, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 04/06/2013, DJe 11/06/2013).

Quanto à determinação da indisponibilidade financeira sem a prévia ciência do executado, Neves (2016, p. 2098) entende ser medida justificada diante do risco de o executado esvaziar suas contas para evitar a penhora, destacando que a penhora só será admitida no processo de execução após a citação do executado e o transcurso de seu prazo de pagamento, de modo que nem sempre decidir pela penhora online sem a oitiva prévia do executado será suficiente para evitar a frustração da constrição judicial.

2.1 Preferência dentro da ordem de penhora

A estipulação da ordem de penhora, prevista no art. 835 do CPC, leva em consideração a maior facilidade de conversão do bem em dinheiro, isto é, sua liquidez. Entretanto, o caput desse artigo estipula que essa ordem é apenas preferencial, ou seja, não é obrigatória, à exceção da penhora em dinheiro, cuja prioridade deve ser mantida, conforme prescreve o §1º do mesmo dispositivo, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

A preferência à penhora em dinheiro atende ao princípio do exato adimplemento, segundo o qual, consoante Gonçalves (2016, p. 713), "o credor deve, dentro do possível, obter o mesmo resultado que seria alcançado caso o devedor tivesse cumprido voluntariamente a obrigação".

Seguindo a mesma linha, Marinoni (2017, p. 803) defende ser indubitável que a penhora eletrônica é a principal modalidade executiva destinada à execução pecuniária, razão pela qual não se poderia negá-la ao exequente.

A inarredável preferência à penhora em dinheiro, prevista no CPC/2015, revogou a súmula 417 do STJ, a qual previa que "Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto".

O § 1° do art. 835 do CPC/2015 também trouxe impactos no Direito Laboral, que se utiliza subsidiariamente do processo civil (art. 769 da CLT). Anteriormente ao CPC/2015, o Tribunal Superior do Trabalho entendia que, em se tratando de execução provisória, violava direito líquido e certo do executado a determinação de penhora em dinheiro, quando nomeados outros bens à penhora, pois o executado teria direito a que a execução se processasse da forma que lhe fosse menos gravosa, nos termos do art. 620 do CPC/1973 – era essa a previsão do revogado inc. III da Súmula 417 do TST.

Com a entrada em vigor do novo CPC, a referida súmula da Corte Trabalhista fora alterada, modulando-se os efeitos da sua nova redação de forma a atingir unicamente as penhoras em dinheiro em execução provisória efetivadas a partir de 18.03.2016, data de vigência do CPC de 2015. A nova redação da referida súmula não distingue a preferência da penhora em dinheiro realizada na execução provisória da realizada na definitiva, concebendo essa modalidade de penhora, em ambos os casos, como direito do credor.

2.2 Bacenjud e Sisbajud

Como visto, o BACEN JUD foi um convênio inicialmente criado entre o TST e o Banco Central, principalmente, para solicitar informações acerca da existência de contas correntes e aplicações financeiras em nome da parte executada, determinando o seu bloqueio para fins de penhora.

Posteriormente, todos os órgãos do Poder Judiciário cadastraram-se nesse sistema, o que atualmente é, inclusive, obrigatório, como bem registra Neves (2016, p. 2096):

> Essa forma de penhora de dinheiro mantido em instituições financeiras não é uma opção do juízo, sendo seu cadastramento no sistema obrigatório. O Conselho Nacional de Justiça, nos autos do Pedido de Providências nº 2007.10.00.001581-8, determinou a todos os Juízes do Brasil com função executiva que se cadastrem obrigatoriamente no denominado Sistema Bacenjud. E o Superior Tribunal Federal entendeu que essa determinação aos magistrados de inscrição em cadastros ou sítios eletrônicos, com finalidades estatística, fiscalizatória ou, então, de viabili-

> zar a materialização de ato processual insere-se perfeitamente na competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça (STF, Tribunal Pleno, RMS 27.621/DF, rel. Min. Carmen Lucia, j. 07.12.2011, DJe 11.05.2012.)

Contudo, é necessário conhecer as limitações de algumas funcionalidades do sistema Bacenjud para que se corrijam possíveis excessos ou erros no curso da execução.

Conforme destaca Neves (2016, p. 2099), o sistema Bacenjud pode indevidamente realizar diversas penhoras em diferentes contas do mesmo executado, ainda que em cada uma delas sejam constritos valores no limite da execução. Isso porque o sistema não sabe reconhecer que já houve o bloqueio total do valor da execução em uma das contas. O Bacenjud apenas repete a mesma ordem de bloqueio em todas as contas que ele encontrar em nome do executado.

Em razão do evidente excesso de execução que isso pode representar, é possível que os litigantes contumazes cadastrem na página oficial do Superior Tribunal de Justiça uma conta única para a realização da penhora pelo sistema Bacenjud, conforme regulamentado pela Resolução nº 61/2008 do Conselho Nacional de Justiça. Nessa hipótese, apenas serão atingidas outras contas se não houve dinheiro suficiente na conta cadastrada.

O cadastramento de conta específica para bloqueio também é útil em razão do Bacenjud não conseguir identificar qual o tipo de conta está sendo bloqueada (se conta corrente, salário, poupança, conjunta, etc). Assim, se o executado tem múltiplas contas bancárias, o sistema bloqueará os ativos financeiros que estiverem disponíveis em todas elas (mas, em cada uma, apenas até o limite da execução), cabendo ao executado, após sofrer o bloqueio, demonstrar a impenhorabilidade daquele crédito, se for o caso.

Além da questão do possível excesso de penhora, outra falha do sistema Bacenjud é a necessidade de que o magistrado renove continuamente a ordem de bloqueio enquanto não forem encontrados ativos financeiros suficientes para quitar a execução. Para Neves (2016, p. 2104-2105), esse inconveniente tornou-se ainda mais grave quando o Superior Tribunal de Justiça, sob o argumento de que não se pode onerar o Poder Judiciário com diligências que seriam de responsabilidade do credor, passou a condicionar novos pedidos de penhora online à demonstração, pelo exequente, de indícios de mudança na situação patrimonial do executado.

Em razão dessas limitações, o Conselho Nacional de Justiça está implementando um novo sistema para realização do bloqueio de ativos financeiros – o Sisbajud (Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário). Essa nova ferramenta está sendo desenvolvida para que seja possível a requisição de informações detalhadas sobre extratos em conta corrente, a solicita-

ção de inúmeras informações dos devedores (tais como cópia dos contratos de abertura de conta corrente e de conta de investimento, fatura do cartão de crédito, contratos de câmbio, cópias de cheques, além de extratos do PIS e do FGTS) e, ainda, o bloqueio tanto de valores em conta corrente, como de ativos mobiliários ou mesmo de títulos de renda fixa e ações.

Um dos recursos mais promissores desse novo sistema é o que próprio CNJ intitula de "teimosinha", que consiste na reiteração automática das ordens de bloqueio. Assim, na emissão da ordem online de penhora de valores, o juiz poderá registrar a quantidade de vezes que a mesma ordem será reiterada no Sisbajud até que seja feito o bloqueio da quantia necessária à quitação do débito. Com isso, o novo sistema, diferentemente do Bacenjud, possibilita a renovação automática da ordem de bloqueio, propiciando a captura do valor total da execução.

2.3 Demora na liberação da penhora inválida

No curso do procedimento da penhora online, o art. 854 do CPC estabelece o prazo de 24h em vários casos. Na hipótese do §1º do citado artigo, esse prazo de 24hrs dirige-se inicialmente ao próprio magistrado, para que este determine, a contar da resposta da instituição financeira quanto à indisponibilidade ordenada, o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva.

Além dessa hipótese, quando o magistrado verificar que ocorreu ou que remanesce a indisponibilidade excessiva de ativos financeiros ou que as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis, ele notificará a instituição financeira para que esta, também no prazo de 24 (vinte e quatro) horas (§§1º e 4º do art. 854), realize o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva. Realizado o pagamento da dívida por outro meio, o mesmo prazo é fixado à instituição financeira para que realize o cancelamento da indisponibilidade, conforme determinado pelo juiz (§6º do art. 854).

Embora o art. 854 do CPC estabeleça o mesmo prazo de 24hrs para que o juiz e a instituição financeira atuem, nas citadas hipóteses, no procedimento da penhora online, esse mesmo dispositivo responsabiliza apenas a instituição financeira pelo descumprimento do referido prazo.

Nessa linha, o §8º do art. 854 do CPC prescreve que a instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros na hipótese de não cancelamento dessa indisponibilidade no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, quando assim determinado pelo juiz. Essa mesma responsabilidade, contudo, não é incutida ao magistrado quando este ultrapassa o prazo de 24hrs previsto na primeira parte do supra indicado §1º.

Para Neves (2016, p. 2101-2103), o prazo de 24hrs, direcionado ao juiz para apreciar o levantamento da constrição judicial, trata-se de prazo impróprio (2016, p. 2102), enquanto a instituição financeira, além de responder por eventual prejuízo do executado em caso de descumprimento dos prazos do art. 854, poderia também ser multada por ato atentatório à dignidade da jurisdição e ser, ainda, responsabilizada na hipótese de falha no processo de bloqueio que frustre a constrição judicial.

Quanto à responsabilidade do magistrado pelo descumprimento do prazo do §1º do art. 854, pode-se argumentar que tal disposição se trata de cláusula geral, a qual, caso descumprida, não enseja consequência. A esse argumento soma-se o de que não se pode impor sanção, às partes ou ao magistrado, sem culminação prévia e o de que o grande número de processos a serem apreciados (inclusive na ordem prioritária que estabelece o art. 12 do CPC) torna humanamente impossível o cumprimento do supracitado prazo pelo juízo.

Entretanto, é preciso reforçar a necessária cautela, destacada inclusive pelo legislador, quanto à máxima celeridade na apreciação de possível indisponibilidade excessiva de ativos financeiros. É compreensível que o prazo de 24h é demasiadamente exíguo para tanto, mas, caso a parte comprove que houve excessiva e injustificada demora do Poder Judiciário para a apreciação da questão, é possível que, do §1º do art. 854 do CPC, se extraía a responsabilidade do Ente (nos termos do art. 37, § 6º da CF) que causou prejuízo à parte em razão de injustificada demora na liberação de excessiva indisponibilidade financeira.

Quanto à responsabilidade da instituição financeira pelo descumprimento dos prazos dos previstos no art. 854 do CPC, verifica-se que a jurisprudência pátria tem entendido que o atraso por parte da instituição bancária na liberação de valores decorrentes de alvará judicial, por si só, não enseja condenação por dano moral, sobretudo se houver alguma justificativa plausível para a demora ou se dos documentos juntados nos autos não se poder inferir a causa da lentidão na liberação da verba, inexistindo comprovação de culpa da instituição bancária. Vejamos os casos a seguir:

> APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. ALVARÁ JUDICIAL. DEMORA NA LIBERAÇÃO DO VALOR. DANO MORAL INEXISTENTE. 1. O atraso por parte da instituição financeira para liberar valores decorrentes de alvará judicial, por si só, não enseja condenação por dano moral, sobretudo se o pedido de liberação foi feito em agência fora da circunscrição do Juízo que expediu o documento. 2. Negou-se provimento ao apelo. (TJ-DF 07293029720198070001 DF 0729302-97.2019.8.07.0001, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 15/10/2020, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/11/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

> APELAÇÃO – Ação indenizatória por danos materiais e morais – Alegação de desídia de instituição financeira, que demorou a disponibilizar ao executado valores anteriormente penhorados, depois de ter sido determinada a liberação da constrição – Não comprovada culpa do banco réu na demora da liberação do numerário – Documentos juntados pelo autor que não corroboram as alegações por ela formuladas – Reconhecimento de que não havia nos autos documentos referentes aos valores, justificando o pedido de informações pela requerida para a prestação de informações relativas ao numerário – Não demonstrado ter havido ordem judicial de liberação dos valores, a ensejar o reconhecimento de mora da ré, por eventual retenção indevida do montante – Demora na liberação dos valores que não pode ser imputada ao banco requerido – Não comprovação de ilícito, ou enriquecimento sem causa – Recurso desprovido. (TJ-SP - AC: 11047471920168260100 SP 1104747-19.2016.8.26.0100, Relator: Marcus Vinicius Rios Gonçalves, Data de Julgamento: 14/05/2020, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/05/2020)

Neves (2016, p. 2103), por sua vez, posiciona-se a favor de uma maior responsabilização da instituição financeira pelos atos por ela praticados no curso da penhora online, de modo que, além de responder pelos prejuízos causados ao exequente (quando deixa de atuar regularmente e assim frustra a penhora), ela responderia, ainda, pelos danos causados ao executado (quando torna indisponível valor superior ao da execução ou quando deixa de cancelar a indisponibilidade no prazo legal) e a terceiro (quando este é indevidamente atingido por indisponibilidade em sua conta).

Em todo caso, conclui-se que, durante a penhora online, a demora, seja do Poder Judiciário ou da instituição financeira, na prática de suas respectivas competências deve ser analisada à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se, ainda, que pode haver a interferência de fatores sob os quais os sujeitos processuais não têm controle, como eventual má funcionalidade do sistema (ex.: sistema fora do ar ou lento), realização de atualizações ou reparações no sistema que interrompem o seu funcionamento, demora das partes no fornecimento de dados necessários ao impulsionamento do ato, sobrecarga no volume de processos, etc.

3 PENHORA SOBRE BENS IMÓVEIS, MÓVEIS E CADASTRO DE INADIMPLENTES

O uso e a integração de sistemas de dados digitais é uma das mais promissoras possibilidades, em termos de efetividade da execução, gerada pela Era Digital.

Atualmente, tanto o armazenamento da maioria dos dados já se inicia de forma digital (por exemplo, se hoje você quiser solicitar sua primeira Carteira de Trabalho, ela provavelmente será digital – Portaria nº 1.065/2019), como a maioria dos dados armazenados de forma física (transcritos em papel) já foram convertidos para o meio digital (é o que aconteceu com a maioria dos processos judiciais físicos).

Assim, além de termos acesso a diversos bancos de dados por meio da internet ou de convênios firmados entre o Poder Judiciário e outros órgãos públicos, a maior vantagem extraída dessas tecnologias é o seu compartilhamento dados, ou seja, é a interligação entre esses sistemas.

Consoante informações extraídas da própria página do Conselho Nacional de Justiça[138], podemos citar vários sistemas de dados bastante efetivos para o progresso da execução.

Em termos de busca patrimonial, um dos primeiros sistemas criados foi o **Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI)**. Instituído pela Corregedoria Nacional de Justiça, essa ferramenta tem como objetivo facilitar o intercâmbio de informações entre os ofícios de registro de imóveis, o Poder Judiciário, a administração pública e o público em geral.

Por meio do SREI, é possível, por exemplo, requisitar certidões, visualizar eletronicamente a matrícula de um imóvel, pesquisar bens e detectar imóveis registrados sob o CPF ou o CNPJ indicados. Objetiva-se que esse sistema seja implantado e integrado por todos os oficiais de registro de imóveis de cada estado e do Distrito Federal.

Outra ferramenta extremamente útil no âmbito imobiliário é a **Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB**. Criado e regulamentado pela Corregedoria Nacional de Justiça, esse sistema objetiva integrar todas as indisponibilidades de bens decretadas por Magistrados e por Autoridades Administrativas.

Assim, se o processo judicial está, por exemplo, em fase de execução, é possível que o juízo oficie ao CNIB para que todos os bens imóveis existentes em nome do executado sejam registrados como indisponíveis. O sistema visa à integração dos Tabeliães de Notas e Oficiais de Registro de Imóveis de todo o território nacional, além de outros usuários, proporcionando se-

138 https://www.cnj.jus.br/sistemas/

gurança aos negócios imobiliários de compra e venda e de financiamento de imóveis, além de dar efetividade às decisões judiciais e administrativas.

Adicionalmente aos sistemas mencionados, o Serasa, cadastro já amplamente utilizado para inadimplentes, também ganhou sua versão digital com o **Serasajud**, que facilitou a tramitação dos ofícios entre os tribunais e a Serasa Experian. Assim, não existem mais solicitações enviadas em papel, apenas eletrônicas, as quais são realizadas por meio da troca virtual de dados e da utilização de certificação digital, para maior segurança.

O **Infojud**, por sua vez, resultou de uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Receita Federal, sendo um serviço oferecido unicamente aos magistrados e servidores por eles autorizados, que tem como objetivo atender às solicitações feitas pelo Poder Judiciário à Receita Federal. A ferramenta está disponível apenas aos representantes do Poder Judiciário previamente cadastrados em base específica da Receita Federal e que possuam certificado digital emitido por Autoridade Certificadora integrante da ICP-Brasil.

Por meio desse sistema, é possível que os magistrados tenham acesso a informações cadastrais e cópias de declarações pela Receita Federal, o que se torna extremamente útil para análise de pedidos como gratuidade da justiça (art. 98 do CPC), parcelamento de despesas processuais (§ 6º do art. 98 do CPC), ações revisionais de pensão alimentícia (art. 1.699 do CC) e até mesmo para comprovação do fim de condição suspensiva de exigibilidade de obrigações decorrentes da sucumbência de beneficiário da justiça gratuita (§ 3º do art. 98 do CPC).

Outra grande utilidade desse sistema é o seu possível uso para obtenção de informações acerca da localização do demandado.

O §1º do art. 319 do CPC já estipula que, caso o autor da ação não disponha das informações indicados no inciso II desse artigo (entre as quais estão o estado civil, a profissão, o CPF ou CNPJ e o endereço eletrônico, residência ou domicílio do réu), poderá o impetrante, na própria petição inicial, requerer que o juiz realize as diligências necessárias a obtenção desses dados.

Vê-se, assim, que as informações exigidas pelo supracitado inciso II podem ser comumente encontradas na declaração de imposto de renda do réu da ação, a qual o magistrado pode ter acesso através do Infojud.

Inclusive, é dever do magistrado (inc. IX do art. 139 do CPC) determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios do processo. Além disso, o possível indeferimento da petição inicial, com a consequente extinção da ação, em razão da não localização do réu, pode ser interpretada como ofensa ao direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF), já que existem meios de se buscar essa informação. Esse, inclusive, parece ter sido o raciocínio do legislador quando, no §3º do art.

319 do CPC, estipulou que: "A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça".

Deve-se ressaltar que a utilização dos sistemas de informação disponíveis para a localização do réu pode ser vantajosa também para ele. Isso porque, na maioria dos casos em que o demandado não é encontrado, realiza-se sua citação por edital (art. 256 do CPC), nomeando-lhe um curador especial (art. 72, inc. II do CPC) caso o impetrado seja revel, cenário em que a defesa do réu geralmente fica debilitada.

Face ao exposto, vê-se que a utilização dos sistemas de informação para a localização do demandado não só prestigia o princípio da efetividade do processo (art. 4º do CPC), como também pode afastar a alegação de possíveis nulidades, atendendo, conjuntamente, aos princípios da boa-fé (art. 5º do CPC), da cooperação (art. 6º do CPC) e da igualdade processual das partes (art. 7º do CPC).

O **Infoseg**, por sua vez, é um sistema que busca integrar nacionalmente as informações concernentes à segurança pública, identificação civil e criminal, controle e fiscalização, inteligência, justiça e defesa civil. Essa ferramenta tem uma base de dados dividida em tipos específicos, permitindo a busca por pessoas (integrando sistemas como os da Interpol, da Receita Federal, do SUS, do MTE, do MERCOSUL, entre outros); por veículos (abrangendo embarcações, aeronaves e buscas por placa) e por armas (com acesso, por exemplo, aos dados da Polícia Federal e do Exército).

Por fim, outro sistema de grande valia para implementação de medidas restritivas e para penhora de veículos é o **Renajud**. Criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), esse sistema interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) e permite consultas e envio de ordens judiciais de restrições de veículos — inclusive registro de penhora — de pessoas condenadas em ações judiciais, servindo, assim, como medida coercitiva ou executiva.

Desse modo, caso, por exemplo, o executado permaneça inerte após a citação, se for encontrado algum veículo em seu nome através de consulta ao Renajud, é possível que o juiz expeça mandado de penhora e avaliação para que seja dado prosseguimento à execução.

Uma vez explanados os principais sistemas de dados que podem ser utilizados na execução, é preciso destacar como deve ocorrer o gerenciamento dessas ferramentas pelo Poder Público.

O acesso, o uso e o compartilhamento pela Administração Pública dos dados contidos nesses sistemas é regulamentado pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018).

Os arts. 7º e 11º da LGPD permitem o tratamento e o uso compartilhado de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis[139] pela Administração Pública quando necessário à execução de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos.

Além disso, os arts. 23 a 32 dessa Lei deixam claro que esse tratamento deverá ser realizado pela Administração Pública para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público. Assim, devem ser informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, o Poder Público realiza o tratamento de dados pessoais, fornecendo-se informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades.

Para mais, o tratamento de dados, tanto pessoais como sensíveis, também pode ser requerido por qualquer pessoa na hipótese de exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, ou seja, o autor de uma ação pode requerer no processo que se diligencie acerca dos dados pessoais do demandado, quando necessários ao exercício regular daquele direito.

Destaca-se, contudo, que, em todas as hipóteses de tratamento de dados, é necessário que se atendam os princípios previstos no art. 6º da LGPD, entre os quais estão o da finalidade, o da adequação e o da necessidade. Assim, na resolução de demandas processuais e na efetivação das decisões judiciais, o tratamento de dados deve ter sua finalidade alinhada ao previsto na lei, adequando-se o seu uso, pelo Poder Público, às necessidades processuais.

4 CONCLUSÃO

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça de agosto de 2019 (ou seja, antes da pandemia), o tempo médio que um processo cível levava para tramitar na Justiça Federal, apenas na fase de execução, era de oito anos, conforme relatados por Coelho (2019, p.1). Já na Justiça do Trabalho, o tempo de um processo nessa mesma fase seria de cerca de quatro anos e um mês.

139 Segundo os incs. I e II do art. 5º da LGPD, considera-se dado pessoal a "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" e dado pessoal sensível o "dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural".

Atribuímos a celeridade, assim como a efetividade, da execução na seara trabalhista, principalmente, à extensa aplicação de normas (regras e princípios) que estimulam a participação do magistrado na garantia da efetividade da execução, como o princípio da conexão.

O princípio da conexão fundamenta-se, sobretudo, no artigo 13 da Lei 11.419/2006, mas também têm respaldo nos artigos 1º, §2, II, 8º e 14º da mesma Lei e no artigo 422, §1º do CPC/2015. Ele se traduz na ideia de que o magistrado pode pesquisar informações em outras fontes fora do processo na busca da verdade real e da solução da demanda e tem aplicação praticamente pacífica na seara trabalhista.

Contrapondo-se ao princípio da escritura (o qual é baseado no brocardo latino *quod non est in actis non est in mundo* - "o que não está nos autos não está no mundo"), o princípio da conexão compatibiliza-se muito mais com a atual Era Digital e com os princípios mais novos e impulsionantes do nosso ordenamento jurídico, como o da efetividade processual (art. 4º do CPC/2015), o da cooperação (art. 6º do CPC/2015) e o da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, CF).

Nesse contexto, POMBO (2016. p.227-228) destaca que "[...]O princípio da conexão trouxe uma maior preocupação ética ao processo, especialmente no que tange à lealdade processual", ressaltando que muitos fatos ou circunstâncias alegadas podem ter a sua veracidade conferida por meio de diligências virtuais do Juiz.

Esse princípio é mais utilizado na seara trabalhista porque o ordenamento jurídico laboral estimula o magistrado a ter um papel mais participativo no processo, permitindo-lhe, inclusive, praticar vários atos de ofício, como deferir o benefício da gratuidade da justiça (art. 790, §3º da CLT), promover a execução quando as partes não estiverem representadas por advogado (art. 878 da CLT) e executar certos tipos de contribuições sociais com seus acréscimos legais (art. 114, inc. VIII da CF/88).

Há, inclusive, entendimento jurisprudencial e doutrinário (MIESSA, 2018, p. 440) no sentido de ser possível, no processo do trabalho, que o juiz, de ofício, valendo-se do seu poder geral de cautela, determine, antes mesmo da citação do réu em execução, o arresto dos bens deste, em sede de tutela de urgência cautelar, para que se garanta o resultado útil do processo e a efetividade da tutela jurisdicional.

Contudo, a legislação processual civil também guarnece o magistrado do arcabouço legal necessário para que este direcione a sua atuação à efetividade do processo.

Por exemplo, o CPC/2015 garante o direito das partes à obtenção, em prazo razoável, da solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º), prescrevendo também o dever de cooperação processual (art. 6º) e o de atendimento aos fins sociais na aplicação do ordenamento jurídico

(art. 8º). Preceitua-se, ainda, o dever de promoção da dignidade da pessoa humana (no que se inclui a figura do credor) e da eficiência do Judiciário (art. 8º do CPC).

Assim, já existem as bases legais para fundamentar uma postura mais operante dos juízos cíveis a fim de propiciar o sucesso das execuções, o que aumenta exponencialmente as chances de ocorrer se a atuação do Judiciário for alinhada ao uso da tecnologia.

Por isso, deve-se priorizar o investimento no desenvolvimento de recursos tecnológicos úteis à execução. Esse investimento deve vir do Poder Público como um todo (do Governo, em suas diferentes esferas, do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais), sendo igualmente importante o compartilhamento dos dados e dos avanços obtidos.

A capacitação dos servidores é também indispensável. Não apenas para utilizar os diversos sistemas de dados, mas também para conhecer suas limitações, auxiliar no seu aprimoramento e na sua adequação às exigências do ordenamento jurídico.

Todo esse esforço deve ser envidado porque o sucesso da fase executória é um reflexo da funcionalidade do Poder Judiciário. De nada adianta o jurisdicionado conseguir a apreciação da lide, se não é possível a entrega do bem jurídico almejado. A confiança na presteza do Judiciário é uma das bases mais importantes na preservação do Estado de Direito. É nesse contexto que a tecnologia se torna uma grande aliada - ela detém um inegável potencial para contribuir com a efetivação da Lei.

Em razão disso, o direito de acesso à justiça (art. 5, inc. XXXV, CF) não deve mais ser visto como simples direito de interpelação do Poder do Judiciário, pois a mera apreciação da demanda não assegura a concretização da Lei. Deve, assim, desaparecer aquela velha figura do Judiciário limitado ao mero exercício apático das suas atividades funcionais.

Diante de tantas possibilidades de aprimoramento (inclusive tecnológico), deve-se exigir hoje, de todo o Poder Público, o diligente e satisfativo exercício de suas respectivas funções institucionais.

Por isso, com a chegada da Era Digital e com o destaque dado aos princípios da cooperação e da efetividade, o direito de acesso à justiça reveste-se de uma roupagem mais proativa, exigindo do Judiciário uma postura operante, mormente na fase executória, a fim de que realmente se garanta ao titular do direito material a entrega da solução efetiva da demanda.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 61, de 7 de outubro de 2008.** Disciplina o procedimento de cadastramento de conta única para efeito de constrição de valores em dinheiro por intermédio do Convênio BACENJUD e dá outras providências. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/126>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. **Convênio Bacen/TST/2002.** Convênio de Cooperação técnico-institucional que fazem entre o Banco Central do Brasil e o Tribunal Superior do Trabalho, para fins de acesso ao sistema Bacen Jud. Disponível em: < http://donnici.com.br/convenio-bacen-com-o-tst-penhora-on-line/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. **Convênio Bacen/TST/2005.** Convênio de Cooperação técnico-institucional que fazem entre o Banco Central do Brasil e o Tribunal Superior do Trabalho, para fins de operacionalização do Sistema Bacen Jud 2.0. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/convenio-tst.pdfAcesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei no 5.452, de 1 de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm.>Acesso em: 27 jun. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999.** Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9800.htm> . Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm.> . Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006.** Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11382.htm > . Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006.** Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 16 de março de 2015.** Lei Geral de Proteção dos Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 agosto 2018. Disponível em: <_ato2015>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 1.065/2019, de 23 de setembro de 2019.** Disciplina a emissão da Carteira de Trabalho e Previdência Social em meio eletrônico - Carteira de Trabalho Digital.. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.065-de-23-de-setembro-de-2019-217773828> Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Provimento nº 01 de 25/06/2003.***Determina instruções para utilização do Convênio com o Banco Central do Brasil - Sistema Bacen Jud. Disponível em: <* https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95002>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.304.224/MG**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23371602/recurso-especial-resp-1304224-mg-2012-0030244-9-stj/inteiro-teor-23371603>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 417**. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=417>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3203**. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2220974>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 417**. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-417>. Acesso em: 27 jul. 2021.

COELHO. Gabriela. **Processo da Justiça Federal demora 8 anos na fase de execução, diz CNJ.** Revista Consultor Jurídico. Brasília, 2019. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-ago-28/processo-justica-federal-demora-anos-fase-execucao>. Acesso em: 30 jul.2021.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2017.

MIESSA, Élisson. **Processo do Trabalho.** 6. ed. Salvador: *Jus* Podivm, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson et al. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil Comentado**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

POMBO, Michelle Pires Bandeira. **As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTR, 2016.

OS DESAFIOS À EFETIVA APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS LEGAIS PARA A PENHORA DE PERCENTUAL DE FATURAMENTO DE EMPRESA

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão
Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor de Processo civil na Universidade de Fortaleza. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Superintende da Área Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Mariana Dionísio de Andrade
Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Professora do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil na UNIFOR, UNI7 e Escola Superior da Magistratura do Ceará – ESMEC. Professora do Curso de Graduação em Direito na Universidade de Fortaleza. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Formação em Métodos Quantitativos pela UERJ. Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (Cnpq/UFPE). Coordenadora do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito - PROPED (Cnpq/UNIFOR). Pesquisadora Bolsista do Projeto Vulnerabilidades do planejamento governamental na pandemia do COVID-19: análise empírica da racionalidade decisória dos tribunais brasileiros em demandas trabalhistas e assistenciais (FEQ/DPDI UNIFOR). Advogada pela seccional do Ceará, atualmente com vínculo suspenso por incompatibilidade de atividades. Coordenadora de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (biênio 2021-2023). Pesquisadora do Grupo Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), Linha de Pesquisa: Jurimetria e Poder Judiciário. 1ª Secretária IBDCONT/CE (Instituto Brasileiro de Direito Contratual).

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a fragilidade econômica faz com que muitas empresas encerrem suas atividades nos primeiros anos de existência, o que reflete uma situação complexa e delicada. Potencializando um cenário já difícil, a preservação da empresa encontra mais um obstáculo quando a execução de dívidas inadimplidas se faz por meio da modalidade excepcional da penhora sobre o faturamento da empresa.

O art. 866 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 disciplina a possibilidade da penhora nessa modalidade excepcional, mas não estabe-

lece de forma precisa quais são os critérios para definição do percentual, apontando apenas diretrizes gerais. O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir questões relacionadas à penhora de faturamento de empresa, aponta requisitos que praticamente reproduzem o texto legal, indicando: I) ausência de bens por parte do devedor ou, em os havendo, existência de considerável dificuldade para a execução ou insuficiência de valor para saldar a dívida; II) a necessidade pela indicação de administrador e apresentação de planejamento para o pagamento; e III) fixação de um percentual de pagamento que não onere excessivamente o devedor, para não colocar em risco a própria atividade empresarial.

No entanto, estes requisitos jurisprudenciais, assim como os legais, se apresentam de forma genérica, exigindo sua densificação no caso concreto. Como estabelece o próprio art. 489, §1º, do CPC, carece de fundamentação a decisão que se limita a indicar uma norma, empregar conceitos jurídicos indeterminados ou invocar precedente sem explicar claramente a sua correlação e incidência no caso sob julgamento. Ainda assim, essa parece ser uma circunstância comum nas decisões judiciais sobre a matéria. É esse o problema que motiva o presente estudo.

Assim, a presente pesquisa aborda as seguintes questões: as decisões que deferem a penhora de percentual de faturamento indicam de que forma os parâmetros indicados no art. 866 do CPC se relacionam com o caso concreto para justificar sua incidência?; existem definições objetivas e claras para a definição do percentual do faturamento que pode ser penhorado sem comprometer a viabilidade do exercício da atividade empresarial?; como o TJCE, enquanto tribunal estadual de 2ª instância, fundamenta a verificação dos requisitos para o deferimento da penhora de percentual de faturamento?

O artigo é dividido em quatro tópicos. O primeiro aborda a penhora de faturamento na busca pela efetividade processual. O segundo trata da excepcionalidade da penhora de faturamento, sobretudo quanto à divergência normativa acerca da ordem de preferência dessa penhora. O terceiro tópico destaca a complexidade para a definição do valor que será penhorado, além de fazer uma análise sobre a aplicação da medida excepcional com a manutenção da garantia de viabilidade do exercício da atividade empresarial, além de destacar o posicionamento do TJCE. Também são abordados o cabimento do princípio da preservação das empresas sob o aspecto conceitual, estabelecendo a relação entre aplicação de mecanismos de garantia da execução em limite de valor que não torne inviável o exercício da atividade empresarial. Já o quarto tópico descreve a atuação do administrador judicial para auxílio do juiz na aferição dos critérios e efetivação da medida.

A escolha da pesquisa qualitativa como abordagem metodológica de investigação se sustenta na necessidade em avaliar o conteúdo das decisões sobre a matéria, justamente para identificar se há ou não padrões para aplicação da penhora com a preservação da atividade empresarial. O estu-

do confere suporte teórico, documental e doutrinário para as proposições e permite a construção de inferências válidas a partir da análise acurada de textos com balizamento científico, propiciando um importante caminho para o acesso às informações desejadas e consequente fortalecimento do conhecimento.

A pesquisa é pura, uma vez que leva em consideração a realidade, em busca da compreensão e ampliação dos conhecimentos acerca desta, para a consideração de posicionamentos sem a necessária transformação da realidade social de maneira imediata; e também é exploratória, uma vez que utiliza levantamento bibliográfico de diversas fontes, exemplos que estimulam a compreensão e que atingem a finalidade elementar da pesquisa, que é a demonstração da pluralidade de ideias que circundam o tema em estudo.

Trata-se de uma visão geral a partir de uma abordagem teórica múltipla, considerando que o estudo fenomenológico não é dedutivo, mas, sim, construído pela análise de diferentes bases de conhecimento e interpretação da realidade. Complementarmente, o estudo utiliza a técnica de análise de decisões com base no estudo de jurisprudência para identificar um possível padrão decisório do TJCE, com periodização entre 2016 e 2022. O marco inicial se justifica pelo ano de adoção do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, e a escolha do marco final consiste na atualidade das informações para a pesquisa. A busca pelas informações ocorre a partir da utilização de termos-chave e coleta ampliada, afastando-se o viés de seleção.

Como hipótese, parte-se do pressuposto de que o TJCE adota critérios objetivos, em consonância com o entendimento firmado pelo STJ, sem, no entanto, motivar de forma detalhada a aplicação desses critérios na fixação do percentual que pode ser penhorado.

O artigo é relevante porque oferece uma valiosa contribuição para os estudos teóricos e empíricos sobre a adoção de parâmetros objetivos para aplicação dessa modalidade de penhora sobre o faturamento de entidade empresarial, além de colocar em discussão a necessidade do aprimoramento da fundamentação das decisões que tratam sobre a matéria.

2 A PENHORA DE FATURAMENTO NA BUSCA PELA EFETIVIDADE PROCESSUAL

Entre os pilares mais fundamentais do processo civil brasileiro moderno destaca-se a busca pela efetividade da prestação jurisdicional. Para ser efetivo, o processo deve realizar de forma célere, completa e correta o direito material no qual se fundamenta o litígio. Somente um ordenamento que proporcione a realização concreta dos direitos violados harmoniza-se

integralmente com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.[140]

No entanto, com muita frequência, se percebe uma dificuldade de concretizar no mundo dos fatos os direitos reconhecidos em títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Algumas vezes essa dificuldade decorre de limitações legais que obstam a utilização dos meios executórios, manifestando desequilíbrios na configuração de alguns aspectos do sistema de proteção do devedor.[141]

Por outro lado, a efetividade não pode ser perseguida de forma irrestrita. O processo, como ferramenta de garantia que é, deve proteger o executado de eventual abuso de direito por parte do exequente ou de possíveis falhas no processamento do feito que acarretem excessos, garantindo que o débito seja satisfeito sem dispêndios desnecessários. Na mesma linha, a execução não pode ser um instrumento de exercício de vingança, sendo vedado que o executado sofra mais do que o estritamente necessário à satisfação do crédito do exequente, ou que efeitos colaterais ou reflexos dessa satisfação atinjam bens jurídicos diversos do patrimônio.

Como se percebe, o equilíbrio entre estes princípios orientadores do processo nem sempre é encontrado de forma fácil. Alguns dos exemplos mais claros dessa dificuldade são percebidos em casos em que a efetivação do crédito exequendo pode interferir no regular funcionamento de uma empresa, podendo inclusive acarretar o encerramento de suas atividades. A severidade da situação está relacionada ao fato de a questão ultrapassar o interesse econômico dos sócios, pois as empresas cumprem uma função social ao gerar emprego, movimentar a economia, pagar tributos etc.

Quando se pensa em efetividade no cumprimento de obrigações, a penhora incide como um dos institutos jurídicos de maior atenção. A penhora é o principal meio executório sub-rogatório destinado à efetivação de execuções de obrigações de pagar quantia, consistindo no ato processual que inaugura o procedimento de expropriação dos bens. Trata-se de ato proces-

140 Nas lições de Barbosa Moreira: "Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, n. 105, jan./mar. 2002, p. 181).

141 Em uma análise da raiz histórica dessa distorção, Hermes Zaneti Jr. destaca: "a distorção resultou em uma distorção em benefício do devedor segundo a qual, pela gravidade da invasão do direito de propriedade, apenas um procedimento complexo para a expropriação, com muitas garantias para o executado, poderia estar de acordo com o processo justo" (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao código de processo civil*: artigos 824 ao 925. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 49. (Coleção comentários ao Código de Processo Civil, v. 14).

sual de constrição patrimonial, pelo qual são apreendidos bens do devedor ou de responsável patrimonial com o objetivo de serem alienados para se conseguir dinheiro que será entregue ao exequente.

A penhora deflagra uma cadeia de atos que culminarão com a adjudicação ou alienação do bem em uma execução de obrigação de pagar quantia certa. Por meio dela são identificados e resguardados os bens que serão atingidos pela execução. Assim, ela se destina a viabilizar a expropriação, mas não se confunde com a expropriação propriamente dita. O bem penhorado continua na propriedade do executado ou responsável patrimonial, ainda que com algumas restrições à sua disponibilidade. A maior efetividade da penhora ocorre quando ela incide diretamente sobre o dinheiro, em qualquer de suas modalidades, pois excluem-se questões relativas ao deposito e à alienação.

A penhora está disciplinada no CPC entre os arts. 831 e 869, além de outras referências espaças pelo Código, o que lhe torna um dos institutos de maior detalhamento procedimental da legislação processual civil. Esse conjunto de normas, construído a partir da experiência prática, lhe garante segurança e previsibilidade e transmite a sua importância no contexto executório.

Além das regras gerais para penhora de qualquer bem, o Código detalhou regras e procedimentos de algumas modalidades especiais de penhora. Por suas características, elas exigem normas complementares que disciplinem as peculiaridades que lhes são próprias, complementando ou modificando as regras gerais.

Entre estas estão a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, a penhora de créditos, a penhora das quotas ou das ações de sociedades personificadas, a penhora de empresa, de outros estabelecimentos e de semoventes, a penhora de percentual de faturamento de empresa e a penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel.

Assim, **é** possível penhorar valores oriundos do faturamento de uma empresa executada, mas essa medida deve ser deferida com prudência, diante da possibilidade de comprometer a regularidade das atividades, o que gera preocupação em virtude do princípio da preservação da empresa.

Não se está tratando de penhora de dinheiro depositado em conta da pessoa jurídica. Também não corresponde à penhora de créditos desta empresa. A penhora de faturamento é uma hipótese distinta, tanto que possui regramento próprio e está disciplina em ordem preferencial de bens penhoráveis em inciso diverso (art. 835 do CPC).

A penhora de faturamento, em certos termos, abrange estas duas formas de penhora e vai um pouco além, pois pode atingir todos os ativos da empresa. Ainda que mais abrangente, a penhora de percentual do faturamento pode se mostrar menos onerosa, pois ocorre de forma organizada e li-

mitada. É melhor para a empresa estar submetida a um plano de pagamento que passar por uma série de penhoras de dinheiro em conta não programadas. É por esse motivo que alguns autores orientam que a prudência própria da penhora de faturamento seja aplicada, dentro do possível, a outras constrições dirigidas às empresas.[142]

Logicamente, é possível que os valores atingidos em uma penhora pelo Sisbajud correspondam ao capital de giro da empresa. Nesse caso, caberá à executada alegar e provar que os valores são relativos ao faturamento da empresa, para que sejam aplicadas as regras do art. 866 do CPC/2015. Assim, poderá, por exemplo, requerer a substituição da penhora.

A designação legal do instituto indica serem as empresas as destinatárias desta forma de penhora, no entanto, não há razão para excluir de sua incidência das sociedades simples e as associações que, embora não se enquadrem tecnicamente no conceito de empresa, possuem igualmente faturamento e podem, da mesma forma, ter sua atividade inviabilizada por uma penhora desproporcional.[143]

3 EXCEPCIONALIDADE DA PENHORA DE FATURAMENTO

Ainda que autorizada a penhora de faturamento da empresa, essa medida executória é excepcional. Esse é o primeiro requisito a ser considerado pelo juiz ao avaliar a viabilidade concreta da medida.

De acordo com o art. 866 do CPC/2015, ela somente é admitida: I) na ausência de outros bens penhoráveis, II) se bens penhoráveis forem de difícil alienação ou III) se forem insuficientes para saldar o crédito executado. Como se observa, existem três motivos que podem justificar o deferimento da penhora de percentual do faturamento, cabe ao juiz fundamentar de forma específica uma dessas situações ao deferir a medida ao caso concreto.[144]

142 "É certo que na medida em que a penhora do dinheiro e/ou a penhora de créditos e de outros direitos patrimoniais possam acarretar comprometimento para o capital de giro da empresa, a ponto de prejudicar, de forma onerosa, as atividades e a sua sobrevivência, inegável se mostra que aquelas constrições não podem ser interpretadas isoladamente como constrições específicas de dinheiro ou de crédito, pois acabam gerando bloqueio de parcela significativa da receita bruta da empresa; e, portanto, do faturamento desta última". (MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Penhora de percentual de faturamento*: compreendendo o art. 866 do CPC/15. São Paulo: Expressa, 2021, p. 68).

143 ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 21º Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2021, p. 992.

144 "Assim, a) parcela do faturamento é apenas *eventualmente penhorável* – ou seja, se houver outros bens que possam satisfazer o crédito, o faturamento é *impenhorável*; b) essa impenhorabilidade funda-se no princípio da função social da empresa; c) apenas parcela do faturamento pode ser penhorado, jamais a sua integralidade". (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 5. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2021, p. 896).

Quanto à ausência e à insuficiência de outros bens, a verificação da questão é mais objetiva. Para avaliar a existência de outros meios executórios efetivos, cabe ao juiz, de ofício ou por provocação, determinar as diligências necessárias em busca de outros meios de satisfação do crédito. Porém, exaurida de forma razoável a busca por patrimônio penhorável do executado e determinada a penhora de percentual do faturamento da empresa, a alegação de ofensa ao requisito da subsidiariedade formulada pelo executado sujeita-se ao ônus de apontar a existência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz (art. 805, parágrafo único, CPC/2015).

Já em relação à dificuldade da alienação, a questão é uma pouco mais complexa. Nesse caso, são localizados bens, mas eles não atendem à efetividade da execução por exigirem um esforço elevado para sua alienação ou mesmo por esta ser pouco provável. A expressão "difícil alienação" é um conceito jurídico indeterminado que precisa ter seu conteúdo definido no caso concreto.

A dificuldade de alienação não precisa ser constatada na prática, por exemplo, por meio de uma tentativa de expropriação infrutífera por falta de interessados em adjudicar ou arrematar o bem em leilão. A apresentação de uma fundamentação robusta pode ser suficiente. Havendo indícios fortes de baixa liquidez do bem ou da dificuldade de alienação, o juiz pode, mediante fundamentação adequada, autorizar diretamente a penhora do percentual de faturamento. Como se percebe, a excepcionalidade da medida não importa necessariamente no esgotamento das demais hipóteses de penhora.

Outra questão relevante sobre esse tema é a divergência normativa sobre a ordem preferência dessa penhora. Além do art. 866 do CPC/2015, a penhora de percentual de faturamento de empresa também está prevista no art. 835, X, do CPC/2015, mas neste último a sua excepcionalidade não está tão clara. Ela é colocada com preferência na ordem de bens penhoráveis em relação a pedras e metais preciosos e a direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia.

A compatibilização entre esses institutos não pode ser solucionada pela simples literalidade dos dispositivos, exigindo uma abordagem interpretativa que considere outros elementos, como, por exemplo, o princípio da preservação das empresas. Assim, realmente deve ser atribuído à penhora de faturamento um caráter residual em relação a esses outros bens.[145]

Essa subsidiariedade também precisa ser entendida conjuntamente com a excepcionalidade da penhora de empresa, de outros estabelecimen-

145 No mesmo sentido está o pensamento de Daniel Amorim Assumpção Neves: "quanto à penhora do faturamento, entendo que os bens que estão previstos depois dela na ordem legal de penhora devem ter preferência, somente se admitindo a penhora ora analisada se o exequente demostrar que tais bens são de difícil alienação ou insuficientes para a satisfação integral do direito exequendo". (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Comentários ao código de processo civil – Volume XVII (arts. 824 a 875): da execução por quantia certa. Coord. José Roberto Ferreira Gouveia ... [et. al.]. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 354).

tos e de semoventes (art. 865 do CPC), que por ser, em regra, mais gravosa, deve ficar para o último caso. Logo, a hipótese de ausência de outros bens penhoráveis precisa ser lida em conjunto com os referidos dispositivos, não sendo a penhora de percentual do faturamento necessariamente o último caso.

4 DEFINIÇÃO DO VALOR QUE SERÁ PENHORADO

Para além da excepcionalidade já abordada no tópico anterior, o CPC estabelece outros dois requisitos para o deferimento da penhora de faturamento de empresa, agora dirigidos mais diretamente para a definição do valor a ser penhorado. Esse valor tem que a um só tempo: I) garantir a viabilidade do exercício da atividade empresarial e II) propiciar a satisfação do crédito exequendo em tempo razoável.

A complexidade que se extrai desses elementos é o fato de eles conterem conceitos jurídicos indeterminados em suas partes centrais. Não há uma definição objetiva, clara e geral do que deva ser considerado "*tempo razoável*" e "*que não torne inviável o exercício da atividade empresarial*". Não que essa opção legislativa esteja errada ou mesmo seja merecedora de crítica. A adequação processual ao caso concreto se faz, também, pelo preenchimento específico desses conceitos pelo juiz.

No entanto, a ausência de parâmetros mínimos para determinação dessas expressões pode dar margem a aplicações pouco isonômicas do dispositivo, tratando hipóteses semelhantes de forma muito distintas. Para além disso, também pode acarretar uma abertura para arbitrariedade ou subjetivismos, elementos que não se compatibilizam com a previsibilidade e segurança próprias do devido processo legal.

Por esse motivo, ainda que não exista previsão legal expressa, é fundamental que o juiz abra o contraditório com as partes para adequar a aplicação da medida excepcional à realidade financeira da empresa, evitando onerosidade excessiva e arbitrária.

4.1 Garantia de viabilidade do exercício da atividade empresarial

O objeto dessa modalidade especial de penhora é o faturamento da empresa, ou seja, a receita das vendas de mercadorias ou serviços prestados. Como forma de conciliar os relevantes interesses jurídicos relacionados à manutenção da empresa e à efetividade da execução, a penhora que incide sobre o faturamento de empresas deve restringir-se a apenas um percentual.

Dentre os princípios fundamentais da atividade econômica que encontram apoio e reconhecimento material no art. 170 da Constituição da Re-

pública de 1988, destaca-se o princípio da preservação ou da continuidade das empresas que consiste em uma norma específica do direito empresarial destinada a assegurar a materialização da função social da empresa[146]. Preservar a empresa significa resguardar interesses meta individuais, de toda a sociedade ou de parcela desta, potencialmente afetados pelo modo com que se empregam os bens de produção[147].

A postura legislativa repercutiu a relevância econômica e social da atividade empresarial, o que se percebe pela preocupação do constituinte em evitar que a iniciativa econômica venha a se desenvolver sem a necessária promoção da dignidade. A ordem econômica prevista pela CF/88, portanto, exige compreensão sistemática, porque ao passo que resguarda a iniciativa empresarial, mostra ser indissociável dos fundamentos e princípios que edificam uma sociedade livre e justa[148].

De acordo com o art. 47 da Lei n. 11.105/2005, há três finalidades a serem alcançadas com a aplicação do princípio da preservação da empresa: manutenção da atividade, dos empregos associados e cumprimento da obrigação junto aos credores. No caso das empresas em crise, o princípio da preservação alcança a ideia de subsistência de recursos para viabilizar a continuidade do negócio, assegurando a sobrevida da empresa afetada por crise econômico-financeira.

Compreender a atividade empresarial impõe delimitar sua função social e reconhecer que o texto constitucional assegurou a livre iniciativa, ao mesmo tempo em que destacou a valorização do trabalho; garantiu a propriedade e autorizou a livre concorrência, mas não olvidou da importância do trabalho formal.

Em que pese não ser absoluta a ordem de preferência descrita no art. 835 do CPC/2015, a ratazano que justifica ser a penhora sobre o faturamento da empresa medida excepcional que ocupa uma das últimas posições da norma descende do princípio da preservação da empresa. Se não esgotados os meios disponíveis de localização de outros bens passíveis de penhora e verificados sistemas como o Sisbajud, Renajud e Infojud etc, deve-se garantir a preservação do faturamento.

O princípio da preservação da empresa, invocado em regra nas hipóteses de recuperação judicial ou extrajudicial de empresas, resguarda o núcleo da atividade comercial, protegendo a fonte que produz os serviços e

146 TOLEDO, Maurício José Morato de; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. A Preservação da Empresa e sua Participação para Consecução de Políticas Públicas. In: *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, 2015, v. 1, n. 1, pp. 255-272.

147 MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: princípio da preservação da empresa, competência, e pronunciamento que a decreta. *Revista Eletrônica de Direito Processual,* 2020, v. 21, n. 3, pp. 502-534.

148 SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverki. Preservação da empresa e trabalho humano: perspectiva constitucional à luz da diretriz de tutela da pessoa. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2008, pp. 6867-6894.

a sociedade empresária, o que se reflete diretamente no objeto da atividade financeira. Sua aplicação tenta assegurar a sobrevivência empresarial e as condições mínimas para a continuidade das atividades produtivas, mesmo diante de um processo judicial com medidas constritivas sobre a empresa.

Pelo princípio da preservação da empresa, o percentual para a penhora não pode comprometer o cumprimento das obrigações pelo devedor, pondo em risco a própria atividade da empresa, razão pela qual a base de cálculo do percentual precisa ser objetiva e clara.

Na especificação da base de cálculo desse percentual, é preciso distinguir ainda o faturamento bruto do líquido. O Código não é específico a esse respeito. A jurisprudência também não é uniforme. O STF já decidiu, no âmbito tributário, que o faturamento corresponde à renda bruta da empresa[149]. O STJ, ao seu turno, possui decisões indicando expressamente que a penhora deve incidir sobre o faturamento líquido[150]. Dessa forma, falar unicamente em "faturamento" não é suficiente para delimitar a base da penhora. Portanto, não há consenso a esse respeito, uma vez que a palavra faturamento é ambígua e costuma ser utilizada de forma indiscriminada como sinônimo de uma ou de outra situação.[151] A melhor forma de abordar o tema é sendo expresso nessa definição, afastando dúvidas e discussões posteriores.

Ainda sobre esse aspecto, é preciso avaliar qual a melhor base para a penhora. Não é razoável considerar o faturamento bruto, pois devem ser excluídos da equação os valores necessários à manutenção do funcionamento da empresa, tais como salários dos empregados, impostos, custos de funcionamento etc.[152] É possível que a empresa esteja funcionando com dificuldades financeiras e, assim, consumindo a integralidade do seu faturamento para se manter aberta. Em casos como esses, que não são tão incomuns, qualquer percentual que incida sobre a renda bruta já poderá comprometer seu funcionamento.

---

149 STF, ARE 936107 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 11-04-2016 PUBLIC 12-04-2016.

150 STJ; AgInt no AREsp 1907278/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 17/12/2021. STJ, AgInt no AREsp 1404910/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2019, DJe 06/12/2019.

151 "Ainda, como verificado, não há clareza sobre o que os Tribunais estão determinando a penhora, ou seja, se o percentual incide sobre o lucro, sobre o faturamento bruto ou sobre o faturamento líquido, dado que esta definição é fundamental para que se avalie se a penhora obsta ou não a atividade empresarial". (SCHEIBLER, Juliana Luisa; CUNHA, Guilherme Antunes da. A penhora do faturamento da empresa e os critérios adotados por tribunais na definição do percentual. *Revista de Processo – Repro*. v. 301/2020. p. 133 – 151. Mar / 2020, p. 146).

152 "A lei exige que a penhora se limite a uma parte do faturamento para se garantir o funcionamento da empresa, viabilizando, assim, que o fluxo de caixa possa pagar os funcionários, restabelecer o estoque, acertar o cumprimento das obrigações com os fornecedores. O percentual correto desse faturamento sempre deve ser analisado caso a caso". BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil* – volume 3 (arts. 539 a 925). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 702.

Quando se utiliza o faturamento líquido, esse risco é afastado, pois todo o valor necessário para garantir a viabilidade do exercício da atividade empresarial, como estabelecido no art. 866, § 1º, do CPC, já estará assegurado. Tomando a renda líquida como base é possível inclusive fixar percentuais mais elevados para a penhora, pois, ainda assim, inexistirá risco à empresa.

A ideia do faturamento líquido é excelente, mas nem sempre é fácil defini-lo. Primeiro é preciso definir qual o valor total de que dispõe a empresa. Nessa apuração, deve-se incluir todo o valor já disponível para saque imediato, como valores em caixa, em contas bancárias, em aplicações etc.

Também devem ser apurados os valores que serão recebidos, como os decorrentes de créditos. A cobrança de títulos de créditos vencidos é uma ação essencial para ampliar as margens de execução, evitando que sejam mantidos como reservas para após o encerramento da penhora.

É importante lembrar que cada vez mais as empresas trabalham com vendas por cartão de crédito e de débito, de modo que o faturamento da empresa se manifesta por meio de recebíveis de operadoras de cartão de crédito. Esses valores equiparam-se ao faturamento da empresa e, por essa razão, devem igualmente ser utilizado de forma subsidiária, para viabilizar o regular desempenho da atividade empresarial. Assim, é irrelevante se o pagamento foi realizado à vista ou a prazo, se com dinheiro em espécie, cartão de crédito, pix, ou qualquer outra modalidade de pagamento aceita pelo mercado.

Esses valores ainda não estão depositados em contas da empresa e por isso não serão encontrados por meio da penhora pelo Sisbajud. Enquanto não forem desenvolvidas ferramentas eletrônicas para essas outras vias, é preciso realizar diligências diretamente com as operadoras, por meio de ofícios, por exemplo. Da mesma forma deve-se proceder com as intermediadoras de pagamento (Paypal, Mercado Pago, Pagseguro etc.).

Identificado o valor disponível passa-se a definir quais são os gastos necessários à manutenção da empresa. Essa atividade precisa ser ampla, de modo a desconsiderar despesas essenciais no cálculo. É fundamental ouvir a empresa executada especificamente a esse respeito e ter parâmetros concretos definidos pelo administrador-depositário. Como nem todas essas despesas podem ser antecipadas de forma precisa, será necessário realizar estimativas com base em períodos passados e eventuais mudanças de cenários já conhecidas.

Não existem valores fixos predeterminados, de modo que cabe ao juiz defini-los de acordo com as peculiaridades da causa, sempre garantindo que a satisfação do crédito não inviabilize por completo a atividade empresarial (art. 866, § 1.º, do CPC). Essa definição deve estar pautada na equalização

do binômio tempo razoável e satisfação do crédito, com fundamentação suficiente dessas questões no caso concreto.

A situação inicialmente deferida não se pereniza até o adimplemento integral da obrigação. O Valor fixado pode ser modificado se as informações que chegarem ao processo indicarem ser necessário ou adequado de acordo com as circunstâncias do caso concreto, sempre com a audição prévia das partes. Isso poderá ocorrer especialmente em casos em que o período de incidência da penhora do faturamento seja mais longo, pois será mais provável ocorrer mudanças na situação inicial.[153]

Essa capacidade deve considerar inclusive a existência de eventuais outras medidas executivas decorrentes de outros processos, sejam outras penhoras de percentual de faturamento, sejam penhoras de dinheiro ou de créditos.[154]

Nessa análise é preciso avaliar ainda os impactos da medida de forma prospectiva. Ainda que imediatamente a empresa consiga funcionar sem o valor penhorado, é possível que os impactos da constrição se manifestem em um momento futuro e de forma prolongada. Essa projeção é fundamental, pois a ausência dessa apreciação levará a uma conclusão equivocada.

A prática, em muitos casos, não reflete toda essa riqueza de elementos na verificação do percentual do faturamento que será penhorado. Por uma rápida pesquisa nos julgados do STJ sobre a matéria no ano de 2021 percebe-se que as decisões fixam a penhora de faturamento entre 5%[155], 10%[156],

153 Nos comentários de André Vasconcelos Roque: "Como o juiz, por ocasião em que defere a penhora, normalmente não tem maiores informações a respeito da situação econômico-financeira da empresa, o que somente será conhecido posteriormente, com a apresentação dos balancetes pelo administrador-depositário (§ 2º), é possível que, tomando ciência da verdadeira realidade da empresa e fundamentando sua decisão em circunstâncias que não eram de seu conhecimento, o juiz modifique o percentual, seja para elevá-lo ou para reduzi-lo. (ROQUE, André Vasconcelos. Comentários ao art. 866 do CPC. *In* execução e recursos: Comentários ao CPC de 2015. Coord. Fernando da Fonseca Gajardoni ... [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 352).

154 "Isso fica mais evidente quando uma empresa, que possui diversas execuções sendo conduzidas por diversos juízos, sofre constrições em seu faturamento em cada um deles, visto que a soma das penhoras impossibilita a continuidade da sua atividade". (SCHEIBLER, Juliana Luisa; CUNHA, Guilherme Antunes da. A penhora do faturamento da empresa e os critérios adotados por tribunais na definição do percentual. *Revista de Processo – Repro*. v. 301/2020. p. 133 – 151. Mar / 2020, p. 147).

155 AgInt no AREsp 1900611/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2021, DJe 09/12/2021. AgInt no AREsp 1867268/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2021, DJe 25/11/2021. AgInt no AREsp 1716442/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2021, DJe 14/06/2021. AgInt no REsp 1878740/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2021, DJe 13/05/2021. AgInt no AREsp 1787611/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2021, DJe 13/05/2021.

156 AgInt no AREsp 1829981/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2021, DJe 09/12/2021. AgInt no AREsp 1675731/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2021, DJe 19/08/2021. AgInt no AREsp 1787003/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2021, DJe 31/08/2021. AgInt no AREsp 1777653/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2021, DJe 24/06/2021.

20%[157] e 30%[158]. Parte dessas manifestações sequer difere se o faturamento está sendo tratado como bruto ou líquido.

Chama atenção o fato de o percentual do faturamento ser quase sempre fixado em números redondos. Como uma definição que deveria ser objeto de uma aferição complexa, detalhada e cuidadosa é fixada em uma variação de 5 ou 10 por cento? Não pode. Isso retrata a falta de precisão na avaliação dos casos, apontando que, no máximo, se faz uma estimativa por aproximação. Essa técnica traz uma margem de erro que pode ser significativa no caso concreto, comprometendo a viabilidade da atividade empresarial.

4.2 Tempo razoável para a satisfação do crédito

Uma vez definido o percentual que pode ser atingido com essa modalidade especial de penhora, é hora de compará-la com o montante do crédito em execução para definir o tempo em que o crédito seria pago por essa via e avaliar se o período é razoável.

Tome-se por hipótese um crédito exequendo de um milhão de reais e um percentual possível de penhora do faturamento que corresponda a algo em torno de dez mil reais mensais. Seriam necessários cem meses, mais de oito anos, para a satisfação do crédito. Nesse exemplo, propositalmente extremo, fica claro que a penhora de faturamento não é a via executória adequada para o caso.

Em outra situação, na qual o crédito perseguido judicialmente agora fosse de cinquenta mil reais, mantida a condição da penhora com dez mil reais mensais, a conclusão pode ser diferente. Ainda que algumas outras variáveis devam ser consideradas, cinco meses, provavelmente, vai se mostrar um prazo razoável para o caso concreto.

Lógico que quando se analisam circunstâncias extremas de prazos muito longos ou muito curtos de pagamento a conclusão pela desproporção ou pela razoabilidade do tempo fica mais fácil. Para as situações que se encontram em patamares medianos a definição do preenchimento do requisito temporal já exige mais cuidado e, consequentemente, uma fundamentação mais robusta.

Como regra, sempre que possível, deve-se ouvir as partes sobre a questão antes de decidir. Para essa definição é fundamental a posição do exequente. É ele que suportará o tempo para satisfação crédito, logo não há ninguém melhor para estabelecer o que é ou não é um tempo razoável. O exequente, por exemplo, sabendo da inexistência de outros meios de satis-

157 AgInt no AREsp 1907278/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 17/12/2021.

158 AgInt no REsp 1752586/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2021, DJe 13/08/2021. AgInt no AgInt no AREsp 1717075/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 03/05/2021, DJe 11/05/2021.

fazer a obrigação, pode aceitar um parcelamento mais longo do pagamento, pois será melhor do que a inefetividade do seu crédito ou de uma eventual prescrição intercorrente. Mas isso não significa que caberá a ele a palavra final, motivo pelo qual é preciso ter outros parâmetros.

É necessário definir algumas balizas objetivas orientadoras do que seria um tempo razoável para a conclusão dessa forma de execução. Existem duas diretrizes que podem ser utilizadas para esse fim. A primeira, extraída do próprio Código, diz respeito à autorização para o pagamento parcelado previsto no art. 916, para o qual o pagamento em até 6 (seis) parcelas mensais é tido como prazo razoável, independentemente da posição do exequente.

Outra, retirada da prática, diz respeito ao tempo médio despendido para a expropriação de outros bens, em especial dos mais comumente penhorados, como imóveis e veículos automotores. Ainda que este segundo parâmetro sugerido varie bastante de juízo a juízo, é possível concluir que o período que gire em torno dos seis meses a um ano seja razoável. O valor do crédito exequendo também é um elemento dessa equação, de modo que quanto maior o valor, maior também será o período aceito como razoável para o pagamento.

Ainda que seja reconhecido o caráter de princípio processual à efetividade, por sua relação direta com o elemento finalística da inafastabilidade da jurisdição, é preciso ressaltar que há uma preponderância para o critério da garantia de viabilidade do exercício da atividade empresarial, em face de sua ligação com o princípio da preservação das empresas. Assim, o tempo alongado necessário para a quitação do crédito não pode ser utilizado como fundamento para que se eleve o percentual da penhora do faturamento para além daquilo que já foi estabelecido como compatível com a viabilidade da atividade empresarial.

Outra situação que precisa ser destacada é que o prazo para pagamento não será necessariamente o menor. Se a satisfação integral do crédito puder ser alcançada em poucos meses pelo percentual máximo do faturamento possível, é possível fracionar um pouco mais o pagamento para diminuir o impacto na empresa.[159]

Vale lembrar que é possível conjugar essa via executória com outra que igualmente não são capazes de garantir sozinhas a satisfação do crédito. Os meios executórios não precisam atuar de forma isolada, eles podem se complementar de modo a que nenhum deles se torne excessivo.

159 "Seria, portanto, possível a penhora em percentual inferior ao máximo se a satisfação do direito ocorrer em tempo razoável". (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários ao código de processo civil* – Volume XVII (arts. 824 a 875): da execução por quantia certa. Coord. José Roberto Ferreira Gouveia ... [et. al.]. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 356).

4.3 O posicionamento do TJCE

Ainda que os julgados do STJ tenham uma importância fundamental na definição da interpretação do CPC, não cabe a esta corte a reanálise de premissas fático-probatórias dos casos que chegam à sua apreciação. Nesse contexto, o estudo das manifestações de tribunais de segunda instância torna-se fundamental para compreender de forma mais aprofundada a realidade da atividade jurisdicional no caso concreto.

A partir de consulta com operadores booleanos, a pesquisa utiliza termos-chave para auxiliar na busca de resultados e ampliar as formas de filtragem, tornando a investigação mais específica. As palavras e expressões para pesquisa livre são: "penhora e faturamento empresa %", "valor %" e "penhora excepcional", com um total de 151 acórdãos localizados para a periodização entre 2016 e 2021.

A pesquisa envolve processos não resguardados pelo segredo de justiça, assegurando-se a utilização de dados secundários livres e disponibilizados gratuitamente pelo portal de consulta de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, escolhido como unidade de análise absoluta por se tratar de uma questão cujas descobertas são uma referência em si mesmas; relevantes para o tribunal em que se situa a pesquisa e preponderantes para efeitos comparativos, por se tratar de tribunal de médio porte com número expressivo de demandas sobre o tema em apreço.

Os requisitos objetivos destacados dizem respeito ao texto legal do art. 866 do CPC: (A) garantia de viabilidade do exercício da atividade empresarial e (B) propiciar a satisfação do crédito exequendo em tempo razoável.

O estudo se baseia em amostra representativa do todo e as variáveis escolhidas são a presença de determinação pela penhora e julgamento realizado pelo TJCE. São variáveis discretas, uma vez que se apoiam em possíveis modificações quanto ao percentual estimado de condenação. Os dados secundários permitem a descrição da amostra estudada, além de proporcionar análises explicativas. Os julgados a seguir são classificados em tipo de consulta (Sisbajud, Renajud e Infojud), para identificar se as possibilidades de análise sobre o patrimônio foram exauridas. Ainda, são verificados a existência de requisitos objetivos para a constrição patrimonial pela penhora excepcional sobre o faturamento da empresa e percentual da condenação, se descrita sobre valor bruto ou líquido.

Tabela 1: Quadro comparativo sobre constrição patrimonial pela penhora excepcional sobre o faturamento da empresa no TJCE (2016 a 2021)

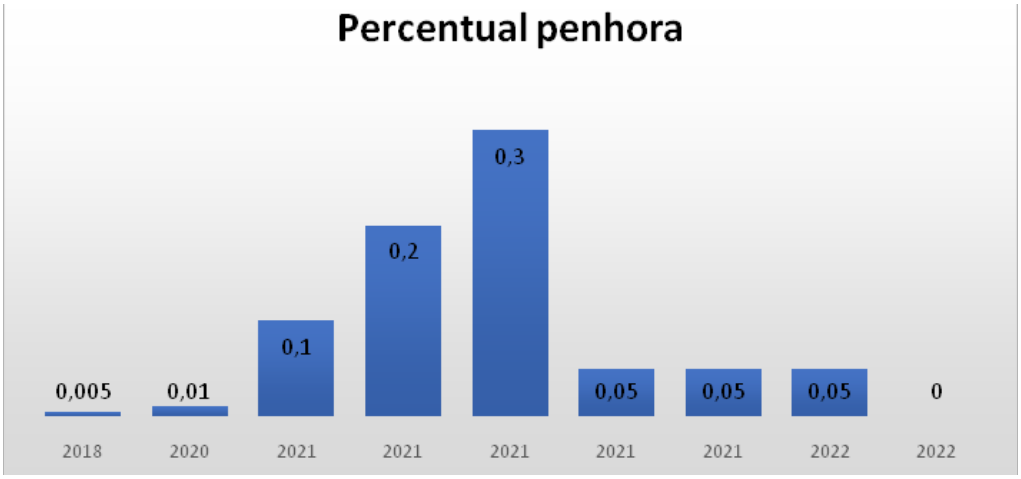
Processo	Unidade	Data julgamento	Requisitos objetivos	Consulta Sisbajud	Consulta Renajud	Consulta Infojud	Percentual condenação	Bruto ou líquido
0625631-20.2021.8.06.0000	3ª Câmara Direito Privado	2022	Não informado	Sim	Não	Não	Não informado	Não informado
0030550-58.2008.8.06.0000	3ª Câmara Direito Privado	2022	A e B	Sim	Não	Não	5% sobre o faturamento mensal	Não informado
0627333-69.2019.8.06.0000	4ª Câmara Direito Privado	2021	A e B	Não	Não	Não	5% sobre o faturamento mensal	Não informado
0635524-69.2020.8.06.0000	2a Vara Cível	2021	A	Sim	Não	Não	5% sobre o faturamento mensal	Bruto
0635524-69.2020.8.06.0000	3ª Câmara Direito Privado	2021	A e B	Não	Não	Não	5% sobre o faturamento mensal	Bruto
0628261-20.2019.8.06.0000	1ª Câmara Direito Privado	2021	A e B	Não	Não	Não	30% sobre faturamento	Líquido
0633818-51.2020.8.06.0000	2ª Câmara Direito Privado	2021	A	Sim	Não	Não	20% sobre faturamento	Não informado
0171252-65.2019.8.06.0001	3a Vara Cível	2021	A e B	Sim	Sim	Sim	10% sobre faturamento	Bruto
0622502-41.2020.8.06.0000	4ª Câmara Direito Privado	2020	A	Sim	Não	Não	1% sobre faturamento	Bruto
0630574-22.2017.8.06.0000	4ª Câmara Direito Privado	2018	A	Não	Não	Não	0,5% sobre faturamento	Bruto

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados secundários fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Não foram localizados acórdãos em 2016 e 2019 e a amostra é reduzida pela especificidade dos casos e do tema de análise. A partir dos dados consultados, na periodização escolhida, verifica-se maior tendência de cumprimento e observância aos requisitos que justificam a penhora excepcional sobre o faturamento, no entanto, há variância quanto ao valor percentual,

baixo indicativo de verificação quanto aos valores objeto de constrição e baixa objetividade quanto ao tipo de faturamento, se bruto ou líquido.

Quadro 01: Comparativo de valores arbitrados para penhora excepcional (2016-2021)



Fonte: Elaboração própria, com base nos dados secundários fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Observa-se ainda que o primeiro tende a realizar uma consulta mais acurada sobre a disponibilidade dos bens para evitar a penhora excepcional sobre o faturamento, definindo de maneira mais assertiva se a constrição ocorrerá sobre o faturamento bruto ou líquido. No órgão de competência derivada, não há unanimidade sobre a utilização de todas as formas de consulta, tampouco, quanto à modalidade.

Pela amostra, percebe-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará obedece a parâmetros objetivos para a aplicação do art. 866 do CPC nos casos de penhora sobre o faturamento de empresas, e que o percentual médio varia entre o mínimo de 0,5% ao máximo de 30%, definindo-se um valor mais incidente de 5% sobre o faturamento bruto. Porém, não se exaurem as fontes de consulta sobre a disponibilidade do patrimônio, visto que na maioria dos casos analisados se verifica análise apenas pelo Sisbajud. Ainda, não há nas decisões menções à presença de administrador para auxiliar no estabelecimento dos valores.

Do inteiro teor das decisões, percebe-se que não há um aprofundamento em detalhes específicos sobre aplicação dos critérios ao caso concreto. A definição dos percentuais está normalmente fundamentada pela referência ao art. 866 do CPC, a julgados de tribunais, em sua maioria do STJ e do próprio TJCE, além de exposições mais gerais que reproduzem em alguma medida os requisitos legais.

5 ATUAÇÃO DO ADMINISTRADOR-DEPOSITÁRIO PARA AUXÍLIO DO JUIZ NA AFERIÇÃO DOS CRITÉRIOS E EFETIVAÇÃO DA MEDIDA

Dificilmente se terá nos autos do processo de modo inicial informações suficientes sobre a realidade da empresa para que o juiz avalie os critérios de mensuração do percentual de faturamento a ser penhorado. Para superar esse obstáculo, o Código prevê a atuação de um auxiliar da justiça específico: o administrador-depositário.

Apesar da designação legal de "administrador-depositário", esse profissional não assumirá propriamente a administração da empresa, como ocorre, por exemplo, na penhora da própria empresa. A sua nomeação não afasta do gestor originário ou dos sócios o poder de conduzir os rumos do negócio e de definir as rotinas da empresa. Poderá interferir de forma parcial e excepcional em alguns atos específicos diretamente relacionados à penhora, como, por exemplo, para garantir a entrada de recebíveis ou a cobrança de títulos. Mas, em regra, se limitará a recolher informações para subsidiar o juiz na definição e na arrecadação dos valores.

É por isso que na leitura do art. 866, não se deve considerar a ordem dos parágrafos primeiro e segundo do dispositivo como etapas cronológicas do procedimento. Ainda que hipoteticamente seja possível definir o percentual do faturamento a ser penhorado antes da nomeação do administrador-depositário, com base em documentos robustos trazidos aos autos do processo e devidamente submetidos ao contraditório, essa situação não é a mais comum nem se mostra a mais adequada. O caminho normal é primeiro nomear o administrador-depositário para que ele traga informações e só depois, com fundamento nesses elementos apresentados, se estabeleça o valor devido.[160]

Como é possível perceber da leitura do Código, a forma de atuação do administrador-depositário não está definida de maneira detalhada na lei. Nem poderia, pois cada situação exigirá uma abordagem diferente, de modo que essa aparente lacuna normativa é, na verdade, uma margem para adequação negocial ou judicial do processo. Para tanto, o administrador-depositário deverá apresentar sua proposta de atuação, indicando a forma de arrecadação dos valores com base em uma análise da rotina econômica da empresa (art. 866, § 2.º, CPC/2015).

Mais uma vez o Código não dispõe expressamente sobre o contraditório, mas é importante o diálogo com as partes para ajudar a estabelecer os limites dessa atuação, seja para garantir maior efetividade, seja para evitar excessos ou intervenções desnecessárias.

160 "O magistrado não deve fixar percentual, e nem a forma de constrição, sem ouvir previamente o administrador depositário nomeado; cabendo a este último, como *expert* e não ao juiz, dar o devido direcionamento técnico para chegar-se à maneira eficiente de se satisfazer o credor, e da forma menos onerosa possível ao devedor". (MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Penhora de percentual de faturamento*: compreendendo o art. 866 do CPC/15. São Paulo: Expressa, 2021, p. 74).

Algumas questões, no entanto, são evidentes, como a possibilidade de acesso ao estabelecimento comercial e às informações contáveis para conferir o faturamento e possibilitar reservar o numerário em uma conta judicial para penhora. Esses valores serão entregues em juízo a fim de serem imputados no débito executado até a quitação total. Para viabilizar esse acompanhamento, o administrador-depositário tem o dever de prestar contas mensalmente.[161]

Como se percebe, esse profissional deverá ter experiência na área. Não há uma restrição a uma formação específica, mas especialistas da área de contabilidade, economia, administração de empresas tendem a se adequar melhor ao encargo. Se possível, ter em seu currículo a atuação anterior no setor específico da empresa executada o tornará mais capaz para a constituição de um plano de atuação realista.

A subseção do Código que trata da penhora de percentual de faturamento de empresa não é clara sobre a forma de escolha do administrador-depositário, mas prevê, no art. 866, § 3º, do CPC, a aplicação subsidiária das regras da penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel. Assim, em aplicação das regras do art. 869, o juiz poderá nomear o exequente ou o executado, ouvida a parte contrária, e, na ausência de acordo, nomeará profissional qualificado para o desempenho da função. Como se percebe, é possível a escolha de um administrador processual por acordo das partes, hipótese na qual o juiz deverá homologar a indicação, salvo se constatar algum vício no negócio processual.[162]

Os valores penhorados deverão ser depositados em conta judicial pelo administrador-depositário, cabendo ao juiz a sua transferência ao exequente para satisfação do crédito. Não pode o administrador-depositário transferir as quantias diretamente para o credor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto às questões apresentadas, verifica-se que as decisões que aplicam a penhora de percentual de faturamento de empresas obedecem genericamente aos parâmetros objetivos previstos no art. 866 do CPC, mas não detalham de maneira específica como se define o percentual de valor penhorado.

161 "O depositário exercerá uma intervenção parcial na gestão da empresa, durante o cumprimento do esquema judicial de pagamento. Tomará providências para recolher as importâncias deduzidas do caixa da empresa, ou descontadas da conta bancária de cobrança das duplicatas. Poderá, até mesmo, encarregar-se da cobrança dos títulos correspondentes ao percentual do faturamento penhorado. O esquema de pagamento poderá explicitar, caso a caso, a forma adequada de apropriação das parcelas estabelecidas". (THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* – Volume 3. 53ª ed. São Paulo: Forense, 2020, p. 328.)

162 Enunciado n.º 19 do FFPC: "São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: [...] a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866 [...]".

Pela amostra de julgados do STJ e do TJCE, percebe-se que o percentual médio varia entre o mínimo de 0,5% ao máximo de 30%, definindo-se um valor mais incidente de 5% sobre o faturamento bruto. Porém, não se exaurem as fontes de consulta sobre a disponibilidade do patrimônio, visto que na maioria dos casos analisados se verifica análise apenas pelo Sisbajud. Ainda, não há nas decisões menções à presença de administrador-depositário para auxiliar no estabelecimento dos valores.

A hipótese de que o TJCE adotaria critérios objetivos, em consonância com o entendimento firmado pelo STJ, sem, no entanto, definir os critérios para fixar o percentual, foi parcialmente atestada, na medida em que a descrição do percentual nas medidas de penhora excepcional adotadas para a restrição de ativos financeiros nem sempre evidenciam com clareza se o valor recairá sobre o faturamento bruto ou líquido das empresas condenadas.

A justificativa se concentrou, nos casos examinados e dentro da periodização escolhida, no juízo de ponderação entre a necessidade de garantir a maior efetividade da execução e a menor onerosidade para o executado, competindo a este demonstrar, de forma consistente, que a substituição da penhora sobre o faturamento pela penhora em dinheiro não seria capaz de trazer prejuízo à satisfação do crédito. A nomeação preliminar de administrador-depositário para que este possa levantar informações para que posteriormente seja estabelecido o valor devido também não foi prática adotada com recorrência nos casos consultados.

Por tudo isso, fica evidente a necessidade de aprimoramento da fundamentação das decisões judiciais que determinam a penhora de percentual de faturamento de empresas para garantir que esse meio executório efetivamente não acarrete a inviabilidade do exercício da atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual de execução.* 21º Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2021.

BRASIL, *Constituição Federativa do Brasil de 1988*. Senado Federal, Brasília: DF, 1988.

BRASIL, *Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Senado Federal, Brasília: DF, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil* – volume 3 (arts. 539 a 925). São Paulo: Saraiva, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 5. 11ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2021.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: principio da preservação da empresa, competência, e pronunciamento que a decreta. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2020, v. 21, n. 3, pp. 502-534.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Penhora de percentual de faturamento*: compreendendo o art. 866 do CPC/15. São Paulo: Expressa, 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo, São Paulo, v. 27, n. 105, jan./mar. 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários ao código de processo civil* – Volume XVII (arts. 824 a 875): da execução por quantia certa. Coord. José Roberto Ferreira Gouveia ... [et. al.]. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. Comentários ao art. 866 do CPC. *In Execução e recursos*: Comentários ao CPC de 2015. Coord. Fernando da Fonseca Gajardoni ... [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

SHEIBER, Juliana Luisa; CUNHA, Guilherme Antunes da. A penhora do faturamento da empresa e os critérios adotados por tribunais na definição do percentual. Revista dos Tribunais Online, *Revista de Processo – REPro*, 2020, v. 301, pp. 133-151.

SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverki. Preservação da empresa e trabalho humano: perspectiva constitucional à luz da diretriz de tutela da pessoa. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2008, pp. 6867-6894.

TOLEDO, Maurício José Morato de; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. A Preservação da Empresa e sua Participação para Consecução de Políticas Públicas. In: *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, 2015, v. 1, n. 1, pp. 255-272.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* – Volume 3. 53ª ed. São Paulo: Forense, 2020.

ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao código de processo civil*: artigos 824 ao 925. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DO EXECUTADO

Hugo de Brito Machado Segundo
Mestre e Doutor em Direito. Advogado em Fortaleza. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários e do IBDT – Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, de cujo Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) foi Coordenador. Professor do Centro Universitário Christus (Graduação e Mestrado). Visiting Scholar da Wirtschaftsuniversität, Viena, Áustria (2012/2013 – 2015/2016).

1 NOÇÕES GERAIS

A tutela jurisdicional, como se sabe, pode ser provocada para que se declare a existência de uma relação jurídica, diante de eventual resistência da parte demandada em reconhecê-la, na extensão ou nos efeitos pretendidos pela parte demandante. Mas é possível que, pressuposta já a existência da relação jurídica, a tutela jurisdicional seja provocada para que referida relação seja cumprida, satisfeita ou efetivada. Em outros termos, o conflito pode girar em torno da existência do direito, ou de seu cumprimento. No primeiro caso, diz-se que a tutela é declaratória, ou cognitiva; no segundo, executiva.

Trata-se, convém esclarecer, de uma divisão nas espécies ou formas de exercício da jurisdição, ou nas respostas que se esperam do Estado diante de conflitos cuja solução é submetida à sua tutela. Mas, como toda divisão, há zonas intermediárias, ou realidades que suscitam dúvidas sobre qual dos rótulos lhes cabe, dada a complexidade e a abundância da realidade, que nem sempre cabe nas classificações feitas pela mente humana a seu respeito. Além disso, quando da criação de processos, ou mecanismos, para viabilizar o exercício de tais tutelas, tanto se podem imaginar processos diversos para tutelas também diversas, como era a regra no CPC de 1973, como se pode cogitar de processos sincréticos, em que provimentos cognitivos ou executivos são exarados, ou mesmo de provimentos sincréticos, nos quais as duas espécies de tutela são mescladas e prestadas.

De uma forma ou de outra, em razão da apontada divisão, e da necessidade, em algum momento, de se prestar a tutela executiva, há mecanismos precipuamente destinados a esse fim. É o caso do processo de execução, por quantia certa e contra devedor solvente, no qual, em regra, não se discute a existência da relação jurídica, que é pressuposta, mas apenas se debatem as formas ou os meios a serem utilizados para obter a sua satisfação.

Neste texto, não se pretendem examinar os detalhes ou as particularidades do processo de execução, mas, especificamente, os meios ou mecanis-

mos de que dispõe o executado para se opor a ele. Basicamente, a ação de embargos à execução, e a "exceção de pré-executividade."

2 EMBARGOS À EXECUÇÃO

Como explicado, no processo de execução a existência do direito de cuja satisfação se cogita é pressuposta. O processo não se destina à prestação da tutela jurisdicional, e, por isso mesmo, nele não se debate sobre a existência, a extensão ou o modo de ser da relação jurídica de que o autor se diz participante, na condição de credor.

Trata-se de uma imposição do próprio direito à jurisdição. Do contrário, esta, a tutela jurisdicional, nunca seria prestada de maneira efetiva, e definitiva, reabrindo-se a quem se quisesse opor incontáveis oportunidades para fazê-lo. Na execução, portanto, em regra, essas oportunidades não existem. Não que, por isso, não haja contraditório, ou a necessária participação do executado, apenas o objeto das discussões, ou da controvérsia, é outro: a forma como a satisfação ocorrerá.

Existem, contudo, ainda assim, meios para o executado se opor à pretensão executiva. O principal deles é a ação de embargos que, pelas razões apontadas, configura outra demanda, a se desenvolver em outro processo, no qual será possível o exercício da tutela jurisdicional cognitiva. Nos embargos, sim, será possível debater a existência, a extensão e os efeitos da relação afirmada pelo exequente e pressuposta no título executivo que aparelha o processo de execução[163].

Nas execuções por quantia certa, contra devedor solvente, de uma forma geral, os embargos não mais dependem da garantia do juízo, no âmbito do processo de execução. Ou seja, para mover a ação de embargos e se insurgir contra a cobrança subjacente à execução, não é preciso que o devedor ofereça bens à penhora, ou apresente algum outro tipo de garantia, como depósito em dinheiro, ou fiança. Trata-se de alteração ao CPC de 1973 havida com o advento da Lei 11.382/2006, que foi seguida pelo Código de Processo Civil de 2015. Mas, por outro lado, os embargos tampouco têm o condão de suspender o curso do processo executivo, que segue seu caminho a menos que o magistrado defira provimento de caráter suspensivo, o qual pressupõe: (i) a garantia do juízo; (ii) a presença de requisitos assemelhados aos de uma tutela provisória.

163 Saliente-se que, com as reformas havidas no CPC de 1973 nos anos de 2005 e 2006, a tutela executiva, quando fundada em título judicial, passou a ser exercida em etapa posterior do próprio processo de conhecimento, batizada de "cumprimento de sentença". O processo passou a ser sincrético (conhecimento + execução), sendo a oposição do executado, a partir de então, intitulada "impugnação ao cumprimento de sentença", a qual não se dá por processo autônomo. O maior sincretismo, e a ausência de autonomia do cumprimento e da impugnação do devedor em relação ao processo em que se formou o título, se devem à própria acessoriedade de tais etapas em relação à própria tutela cognitiva prestada nas fases iniciais do processo, e ao reduzido rol de matérias que podem ser debatidos em tais etapas de cumprimento, em respeito à preclusão e à coisa julgada.

Em suma, embora não essencial, a garantia do juízo é condição para, juntamente com o risco de dano de difícil reparação e a plausibilidade do direito alegado pelo embargante, suspender-se o curso do processo executivo.

No caso de execuções movidas pelo Poder Público, as quais são regidas pela Lei 6.830/80, com aplicação apenas subsidiária do Código de Processo Civil, o regramento segue ligeiramente distinto, e a existência de dois diplomas, com tratamento eventualmente diverso para situações semelhantes, suscitou algumas questões relacionadas a qual seria pertinente às execuções fiscais.

A garantia do juízo continua sendo apontada como necessária, pelo art. 16, § 1.º, da Lei de Execuções Fiscais (LEF), para a oposição dos embargos. Como se trata de norma mais específica, entende-se que prevalece sobre o que dispõe o CPC. Alguns questionamentos, contudo, remanescem.

Considerando que um diploma legal, como um Código, ou uma Lei de Execuções, é um sistema de partes que interagem, que se pressupõem, e que se comunicam, o fato de aplicar-se o § 1.º do art. 16, mantendo-se a necessidade de garantia do juízo para oposição dos embargos, faz com que alguma outra disposição da lei processual civil mais geral sejam por igual afastada? Seria o caso de algumas delas, sim. Cite-se, como exemplo, a disposição segundo a qual somente com a garantia do juízo, e a presença de requisitos equivalente aos de uma tutela provisória, a execução seria suspensa pelos embargos. Além de os art. 19, 24, I, e 32, parágrafo único, da LEF, serem claros no sentido de que os atos executivos só podem ocorrer "se não embargada a execução ou se rejeitados os embargos", a lógica da supressão do efeito suspensivo inserida no CPC pressupõe a desnecessidade de garantia do juízo para embargar como contrapartida. Não foi essa, contudo, a compreensão do Superior Tribunal de Justiça, que permite à execução seguir seu curso, em regra, salvo decisão em contrário do juízo, obstando-se apenas a entrega do numerário obtido com a alienação dos bens penhorados, o qual deverá permanecer depositado em juízo até o trânsito em julgados dos embargos[164].

Outro ponto a ser destacado, nas execuções em que o Poder Público é a parte autora e que se regram pela Lei 6.830/80, com aplicação subsidiária do CPC, é o do início da contagem do prazo para opor embargos. Como, no CPC, os embargos não dependem da garantia do juízo, o prazo para apre-

164 Mesmo admitindo a aplicabilidade do CPC às execuções fiscais neste ponto, Fredie Didier, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira observam que "há, contudo, uma hipótese em que o efeito suspensivo será automático: quando se chega à fase satisfativa da execução. Nesse momento, os embargos à execução fiscal têm efeito suspensivo automático, pois a adjudicação depende do trânsito em julgado da sentença dos embargos. De igual modo, o levantamento da quantia depositada em dinheiro depende do trânsito em julgado da sentença dos embargos. Na verdade, há uma peculiaridade na relação entre o particular e a Fazenda Pública que impõe tal regime: convertido o dinheiro em renda para a Fazenda Pública, o particular somente poderia reavê-lo por demanda própria, submetida à sistemática do precatório. Tal situação revela-se bastante prejudicial ao particular. Então, até para protegê-lo, institui-se esse regime de a conversão em renda somente ser feita após o trânsito em julgado" (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 5, p. 770-771).

sentá-los se inicia com a citação, ou, mais precisamente, com a juntada aos autos do mandado de citação. No caso da LEF, o termo inicial é a garantia do juízo, colocando-se a questão: e se esta for insuficiente, porquanto em valor inferior ao da dívida reclamada?

Houve juízes que, diante da realização de uma penhora, já iniciavam a contagem do prazo para opor embargos, mas, se a garantia se mostrasse insuficiente, rejeitavam de plano tais embargos. Com o posterior reforço da penhora, complementando-se a garantia, assim tornada integral, todo o patrimônio constrito seguia para leilão. Caso o executado se opusesse a isso, dizia-se que não havia mais oportunidade para embargar, visto que o prazo, iniciado com a primeira e insuficiente constrição, teria se esgotado.

Criavam-se desse modo situações em que a oposição do executado era inteiramente inviabilizada, quando o correto seria ou contar o prazo apenas a partir da integralidade da garantia, ou receber os embargos mesmo diante da insuficiência desta. Foi este segundo caminho que trilhou a jurisprudência do STJ[165].

Desse modo, garantido o juízo, ainda que de modo insuficiente, abre-se o prazo para embargos, em se tratando de execução fiscal. Sendo insuficiente a garantia, não será possível ao juízo atribuir efeito suspensivo aos embargos, continuando a execução a fluir até que se complete ou integralize a garantia. Caso se trate de dívida tributária, a propósito, apenas depois de integralizada a garantia será possível ao executado obter certidão positiva com efeito de negativa, nos moldes do art. 206 do Código Tributário Nacional. Em se tratando de execução regida apenas pelo CPC, como explicado, a questão sequer se coloca, pois a garantia não é condição para os embargos e o prazo, que é menor[166], inicia-se com a citação.[167]

Opostos os embargos, abre-se a oportunidade para questionamento da existência, da validade, e da extensão da relação jurídica que subjaz ao título que aparelha a execução. Tanto questões de direito, como questões de fato, permitida ampla dilação probatória, podem ser suscitadas pelo executado/embargante. Ao cabo, julgados os embargos, o desfecho destes terá reflexo direto sobre a execução, seja para extingui-la, no todo ou em parte, seja para que se determine a validade de seu prosseguimento.

3 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Conforme previamente explicado, no processo de execução, a existência e a validade do crédito executado são pressupostas, não devendo, em princípio, ser discutidas. Todo questionamento a respeito de tais pontos deve ser feito, em princípio, em sede de embargos à execução. Isso não quer dizer que na execução não haja discussão, questionamentos, e contraditório. Há. Mas eles não giram em torno da existência ou da validade da

165 STJ, REsp 80.723/PR, *DJU* 1º/8/2000, p. 218; STJ, 1ª S., EREsp 80.723/PR, *DJ* de 17/6/2002, p. 183, *RDDT* 87/160– *RT* 805/196.

166 15 dias, em vez dos 30 dias aplicáveis aos embargos à execução fiscal (art. 16, caput, da Lei 6.830/80).

167 CPC, art. 915.

dívida, e sim sobre quais bens podem ser penhorados, o valor que se deve atribuir a eles etc. Caso se admitisse a plena discussão a respeito da própria quantia executada, nos autos da execução, seria esvaziada a própria divisão entre as espécies de processo e de tutela jurisdicional.

Entretanto, existem situações nas quais não há sequer condições de ser admitida a ação de execução. Situações nas quais o Juiz, se tivesse examinado detidamente a inicial antes de recebê-la, a teria indeferido. É o caso, por exemplo, de uma execução desacompanhada de título executivo, ou acompanhada de título executivo visivelmente ilíquido, ou em cujo título executivo não consta o nome daquele que se pretende devedor. Ou, ainda, de execução de quantia claramente alcançada pela decadência, ou pela prescrição. Nessas hipóteses, e em outras semelhantes que poderiam ser aqui enumeradas, admite-se, desde que não haja questionamento quanto aos *fatos*, a manifestação do executado, independentemente de garantia, que pode, eventualmente, ensejar a extinção da execução, pois a rigor são questões que poderiam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, ou que, conquanto não fossem verificáveis de ofício, poderiam ser demonstradas de plano pelo executado, independentemente de dilação probatória. Embora haja divergência na literatura especializada a respeito dessa denominação, popularizou-se chamar a petição na qual esses vícios são apontados de "exceção de pré-executividade".

No processo civil comum, regido exclusivamente pelo CPC, no que tange às execuções por quantia certa contra devedor solvente em geral, a figura da exceção de pré-executividade até passou a ter previsão legal expressa (art. 803, parágrafo único), mas verdade é que a figura perdeu grande parte de sua relevância prática, visto que os embargos podem ser interpostos mesmos sem a garantia do juízo. No que tange à execução fiscal, porém, sua relevância subsiste, pois o art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80 segue condicionando a interposição dos embargos a essa garantia.

4 EMBARGOS DE TERCEIRO

Cumpre não confundir os embargos à execução, ou embargos do executado,[168] com a figura dos "embargos de terceiro", instrumento processual através do qual pessoa *que não é o executado* se opõe à turbação ou ao esbulho na posse de seus bens por ato judicial proferido no âmbito da execução (*v. g.*, penhora). Exemplo mais comum de embargos de terceiro, no âmbito de uma execução fiscal, é o do proprietário de automóvel penhorado, ou declarado "intransferível", por conta de execução fiscal de débitos de seu an-

168 Não se mostra inteiramente adequado o termo "embargos de devedor", pois não se sabe, antes do julgamento destes, se aquele que os opõe realmente é devedor. Aliás, nos embargos se pretende demonstrar precisamente a inexistência de dívida válida a ser executada. Correto, portanto, é dizer-se que o autor dos embargos é executado (e isso ele realmente é, ainda que indevidamente), e não "devedor".

tigo proprietário, penhora esta decorrente de desatualização nos cadastros dos órgãos de trânsito correspondentes.

Nos embargos de terceiro, em regra, não é possível questionar aspectos inerentes à dívida executada, sua existência, validade, liquidez e certeza etc., visto que o terceiro – exatamente por não ser apontado nem como devedor nem como responsável – não tem legitimidade para fazê-lo. Busca apenas se insurgir contra ilegítimos reflexos da execução em seu patrimônio, mas não contra a execução em si mesma.

Em atenção ao princípio da cientificação, desdobramento do direito à ampla defesa e do princípio do devido processo legal substantivo, não se pode cogitar de *prazo* para interposição dos embargos de terceiro enquanto esse terceiro não é cientificado dos atos em relação aos quais poderá se opor. O art. 675 do CPC/2015 dispõe que tais embargos podem ser propostos, em face do processo de execução, a qualquer tempo, *até cinco dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta*. Tal prazo, porém, não tem início enquanto o "terceiro" não toma conhecimento da arrematação, da adjudicação ou da alienação, o que, inclusive, pode ocorrer apenas quando do cumprimento do mandato de imissão de posse do bem arrematado em leilão.[169]

Quanto aos honorários, o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento no sentido de que em "embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios" (Súmula 303/STJ), o que significa que o embargante, caso tenha seus pedidos julgados procedentes, poderá receber seus honorários tanto do exequente como do executado, a depender de quem houver dado causa à indevida constrição. Exemplificando, o executado pode dar causa à constrição indicando à penhora bem que já não é mais seu, enquanto a causa terá sido dada pelo exequente quando tiver sido deste o requerimento de penhora sobre bens não pertencentes ao executado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a ação de execução vise instrumentalizar o exercício da tutela executiva, na qual não se debate a existência da relação jurídica, mas o modo como ela será adimplida, existem meios ou instrumentos de impugnação à disposição do executado, por meio dos quais este pode questionar inclusive a validade do que lhe é exigido. O principal deles é a ação de embargos à execução, mas excepcionalmente vícios são passíveis de apreciação pelo juízo de ofício, ou apontados por simples petição do executado, independentemente da instauração da ação de embargos, figura a que a doutrina e a jurisprudência convencionaram rotular exceção de pré-executividade.

169 Cfr. STJ, REsp 298.815-GO – Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* de 11.3.2002, p. 253 – íntegra no **Boletim Informativo Juruá** nº 326, 1 a 15.8.2001, p. 21.

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA NA ESFERA FEDERAL E DEFESA DO CONTRIBUINTE

Osvaldo Madinor Torrezan Júnior
Advogado
Pós-Graduando em Direito Tributário pelo IBET
Mestrando em Direito pela UFC.

1 INTRODUÇÃO

As execuções fiscais, no Brasil, possuem regulamentação específica e distinta das execuções cíveis, fornecida pela lei nº 6.830/80. Esse diploma, por sua vez, consigna expressamente a vedação da possibilidade do uso da compensação tributária como tese de defesa em sede de Embargos à Execução Fiscal, nos termos de seu art. 16, §3º.

Pela literalidade do dispositivo, talvez não houvesse controvérsia tão acirrada sobre o tema, se não fosse pela decisão proferida pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em 1º de fevereiro de 2010, no julgamento do Recurso Especial nº 1.008.343/SP. Na ocasião, a Corte firmou tese para o Tema 294 sob a sistemática dos recursos repetitivos, a qual, portanto, é vinculante. O entendimento foi este:

> A compensação efetuada pelo contribuinte, antes do ajuizamento do feito executivo, pode figurar como fundamento de defesa dos embargos à execução fiscal, a fim de ilidir a presunção de liquidez e certeza da CDA, máxime quando, à época da compensação, restaram atendidos os requisitos da existência de crédito tributário compensável, da configuração do indébito tributário, e da existência de lei específica autorizativa da citada modalidade extintiva do crédito tributário.

Apesar de a tese possuir caráter vinculante para as decisões dos tribunais brasileiros, o contribuinte tem enfrentado dificuldades com a oscilação de sentenças que ora a admitem e ora a repelem. Não é demais lembrar que, para o afastamento do entendimento firmado, é necessário que fique demonstrado que as circunstâncias fáticas do caso são distintas daquelas suscitadas pela Corte Superior, quando então se deveria aplicar a técnica do *distinguishing*.

O que se tem observado, no entanto, é uma volatilidade jurisprudencial dentro das próprias seções do STJ, com argumentos que vêm benefi-

ciando o fisco em detrimento dos anos de debates que já ocorreram. Assim é que, em abril de 2021, restou consignada, por decisão monocrática do Ministro Gurgel de Faria, a impossibilidade de determinado contribuinte defender, em embargos à execução fiscal, a extinção de um crédito tributário por meio de pedido de compensação que houvesse sido homologado administrativamente.

A decisão monocrática foi posteriormente ratificada pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, o que fez com que o contribuinte interpusesse embargos de divergência, apontando a contradição existente entre os julgados das duas seções. O que mais impressiona, como vem apontando parte da comunidade jurídica, é o fato de que a tese firmada em sede de recurso repetitivo há mais de 10 anos ora serve como fundamento para a procedência e ora para a improcedência do pedido, sobretudo daqueles apreciados pela 2ª Seção.[170]

A celeuma é grande o suficiente para justificar a elaboração do Projeto de Lei nº 2.243/2021, de autoria do deputado federal Jerônimo Goergen (PP-RS), visando alterar a Lei nº 6.830/80 nesse ponto.[171]

Assim é que passaremos a analisar os principais julgamentos dessa matéria no âmbito do STJ para identificarmos quais são os critérios levantados pela Corte para atribuir o sentido que deve ser dado ao disposto no art. 16, §3º da Lei de Execuções Fiscais.

2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1 O CASO BRASKALB: A ORIGEM DO TEMA 294

O caso que deu origem à tese firmada no Tema 294 ocorreu no ano de 2007, quando uma empresa atuante no ramo de agropecuária, chamada BRASKALB AGROPECUÁRIA BRASILEIRA LTDA, interpôs o Recurso Especial nº 1.008.343/SP em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Na época, a contribuinte havia embargado uma execução fiscal intentada pela União, que buscava o adimplemento de créditos de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) relativos ao período de 1992, e alegava, entre outros pontos preliminares e de mérito, que:

170 VITAL, Danilo. **STJ vai julgar divergência sobre alegação de compensação em embargos à execução.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-07/stj-julgar-divergencia-compensacao-embargos-execucao> Acesso em 12/08/2021 às 18h00min.

171 RODAS, Sérgio. **Projeto de lei prevê discussão sobre compensação em embargos a execução fiscal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-21/pl-permite-discuta-compensacao-embargos-execucao-fiscal.>. Acesso em 12/08/2021 às 18h00min.

> Compensou 87.021,95 UFIR's relativos aos créditos tributários oriundos da CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, pagos indevidamente, com 87.021,95 UFIR's relativas a créditos tributários líquidos e certos, concernente à mesma CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO do exercício de 1992. [172]

Destacando, além do mais, que:

> Os créditos compensados são aqueles relativos ao recolhimento da 'Contribuição Social sobre o Lucro', do ano de 1988, ano-de sua instituição, com créditos apurados até 31 de dezembro de 1992. E, que tal compensação deu-se atendendo exatamente aos termos da legislação substantiva vigente, e, exatamente, nos termos do entendimento pacífico da jurisprudência, que conclui pela inconstitucionalidade da cobrança de tal tributo no ano de sua instituição.[173]

Em primeira instância, a sentença julgou improcedente o pedido de compensação tributária em defesa de embargos à execução, com três fundamentos principais: **I)** o direito de o contribuinte proceder com compensação não impede que a Fazenda verifique sua regularidade; **II)** os embargos à execução fiscal não comportam alegação de compensação que não tenha se tornado líquida e certa, conforme apontado pela literalidade do art. 16, §3º da Lei de Execuções Fiscais, pois se trata de ação que visa desconstituir o título exequendo; **III)** uma eventual decisão favorável ao contribuinte somente asseguraria o direito de compensação, tendo natureza meramente declaratória, sem poder desconstituir a Certidão de Dívida Ativa, "uma vez que a decisão que simplesmente declara o direito à compensação não é um cheque em branco, que o contribuinte possa preencher a qualquer tempo, ao seu alvedrio, e por qualquer valor".[174]

Em segunda instância, o TRF3 manteve a decisão pelos fundamentos ali expedidos, acrescentando, ainda, que não se pode confundir a hipótese de direito à compensação previsto pelo art. 170 do CTN e art. 66 da Lei nº 8.383/91 com a matéria para defesa em sede de embargos à execução, pois essa previsão apenas autorizaria o contribuinte quando do lançamento dos tributos. Aduziu ainda que, caso a administração pública estivesse cobrando quantias já compensadas, o contribuinte teria razão, mas que, nesse caso, o

172 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp nº 1.008.343/SP.** Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no DJ-e de 01/02/2010. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200702750399&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea >. Acesso em 12/08/2021 às 19h00min.

173 Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Op. Cit (nota 03).

174 Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Op. Cit (nota 03).

contribuinte alegava a compensação de crédito não recolhido, para o qual não houve suspensão de sua exigibilidade.[175]

Já em 07 de outubro de 2009, o Recurso Especial interposto pelo contribuinte foi submetido ao sistema representativo de controvérsias, nos termos do art. 543-C do antigo Código de Processo Civil de 1973, e distribuído para a 1ª Seção do STJ, tendo por relator o então Ministro Luiz Fux.

Ao enfrentar o tema, o relator apontou que a compensação tributária tem natureza de direito subjetivo do contribuinte, desde que haja a ocorrência simultânea de três elementos considerados essenciais: **I)** a existência de crédito tributário, seja por lançamento da administração pública, seja pelo ato-norma do contribuinte que constitui o crédito; **II)** a existência de um débito da Fazenda, originado de: a) ato administrativo de invalidação do lançamento tributário; b) decisão administrativa; c) decisão judicial; d) ato do próprio administrado, quando a lei o tiver autorizado, com eventual posterior fiscalização da Administração Tributária; **III)** a existência de lei específica, que autorize a compensação prevista pelo art. 170 do CTN.

E concluiu, então, que o art. 66 da Lei nº 8.393/91 estipulou a possibilidade de compensação tributária sem que fosse necessária a autorização da Secretaria da Receita Federal, desde que apenas tributos de uma mesma espécie estivessem envolvidos. Ao enfrentar, especificamente, a literalidade do art. 16, §3º da Lei de Execuções Fiscais, o eminente relator consignou:

> Consequentemente, o óbice legal inserto no artigo 16, § 3º, da Lei 6.830/80, restou superado com o advento da Lei 8.383/91, momento a partir do qual passou a ser admissível, no âmbito de embargos à execução fiscal, a alegação de extinção (parcial ou integral) do crédito tributário em razão de compensação já efetuada (encartada em crédito líquido e certo apurado pelo próprio contribuinte, como sói ser o resultante de declaração de inconstitucionalidade da exação), sem prejuízo do exercício, pela Fazenda Pública, do seu poder-dever de apurar a regularidade da operação compensatória.[176]

Com efeito, o Ministro Fux aplicou uma interpretação conjunta dos artigos 170 do CTN e 16, §3º da Lei de Execuções Fiscais, para firmar que a alegação de compensação tributária pode figurar como tópico de defesa nos embargos do devedor, com fundamento no antigo art. 714, IV, do CPC/73, por se tratar de causa extintiva da obrigação, desde que ela já haja sido efetuada à época da propositura da execução fiscal, infirmando a certeza e liquidez do título em questão. Frise-se ainda que, atendidas essas condições, o pedido de compensação poderá ser parcial ou total.

175 Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Op. Cit (nota 03).

176 Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Op. Cit (nota 03).

Nessa mesma toada, o voto do relator consignou, ainda, a existência de dispositivo expresso autorizando a matéria de defesa do contribuinte, nos termos do art. 15 da Lei nº 8.397/92, senão vejamos:

> Art. 15. O indeferimento da medida cautelar fiscal não obsta a que a Fazenda Pública intente ação judicial da Dívida Ativa, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento, cautelar fiscal, acolher a alegação de pagamento, de compensação, de transação, de remissão, de prescrição ou decadência, de conversão do depósito em renda, ou qualquer outra modalidade de extinção da pretensão deduzida.

Ao final, colacionou diversos julgados da primeira e segunda turmas que corroboravam a fundamentação trazida a lume, a qual, posteriormente, foi seguida pelos demais ministros da 1ª Seção, por unanimidade, para dar razão ao contribuinte e flexibilizar a literalidade do dispositivo da Lei de Execuções Fiscais. Como visto, esse julgamento, ao final, deu origem à tese fixada no Tema 294.

Não obstante o exposto, nos últimos anos, a própria 1ª Seção passou a divergir do entendimento originalmente firmado, ao analisar se a compensação que não houvesse sido homologada administrativamente também poderia ser arguida como matéria em defesa do contribuinte. E, desde então, há decisões que utilizam o mesmo fundamento – o Tema 294 – para decidir tanto de maneira favorável, quanto de maneira contrária aos pedidos do contribuinte.

2.2 O caso raízen e a necessidade de homologação administrativa das declarações de compensação tributária

Caso paradigmático da divergência no entendimento originalmente firmado é o do Recurso Especial nº 1.795.347/RJ, interposto em 2019 por RAÍZEN COMBUSTÍVEIS S/A, em face da União, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Na ocasião, o contribuinte alegou que sua hipótese se enquadraria naquilo que restou decidido pelo REsp nº 1.008.343/SP (Caso Braskalb), mas o tribunal de segunda instância negou o pedido, com o fundamento de que a compensação tributária havia sido administrativamente pleiteada, processada e indeferida.

O acórdão consignou, ainda, que "perscrutar a validade de supostos créditos que foram legitimamente rejeitados na esfera administrativa, com o objetivo de aferir se são suficientes à quitação da dívida exequenda, equiva-

le a proceder à compensação em sede de embargos, o que é vedado, consoante o art. 16, § 3° da Lei n° 6.830/804."[177]

Ao que o contribuinte recorreu para o STJ, alegando que, caso assim fosse, "todo o contribuinte que fizesse a compensação administrativa e tivesse seu pedido indeferido, por mais absurdo que fosse, teria que, obrigatoriamente, se sujeitar à regra odiosa do 'solve et repete', pagando o débito compensado sem discuti-lo e ajuizando uma ação ordinária para reconhecimento dos créditos"[178]

A controvérsia foi analisada pelo Ministro Og Fernandes que, em decisão monocrática, manteve o acórdão de 2ª instância, com a fundamentação de que o Tema 294 vai ao encontro daquilo que foi decidido pelo TRF da 2ª Região, sendo necessário o prévio reconhecimento do pedido de compensação, administrativa ou judicialmente. Como, nesse caso, o pedido haveria sido negado, a matéria não poderia ser suscitada como defesa em sede de embargos à execução fiscal.

O contribuinte, então, interpôs Agravo Interno no Recurso Especial (AgInt no REsp nº 1.795.347 – RJ), sustentando que a compensação fora equivocadamente rejeitada pela Administração e que a interpretação da legislação tributária caberia ao Poder Judiciário, uma vez que as relações envolvendo o Fisco nem sempre são apenas de direito, mas, também, de poder, e requereu o controle de legalidade do ato administrativo.

Em seu voto, o relator Ministro Og Fernandes reiterou os fundamentos da decisão passada e, ao final, foi seguido, por unanimidade, pelos ministros da 2ª Turma do STJ. O acórdão, em parte, ficou assim ementado:

> [...]
>
> 3. O entendimento adotado pelo Tribunal de origem não destoa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei n. 6.830/1980, indeferida a compensação na esfera administrativa, não é possível "homologar a pleiteada compensação em sede de embargos à execução fiscal, conforme o entendimento desta Corte. É que a alegação de compensação no âmbito dos embargos restringe-se àquela já reconhecida administrativa ou judicialmente antes do ajuizamento da execução fiscal, conforme entendimento adotado na sede de recurso especial repetitivo (REsp 1.008.343/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010), não sendo esse o caso dos autos, eis que a compensação foi indeferida na via administra-

177 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp nº 1.795.347/RJ.** Relator: Ministro Og Fernandes. Publicado no DJ-e de 08/04/2019. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.795.347&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 12/08/2021 às 21h00min.

178 Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Op. Cit (nota 08).

> tiva" (AgInt no REsp 1.694.942/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/3/2018).
> [...][179]

Diante da divergência jurisprudencial entre as turmas do STJ, o contribuinte interpôs Embargos de Divergência contra o acórdão do Agravo Interno, para que a Corte se manifestasse sobre a interpretação que deve ser dada ao art. 16, §3º, da Lei de Execuções Fiscais com relação às compensações indeferidas em âmbito administrativo. O recurso, por sua vez, foi admitido pelo Ministro Relator Gurgel de Faria.

No momento de julgar os embargos, no entanto, o dilema não foi enfrentado. Em vez disso, o relator consignou que a Primeira Turma do STJ haveria "realinhado" seu entendimento e que, a partir de então, teria passado a concordar com aquilo que houvera sido firmado pela Segunda Turma, isto é, pela impossibilidade da alegação de compensação tributária em sede de embargos à execução fiscal, nas hipóteses em que forem indeferidas pela Administração Pública.

Dessa forma, aplicou a Súmula 168 da Corte, segundo a qual não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

Ainda inconformado, o contribuinte apresentou Embargos de Declaração (EDcl nos Embargos de Divergência em REsp nº 1795347 – RJ) alegando a existência de diversos acórdãos da Primeira Turma em sentido oposto ao que entende a Segunda Turma. Os embargos foram acolhidos com efeitos infringentes, tornando sem efeito a decisão embargada, e, atualmente, os autos estão conclusos e aguardando a inclusão em pauta.

3 A TEORIA DO PAGAMENTO E A COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA: A DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO É UM PEDIDO?

Para compreendermos os fundamentos das decisões acima, é necessário que enfrentemos o tema dos meios de extinção das obrigações jurídicas. Com efeito, todas as relações obrigacionais, ao longo de seus desenvolvimentos, envolvem uma multiplicidade de circunstâncias jurídicas até que culminem no momento de seus adimplementos, que são os fins para os

179 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp nº 1.795.347 – RJ.** Relator: Ministro Og Fernandes. Publicado no DJ-e de 09/06/2020. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.795.347&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 12/08/2021 às 21h00min.

quais foram constituídas.[180] O adimplemento, portanto, é o objetivo de toda relação jurídica obrigacional.

Isso posto, para compreendermos como se extinguem as relações obrigacionais, é necessário que verifiquemos o que significa "adimplir" uma obrigação, tema que é estudado por civilistas como "Teoria do Pagamento".

Com efeito, abalizada doutrina ensina que a noção de "pagamento" não está necessariamente vinculada a uma prestação pecuniária, mas à prática da conduta que foi assumida livremente, no momento em que se convencionou o vínculo obrigacional. [181]

As modalidades do pagamento, que deve ser regido pela boa-fé e pelos princípios da correspondência e da integralidade, podem ser classificadas entre direta ou indireta. Ela será direta, quando o devedor se liberar da obrigação assumida pela efetiva prestação daquilo que era devido, e indireta, quando o pagamento ocorre de forma distinta da que havia sido inicialmente estipulada.[182] Algumas hipóteses de "pagamento indireto" são a consignação em pagamento, a dação em pagamento e a sub-rogação, por exemplo.

No entanto, além do "pagamento", existem outras formas pelas quais as obrigações se extinguem. Com efeito, respeitada doutrina ensina que a novação, a remissão e a compensação são meios de extinção obrigacionais distintos daqueles tratados anteriormente, devido ao seu caráter acidental ou inesperado. Esses meios são classificados em satisfativos, quando a obrigação é efetivamente cumprida por outros meios que não aqueles previstos no vínculo original – como é o caso da confusão e da compensação – e não-satisfativos, quando o devedor é exonerado da dívida sem cumprir a prestação – nas hipóteses de remissão e novação.[183]

A extinção das obrigações por meio da compensação, portanto, não implica o pagamento pecuniário da obrigação, nem direta, nem indiretamente, porque de "pagamento" não se trata. Com efeito, a compensação tem sua origem com o desenvolvimento do direito privado. No Brasil, ela é prevista pelo Código Civil de 2002, nos termos determinados pelos artigos 368 a 380, dentre os quais, por definirem os contornos principais desse instituto jurídico, destacamos os seguintes:

> Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

180 DIDIER Jr., Fredie.; LIPIANE, Júlia. **Alegação de Compensação Tributária como Matéria de Defesa em Execução Fiscal.** Revista de Processo. vol. 295/2019. p. 237 – 277. Set /2019.

181 DIDIER Jr., Fredie.; LIPIANE, Júlia. Op. Cit. (nota 11).

182 DIDIER Jr., Fredie.; LIPIANE, Júlia. Op. Cit. (nota 11).

183 DIDIER Jr., Fredie.; LIPIANE, Júlia. Op. Cit. (nota 11).

> Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

Esses dispositivos, que regulam os vínculos obrigacionais de natureza cível, deixam transparecer que não é necessária qualquer manifestação envolvendo credores e devedores para o surgimento da compensação. De fato, o que a regra elucida é que a mera existência concomitante de dívidas entre credores e devedores de duas ou mais relações jurídicas é suficiente para que elas sejam compensadas. Com efeito, se as dívidas das obrigações cíveis forem líquidas, fungíveis e, destaque-se, vencidas, a compensação ocorre automaticamente, naquilo conhecido como "compensação legal".[184]

Nas relações tributárias, no entanto, a compensação assume contornos distintos. Como ensina Schoueri, originalmente, o artigo 374 do Código Civil regulava o instituto da compensação na seara tributária, mas o tema, em verdade, é reservado pelo artigo 146 da Constituição Federal à Lei Complementar, motivo pelo qual foi revogado pela Lei n. 10.677/2003, promulgada apenas para corrigir esse equívoco do legislador.[185]

Dessa forma, os dispositivos que se aplicam à compensação tributária são os artigos 170 e 170-A do Código Tributário Nacional, que trazem uma distinção relevante em face das compensações cíveis. Aqui, a extinção das obrigações tributárias pela compensação pode se dar em face de **créditos vincendos**.

> Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)
>
> Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.
>
> Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Aqui, há ainda outra particularidade: a necessidade de lei ordinária prévia que autorize a compensação tributária. Daí que, para cada ente fe-

184 SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
185 SCHOUERI, Luis Eduardo. Op. Cit. (nota 15).

derativo que seja titular de um crédito tributário, é necessária a existência de uma lei que autorize a aplicação dessa modalidade de extinção obrigacional. Caso essa lei não exista, o contribuinte está impossibilitado de compensar seus créditos com os débitos da administração fazendária, ainda que os tenha.

Nas obrigações tributárias envolvendo a União, a Lei nº. 9.430/96 é a responsável por regulamentar o instituto da compensação tributária, nos termos de seu artigo 74, conforme abaixo:

> Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002) (Vide Decreto nº 7.212, de 2010) (Vide Medida Provisória nº 608, de 2013) (Vide Lei nº 12.838, de 2013)
>
> § 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)
>
> § 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)
>
> [...]
>
> § 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)
>
> § 5º O prazo para homologação da compensação declarada pela sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação. (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003)
>
> [...]

Daí se depreende, nos termos do art. 74, §1º, que a compensação é efetuada com a mera entrega da declaração para a Secretaria da Receita Federal. O art. 74, §2º, por sua vez, é claro ao afirmar que a compensação "declarada" extingue o crédito tributário. E o art. 74, §4º, também deixa claro que os pedidos que ainda não tenham sido apreciados pela administração pública já são considerados declarados desde o seu protocolo.

Dessa forma, a compensação extingue o crédito e é "efetuada" pela simples declaração. A mera declaração da compensação, portanto, é meio suficiente para o adimplemento da obrigação tributária – que não necessariamente se confunde com o seu "pagamento", como já visto – e a consequente extinção do crédito tributário, enquanto não houver decisão administrativa que a indefira.

Nesse sentido, a irretocável lição de Roberta Vieira Gemente de Carvalho, ao analisar o procedimento de compensação tributária praticado pelo contribuinte:

> Na procedimentalização de uma Declaração de Compensação, utilizando-se dos sistemas disponibilizados pela Receita Federal, o contribuinte preencherá a "Pasta Cadastro" em que indicará os dados da pessoa jurídica e o tipo de crédito (pagamento indevido ou a maior, ressarcimento, reembolso, restituição etc.).
>
> Em sequência preencherá as informações da "Pasta Crédito" mediante detalhamento do crédito previamente informado na ficha cadastro. Adiante há o preenchimento da "Pasta Débito" na qual devem ser inseridos os detalhamentos dos débitos a serem compensados com o montante atualizado do crédito.
>
> Validadas todas as informações o contribuinte promove a transmissão da Declaração de Compensação, havendo consequente geração de recibo de entrega.
>
> Na realidade fiscal das empresas, e práticas contábeis-fiscais, após a transmissão da Declaração de Compensação, no prazo médio de cinco dias, os débitos em aberto são excluídos do relatório de situação fiscal do contribuinte.
>
> Ou seja, os débitos são considerados quitados em decorrência da Declaração de Compensação a qual produz efeitos imediatos, ainda que condicionada a ulterior verificação.
>
> Tal cenário fático demonstra que a compensação é entendida como efetuada no momento de sua transmissão, inexistindo para tal reconhecimento a necessidade da homologação, reconhecimento ou deferimento pela autoridade fazendária. Os efeitos são imediatos ao processamento eletrônico da Declaração de Compensação.[186]

Com efeito, a "homologação" da declaração de compensação não é uma autorização concedida pelo Fisco, como se "pedido" fosse, pois o direito do contribuinte de adimplir as próprias obrigações não pertence à administração para negá-lo. O período para que a declaração seja homologada, na realidade, é um intervalo temporal no qual a administração poderá ve-

186 CARVALHO, Roberta Vieira Gemente de. **A Alegação de Compensação como Matéria de Defesa nos Embargos à Execução – Superação do Precedente (STJ) ou Desvirtuamento de sua Aplicação?**. Revista Direito Tributário Atual, n.45. p. 437-454. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral.

rificar o encontro de créditos e débitos tributários e, se for o caso, promover eventual revisão.

Parece clara a razão para tanto: se a compensação tributária apenas fosse "efetuada" após a homologação do pedido do contribuinte pela administração pública, então essa modalidade de extinção obrigacional se tornaria inócua, pois bastaria ao Estado, detentor do poder de tributar, deixar de apreciar os pedidos em tempo hábil e reter créditos dos contribuintes que poderiam ser utilizados para adimplir as suas dívidas tributárias. Essa interpretação, que condiciona a compensação tributária à prévia homologação administrativa, em verdade incentiva o Fisco a não se manifestar sobre as declarações feitas e força os contribuintes, agora sim, a "pagarem" as dívidas tributárias, com o fluxo de caixa que nem sempre têm, para somente depois reaverem seus créditos.

4 A INTERPRETAÇÃO DO TEMA 294 E A LITERALIDADE DO ART. 16, §3º DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS

Vimos que o Tema 294 do Superior Tribunal de Justiça, julgado desde 2010, ora é aplicado para assegurar ao contribuinte o direito a apresentar compensação como fundamento para sua defesa em sede de embargos à execução fiscal, ora serve de fundamento para negá-la, sob o argumento de que a compensação autorizada é aquela que já foi homologada pela administração pública. Como, então, devemos interpretar a tese firmada pelo STJ em consonância com o art. 16, §3º, da Lei de Execuções Fiscais?

É importante lembrar que o sentido literal atribuído aos dispositivos de um ordenamento é, com frequência, insuficiente. Isso porque o ordenamento possui lacunas e antinomias, e as palavras que o compõem são vagas e plurissignificativas, razão que levou respeitável jurista a sustentar que o Direito não é somente norma, mas é também fato e valor.[187]

Assistimos a isso todos os dias, nos diversos casos inéditos que surgem com a prática jurídica, seja na classificação tributária de um produto[188], na tributação de atividades econômicas digitais[189] ou até mesmo em questões políticas graves, como na decisão sobre a possibilidade de um chefe do Po-

187 REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 5ª ed de 1994, 2012.

188 BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Processo n. 10314.720037/2015-62. Sessão de 29 de agosto de 2017. Disponível em: < https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=6999041> Acesso em 19/08/2021 às 23h00min.

189 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 1945/MT**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Publicado em 20/05/2021. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446556/false> Acesso em 19/08/2021 às 23h10min.

der Executivo ser convocado para depor ou não em CPI.[190] O que todos esses casos possuem em comum é o fato de que a mera estrutura da linguagem normativa não fornece critérios suficientes para encontrarmos uma resposta satisfatória a esses dilemas.

Daí porque nos coadunamos com o posicionamento da doutrina que ensina que a interpretação jurídica necessita que nós vejamos algo além do texto previsto no dispositivo, pois aplicar a lei somente porque está na lei equivaleria a infantilizar o Direito[191], equiparando o grau de Bacharel ao de "doutor do ABC".[192]

Isso posto, ao nos atermos ao art. 16, §3º da Lei de Execuções Fiscais, não basta identificarmos ali a vedação literal à compensação. É que os textos não trazem, em si, um significado próprio; e toda interpretação – mesmo que "gramatical" – de dispositivos normativos depende da análise da situação de fato, bem como da interação entre diversos outros dispositivos que sejam aplicáveis ao caso.[193]

Neste caso, é necessário, pois, que reconheçamos a origem da redação do dispositivo, o que indica que a sua leitura deve ser feita com reservas. Com efeito, trata-se de lei promulgada em período autoritário do país, no qual não havia, como se sabe, maiores preocupações com os direitos fundamentais dos cidadãos – em geral – e dos contribuintes – em particular.

Trata-se de contexto de ascensão do ideário positivista, que via nos textos de lei um instrumento para garantir a segurança jurídica. Esse sentimento ganharia maior robustez com a promulgação do princípio da legalidade, previsto pelo art. 2º da EC.18/65, segundo o qual não deveria haver tributação sem consentimento. Rapidamente, a população, no entanto, se frustraria, pois "a legalidade num Estado de exceção representa o risco da tributação sem a participação do contribuinte na formação da vontade geral"[194], mais uma prova de que os fatos influenciam na aplicação do Direito.

---

190 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 848/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Publicado em 22/06/2021. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6189091> Acesso em 19/08/2021 às 23h15min.

191 "O aplicar a lei porque está na lei, o resolver pelo sentido literal, porque assim quis o legislador, corresponde ao fazer porque está no Evangelho, no Talmude, no Korão, no Corpus Iuris, porque o nosso pai fez, e ao ingênio 'porque mamãe disse' das criancinhas. [...] Em tudo isso há muitíssimo de oracular e revela a relativa infância dos povos, da Humanidade. À Ciência e não somente a ela, mas, pelo menos, principalmente à Ciência, é que deveremos o sair o infantilismo social e político, que nos acorrenta a ridículos preconceitos, que não servem à ordem social". MIRANDA, Ponte de. **Sistemas de Ciência Positiva do Direito.** Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, São Paulo: Bookseller, 2000, v.2, p. 102 e 103.

192 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

193 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia Falibilista e Teoria do Direito. Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB Ano 3 (2014), nº 1, 197-260.

194 ZILVETI, Fernando Aurelio. A evolução histórica da Teoria da Tributação: análise das estruturas socioeconômicas do Sistema Tributário. São Paulo: Saraiva, 2017.

Com efeito, a essa época, os atos do governante justificavam a criação de tributos, com a conivência do Poder Judiciário, que apenas passou a combater esses arroubos com maior intensidade já perto do fim do século XX.[195]

A partir da década de 80, data da promulgação da Lei de Execuções Fiscais, houve o início de um vagaroso processo de redemocratização do país. Para que se tenha uma ideia, o uso do decreto-lei como instrumento de política fiscal apenas viria a desaparecer com a Constituição de 1988.[196] A respeito da lei 6.830/80, a doutrina especializada manifestou-se no sentido de que o referido diploma implicava "a instituição de privilégios exagerados e injustificáveis para a Fazenda Pública, que foi cumulada com favores extremos que chegam, em vários passos, a repugnar à tradição e à consciência jurídica do direito nacional".[197]

Daí porque também é possível aduzir que o uso da compensação era vedado à época simplesmente porque não havia nenhuma lei que o autorizasse, o que não é mais o caso dos dias atuais, como já visto em tópico anterior. É possível, também, daí deduzir que a Lei de Execuções Fiscais apenas veda a efetivação da compensação nos embargos de execução, mas não proíbe que o contribuinte alegue uma compensação "efetuada" previamente.[198] Frise-se: "efetuada", não "homologada".

É que o próprio STJ, no voto condutor do Ministro Fux, no aresto paradigmático, consignou que a compensação "adquire a natureza de direito subjetivo do contribuinte"[199], quando houver a existência do crédito do contribuinte, de débito da Fazenda e de lei específica. A lei autorizadora da compensação, no âmbito federal, como já visto, é a Lei nº 9.430/96, que trata sobre a "efetuação" da compensação, que se dá de forma automática, posto que não implica o "pagamento" do débito do Fisco, por se tratar de modalidade diversa de extinção de obrigações.

Prova disso é a redação do art. 15 da Lei nº 8.397/95, que prevê a possibilidade de o juiz acolher, em sede de cautelar fiscal, alegações "de pagamento, de compensação, de transação", entre outros.

Logo, em um diploma, o legislador reconhece que a compensação é meio distinto do pagamento para a extinção das obrigações tributárias e, em outro, autoriza seu uso, por meio de lei específica, como alegação de defesa em sede de embargos à execução. Essa é a interpretação que confere ao contribuinte o "direito subjetivo" aludido pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp. n. 1.008.343/SP, vez que, do contrário,

195 ZILVETI, Fernando Aurelio. Op. Cit. (nota 25).

196 ZILVETI, Fernando Aurelio. Op. Cit. (nota 25).

197 THEODORO JR., Humberto. Lei de Execução Fiscal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

198 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Código Tributário Nacional: anotações à constituição, ao código tributário nacional e às leis complementares 87/1996 e 116/2003. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

199 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Op. Cit. (nota 03).

não se trataria de uma "declaração de compensação", mas de um "pedido de compensação" feito pelo contribuinte ao Fisco, que poderia escolher por homologá-la ou não. A esse respeito:

> Neste momento é importante recordar que as alterações das legislações de regência da compensação introduziram importante alteração neste instituto.
>
> Isto porque com a evolução legislativa houve a passagem do Pedido de Compensação para a Declaração de Compensação, trazendo em seu bojo a inerente ideia de que pela legislação o contribuinte entrega ao órgão fazendário um cenário pronto de compensação, apto a produzir efeitos plenos e automáticos, os quais apenas retrocederão na hipótese de não homologação.
>
> Com isto se pretende dizer que na Declaração de Compensação o contribuinte comprova, ao menos inicialmente, o débito e seu crédito líquido e certo.[200]

De certo, interpretar que cabe à Administração decidir se o contribuinte pode ou não se valer de um direito subjetivo, e a partir de qual momento, quando há esparsa legislação e jurisprudência que autorizam seu implemento, é atribuir ao art. 16, §3º da LEF o mesmo sentido autoritário da época em que fora promulgado, como se nenhum avanço civilizatório ou legislativo houvesse sido conquistado pela sociedade de lá para cá.

5 CONCLUSÕES

Diante do que foi visto no desenvolvimento deste trabalho, pode-se chegar às seguintes conclusões:

O legislador previu diversos meios de "adimplemento" ou "extinção" das relações jurídicas obrigacionais. Um deles é a "compensação", que não se confunde com o "pagamento" de uma quantia, mas com a prestação da conduta assumida livremente, se relação privada, ou determinada legalmente, se relação com o Estado. Prova disso é o disposto no art. 15 da Lei nº 8.397/95.

Os arts. 170 e 170-A do Código Tributário Nacional determinam que a lei pode autorizar a compensação de créditos tributários vencidos ou vincendos, com créditos líquidos e certos. No âmbito federal, o art. 74, §1º da Lei nº 9.430/96 cumpre esse papel, dispondo que a compensação se "efetua" com a entrega da declaração. Pela própria forma como se dá o procedimento nos

200 CARVALHO, Roberta Vieira Gemente de. Op. Cit. (nota 17).

sistemas eletrônicos da Receita Federal, conclui-se que a entrega da declaração extingue a obrigação.

O art. 74, §2º da Lei nº 9.430/96 trata de hipótese de revisão da declaração de compensação, que se considera "efetuada", desde o momento de seu protocolo, nos termos do art. 74, §4º do mesmo diploma. Daí porque não é necessária a homologação administrativa do pedido de compensação para que ele possa ser utilizado em sede de embargos à execução fiscal pelo contribuinte.

A utilização do entendimento firmado no Tema 294 pelo Superior Tribunal de Justiça, ora para negar a defesa do contribuinte; ora para autorizá-la, é a prova de que a literalidade dos textos normativos é insuficiente para chegarmos às melhores soluções jurídicas para os dilemas que enfrentamos.

Nessa hipótese, a melhor interpretação é aquela que atribui o sentido de "direito subjetivo do contribuinte", conforme firmado no voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do REsp 1.008.343/SP, à tese elaborada originalmente. Assim, a vedação ao uso de compensação pelo contribuinte em sede de embargos à execução fiscal prevista pelo art. 16, §3º da Lei nº 6.830/80 deve ser lida com as ressalvas do contexto autoritário da época, bem como em cotejo com as disposições do Código Tributário Nacional, do art. 15 da Lei nº 8.397/95, e do art. 74 da Lei nº 9.430/96, para autorizar o uso do instituto em sede de defesa processual, em consonância com os atuais mandamentos constitucionais – e democráticos – da ampla defesa e do contraditório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Processo n. 10314.720037/2015-62**. Sessão de 29 de agosto de 2017. Disponível em: < https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=6999041> Acesso em 19/08/2021 às 23h00min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp nº 1.795.347** – RJ. Relator: Ministro Og Fernandes. Publicado no DJ-e de 09/06/2020. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/ pesquisa/?termo=REsp+1.795.347 &aplicacao= processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em 12/08/2021 às 21h00min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp nº 1.008.343/SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no DJ-e de 01/02/2010. Disponível em: < https://processo. stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=ti-

poPesquisaNumeroRegistro&termo=200702750399&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea >. Acesso em 12/08/2021 às 19h00min.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp nº 1.795.347/RJ**. Relator: Ministro Og Fernandes. Publicado no DJ-e de 08/04/2019. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.795.347&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO. Acesso em 12/08/2021 às 21h00min.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação **Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 1945/MT**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Publicado em 20/05/2021. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446556/false> Acesso em 19/08/2021 às 23h10min.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 848/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Publicado em 22/06/2021. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6189091> Acesso em 19/08/2021 às 23h15min.

CARVALHO, Roberta Vieira Gemente de. **A Alegação de Compensação como Matéria de Defesa nos Embargos à Execução – Superação do Precedente (STJ) ou Desvirtuamento de sua Aplicação?**. Revista Direito Tributário Atual, n.45. p. 437-454. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. Quadrimestral.

DIDIER Jr., Fredie.; LIPIANE, Júlia. **Alegação de Compensação Tributária como Matéria de Defesa em Execução Fiscal. Revista de Processo**. vol. 295/2019. p. 237 – 277. Set /2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional: anotações à constituição, ao código tributário nacional e às leis complementares 87/1996 e 116/2003**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Epistemologia Falibilista e Teoria do Direito**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB Ano 3 (2014), nº 1, 197-260.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA, Ponte de. **Sistemas de Ciência Positiva do Direito**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, São Paulo: Bookseller, 2000, v.2, p. 102 e 103.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 5ª ed de 1994, 2012.

RODAS, Sérgio. **Projeto de lei prevê discussão sobre compensação em embargos a execução fiscal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-21/pl-permite-discuta-compensacao-embargos-execucao-fiscal.>. Acesso em 12/08/2021 às 18h00min.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JR., Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

VITAL, Danilo. **STJ vai julgar divergência sobre alegação de compensação em embargos à execução**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-07/stj-julgar-divergencia-compensacao-embargos-execucao> Acesso em 12/08/2021 às 18h00min.

ZILVETI, Fernando Aurelio. **A evolução histórica da Teoria da Tributação: análise das estruturas socioeconômicas do Sistema Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2017.

A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA, O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O VALOR JURÍDICO DA CONSENSUALIDADE NO SISTEMA DE RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO

Tibério Celso Gomes dos Santos
Mestre e Doutorando em Direito
Procurador da Fazenda Nacional - PGFN/AGU
Professor em Direito

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio tem como objetivo, em sentido amplo, dar continuidade à pesquisa sobre instrumentos aplicados pela Administração Tributária, em nível judicial ou extrajudicial, que podem ser considerados boas alternativas para contornar a crise sistêmica vivenciada no atual modelo de recuperação dos créditos públicos inscritos em dívida ativa.

O atual estado de coisas, complexo e de sobrecarga, que envolve os serviços públicos judiciais e administrativos destinados às atividades de recuperação dos créditos públicos, com quase 80 milhões de processos em curso, taxas de congestionamento em algumas classes de procedimentos judiciais próximas à ordem de 90% do acervo, tem no processo de execução fiscal a materialização do ápice dessa disfunção sistêmica. Os números são realmente alarmantes. Como há uma infinidade de estudos abordando a temática da crise de litigiosidade judicial vivenciada no Brasil, aqui destaca-se apenas uma pequena amostra com o exemplo do sistema de recuperação dos créditos da União federal, principal material de trabalho desse estudo, por espelhar bem a realidade nacional. Neste sentido, basta dimensionar que quase 40% de todo o acervo em curso na Justiça Federal são processos de execução fiscal. Ou seja, quase a metade da estrutura está comprometida com milhões de execuções, de questionável eficiência, destinados à cobrança de um estoque de dívida ativa perto da espantosa casa dos R$ 2,5 trilhões, e com um nível de êxito em termos de recursos fiscais recuperados inferior a 5% em face do total cobrado em sede de execução forçada.

Independentemente das opiniões divergirem bastante sobre as causas desse cenário de verdadeira pane sistêmica, o fato é que esses dados são uma pequena amostra indicativa da urgência em se prestigiar alternativas que não somente ampliem a eficiência arrecadatória na recuperação dessas receitas públicas, mas que, também, contribuam para reduzir a pressão sobre o fluxo de trabalho do Poder Judiciário, descomprimindo este órgão para bem realizar suas outras funções jurisdicionais igualmente importantes.

Sendo esta temática dividida em dois estudos, rememora-se que o primeiro estudo focou na pesquisa sobre o potencial contributivo das medidas extrajudiciais de cobrança como alternativa para reduzir a litigiosidade judicial de modo atrelado à busca por uma maior eficiência sob a ótica arrecadatória do credor Fazenda Pública, considerando que instrumentos como Protesto de CDA, Averbação Pré-Executória, Inscrição do CADIN e SERASA não somente podem ser importantes pela otimização na recuperação de receitas fiscais, considerando o seu diferencial de dar início bem antecipadamente aos atos de constrangimento patrimonial em face do devedor, bem como podem contribuir de modo importante para reduzir a ainda excessiva judicialização do sistema de recuperação dos créditos públicos.

Pois bem. Neste segundo trabalho, o foco da análise sai dos instrumentos com viés extrajudicial e passa-se a se ter como objetivo específico o estudo de novos recursos que se destacam pela nota distintiva de possuírem um substancial grau de consensualidade[201] em sua aplicação prática, buscando responder quais os potenciais benefícios do valor jurídico da consensualidade, subjacente a instrumentos como a transação tributária e o negócio jurídico processual, para aperfeiçoar o sistema de recuperação de créditos inscritos em dívida ativa, evitando-se de forma exitosa a trilha usual e tão desgastada da via contenciosa.

O plano de trabalho deste estudo está organizada na seguinte sequência. Inicia-se a pesquisa por meio do exame sobre os aspectos teóricos de como vem ocorrendo o processo gradativo de transporte da *consensualidade,* considerada como um valor jurídico relevante, para o campo do sistema de recuperação dos créditos públicos. Nesta fase inicial do estudo, o objetivo específico é demonstrar os antecedentes teóricos e normativos que pavimentaram o desenvolvimento da consensualidade no campo do processo civil, tendo como hipótese de trabalho central o negócio jurídico processual, e no campo da atuação da Administração Pública, tendo como hipótese de trabalho central, por sua vez, a transação tributária.

Superada a fase inicial das premissas teóricas e normativas, passa-se para a parte central do trabalho, na qual o objetivo será analisar diversos aspectos relacionados à aplicação da transação tributária e do negócio jurídico processual como novos modelos de negócios integrantes do sistema de recuperação dos créditos públicos. Far-se-á, inclusive, uma análise crítica desses institutos, a relação deles com o valor da consensualidade, tendo como objetivo identificar seus contributos para o aperfeiçoamento do sistema de recuperação dos créditos.

Definidos objeto e objetivos, adota-se o tipo de metodologia exploratória, a partir do método de pesquisa bibliográfica, combinado com técnica de pesquisa empírica básica.

201 MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 78.

2 A *CONSENSUALIDADE* COMO UMA NOVA TRILHA PARA A RECUPERAÇÃO DOS CRÉDITOS PÚBLICOS

Um breve exame em face do histórico normativo é suficiente para perceber que vem ocorrendo nos últimos anos um avanço mais significativo no investimento em técnicas resolutivas de conflitos focadas em soluções construídas consensualmente entre as partes envolvidas. Trata-se de um movimento cada vez mais consistente de aplicação de novos recursos para a resolução de litígios de forma não adversarial, buscando satisfazer direitos sem o ambiente belicoso de litigiosidade entre os envolvidos.

Antes de envolver-se no mérito propriamente dito, é preciso, desde logo, iniciar a apresentação do tema em estudo ponderando de forma bem realista que os instrumentos aqui estudados não serão examinados com uma proposta de abordagem como se fossem uma espécie de panaceia para a resolução de todos os problemas relacionados à recuperação dos créditos públicos. Este certamente não é o propósito. De igual modo, é preciso advertir que o fato de tais recursos serem baseados na busca de uma solução consensual entre as partes, tal característica não tem o condão de eliminar como um passe de mágica os traços característicos da relação conflitiva constantemente em tensão entre Fisco e contribuinte. Não se trata disso. O que justifica o presente estudo é o fato de que essas técnicas vêm demonstrando um nível de eficácia importante para a resolução de conflitos, assim como merecem exame por se proporem a sanar os conflitos a partir de métodos dialógicos, estabelecidos a partir da assunção de concessões recíprocas que antes eram impensáveis em um ambiente tipicamente litigioso.

Deste modo, tendo como paradigma este novo cenário, o estudo neste primeiro tópico será direcionado primeiramente para o exame de como vem ocorrendo esse processo gradativo de transporte da *consensualidade,* aqui considerada como um valor jurídico relevante, para o campo do sistema de recuperação dos créditos públicos inscritos em dívida ativa. Com objetivo bem definido de iniciar com um proposta de contextualização, inicia-se o primeiro item a partir do exame sobre alguns dos antecedentes teóricos e normativos que circundam este tema, de modo a que, na sequência, o trabalho avance com o embasamento esperado para a análise das ferramentas em espécie, como a transação e negócio jurídico processual.

2.1 Breves elementos teóricos e o surgimento de hipóteses normativas de fomento à solução consensual dos conflitos envolvendo a Fazenda Pública

Como será examinado neste tópico introdutório, observa-se no ordenamento jurídico brasileiro uma recente profusão de hipóteses normativas regulando novos instrumentos baseados na consensualidade que podem ser aplicados como técnica de recuperação dos créditos públicos em nível extrajudicial e judicial.

Neste contexto, na fase inicial do trabalho, objetiva-se destacar, sob uma perspectiva contextual, como a transação tributária e o negócio jurídico processual se enquadram neste novo cenário de uma *Administração Pública dialógica*[202], baseada na busca da consensualidade entre o Poder Público e os particulares. Com mais detalhes, o propósito será examinar como, a partir desses novos instrumentos consensuais, a negociação na seara administrativa ou judicial para a recuperação de créditos públicos pode transcorrer baseada na autonomia da vontade das partes e sob a influência de elementos da economia comportamental, de sorte a potencializar soluções mais próximas de um encontro de interesses onde não haja necessariamente vencedores ou perdedores, mas que satisfaça as partes e promova a pacificação.

2.1.1 O desenvolvimento da consensualidade no Processo Civil

Iniciando este exame normativo pelo campo da seara da litigiosidade judicial, observa-se que há bem poucos anos ferramentas como o negócio jurídico processual e a celebração de acordos de transação administrativa envolvendo créditos das Fazendas Públicas cobrados em juízo eram praticamente impensáveis por estarem obstaculizadas às sombras de dogmas, quase canônicos, como o *Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público,* classicamente interpretado sob a crença inarredável na vedação normativa ao agente público, atuando como representante do Estado, de estabelecer quaisquer tratativas negociais que envolvessem a disposição sobre a cobrança de créditos públicos.[203]

Outro fator que também pode ser ponderado como justificativa para o desinteresse nas técnicas consensuais para resolução de conflitos se deve em grande medida a um enraizamento de ordem normativa, e até mesmo cultural, no sentido da excessiva confiança de que a melhor forma de acertar e satisfazer direitos necessariamente deveria advir do modelo tradicional do

202 Pode-se entender como administração pública dialógica ou consensual o realinhamento do direito administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial, qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente, inserindo o ser humano na condição de aspecto nuclear na ordem jurídica. MAIA, Taciana Mara Correia. **A Administração Pública Consensual e a Democratização da Atividade Administrativa.** Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 16 | n. 31 | Jan./Jun. 2014. p. 77.

203 Santi Romano já distinguia a disposição em tese de um direito em si considerado, esta vedada na ordem jurídica, em face da disposição do seu mero exercício, esta sim admitida em determinados casos concretos: "deve ser excluído que um poder possa ser objeto de atos de disposição por parte do seu titular, que não pode modificá-lo substancialmente, aliená-lo ou a ele renunciar. Todavia, em alguns casos se pode admitir que possa, mediante ato bilateral ou unilateral, se comprometer a não exercitá-lo ou a exercitá-lo de determinada forma ou dentro de certos limites. Tais atos de disposição referir-se-iam, de qualquer maneira, não ao poder em si e por si, mas sim ao seu exercício em relação a determinadas pessoas com as quais teria se comprometido. Como o poder permanece o mesmo através de todos os casos em que é exercitado, esta possibilidade não afeta a sua existência". ROMANO, Santi. **Fragmentos de un diccionario jurídico.** Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas América-Europa, 1964. p. 341.

processo civil adversarial, este baseado no dualismo sectário entre as partes, mediadas por um juiz "*boca da lei*"[204], pouco ativo, condutor da marcha em contraditório de forma inflexível, e normalmente sem iniciativa para a adaptação do procedimento às peculiaridades dos sujeitos envolvidos, bem como às particularidades do direito material subjacente.

Demarcadas essas premissas contextuais, sustenta-se que o Código de Processo Civil de 2015 merece destaque por ser um dos atos mais importantes a iniciar um processo gradativo de mudanças no nível normativo, posto que não deixou dúvidas quando definiu logo no início do seu texto a sua adesão a uma linha normativa de vanguarda, ao estruturar seus alicerces sob as bases de concepções teóricas modernas, como o exemplo do *Neo processualismo*,[205] movimento que, em síntese, reflete para o microcosmo jurídico do direito processual os valores constitucionais advindos das ondas do movimento denominado *Neo-constitucionalismo.*[206]

Outro elemento teórico que também merece referência, por conferir contornos interpretativos disruptivos para os novos instrumentos processuais contidos no novo CPC, é a chamada corrente do *Formalismo-Valorativo*. Especialmente desenvolvida nesta atual fase *Pós-Instrumentalista* do Processo Civil moderno, o Formalismo-Valorativo se destaca não somente por estar diretamente conectado a concepções imantadas com valores constitucionais, como ocorre com o já citado Neoprocessualismo, mas se destaca, no particular, com a nota distintiva de enfatizar mais os aspectos éticos do processo, como o *cooperativismo* e a *busca pela solução consensual dos conflitos*[207].

---

204 A expressão "bouche de la loi" ('boca da lei') foi muito utilizada na França após a Revolução Francesa (1789). Dizia-se, então, que os juízes deveriam ser "bouches de la loi" no sentido de que deveriam apenas aplicar, da forma mais mecânica possível, as leis editadas pelo Legislativo.

205 CAMBI, Eduardo. **Neo constitucionalismo e neo processualismo.** In: FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa, e NERY Jr., Nelson. (coord). Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 662-683.

206 O professor e ministro Luís Roberto Barroso (2007, p.57) conceitua o neoconstitucionalismo como: um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. BARROSO, Luís Roberto. **Neo constitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasi**l. In: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

207 O mais difícil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Para tanto, convém valer-se de tudo o que já se construiu a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado. O dever de cooperação é um deles. Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção. Essa sistematização pode ser aproveitada para a compreensão do conteúdo dogmático do princípio da cooperação processual. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento.** 19. ed. – Salvador: ed. Jus Podvim, 2017. p. 144.

Pois bem, é justamente inserido nesse leque de valores éticos decorrentes do *cooperativismo processual* que o valor da busca da solução consensual vem gradativamente atingindo um maior destaque no processo civil brasileiro. Constata-se tal tendência pela análise da redação do artigo 3º § 2º do CPC, que é firme e direta ao colocar sob os ombros do Estado a missão de, sempre que possível, promover a solução consensual dos conflitos. No § 3º do mesmo artigo, fica claro que o CPC também estendeu a missão de estímulo à solução consensual de conflitos aos demais sujeitos do processo, tais como os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

Mais à frente no texto do código, o novo CPC trouxe em seu art. 174 outra norma-regra de consensualidade mediante a previsão de que os entes federativos "criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. No artigo seguinte (art. 175), o CPC avançou mais um pouco ainda ampliando as ferramentas de consensualidade, ao ressalvar que tais disposições (art. 174) "não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica".

Outro dispositivo processual inovador, que consolida o CPC/2015 como um sistema jurídico que fomenta a consensualidade não somente em momento anterior ao processo, como também durante a lide formada, é a previsão de audiência prévia para tentativa de conciliação entre as partes, prevista nos seus artigos 319 e 334. Dada a elevação, no novo código, do nível de fomento à composição consensual do conflito, tais dispositivos colocam sob as partes o dever processual de expressamente demonstrarem seu desinteresse no ato prévio de conciliação em audiência, de modo a que, no caso do silêncio de ambas as partes, elas serão conduzidas *ex lege* à tentativa de acordo em audiência preliminar à contestação.

Por fim, considerando os limites dessa análise, cita-se como última ilustração de regras de consensualidade no Novo CPC a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais atípicos, prevista no artigo 190, representando uma das grandes inovações trazidas no novo CPC em termos de elevação da autonomia da vontade das partes processuais. Não à toa, esse tema será justamente um dos objetos centrais de estudo neste ensaio, a ser detalhado em capítulo específico mais adiante.

Em suma, no atual processo civil, com viés nitidamente mais democrático, observa-se um importante desenvolvimento da consensualidade não somente através de concepções teóricas, como o Neo processualismo e o Formalismo-Valorativo, mas também através de diversos dispositivos legais que conectam diretamente axiomas como *Cooperativismo*, *Consensualidade e Adequação Processual*, em especial, na sua vertente da *Adequação Negocial*, de sorte que, aos sujeitos processuais em geral, passa a ser possível

adotar uma postura mais ativa no sentido de dialogar em busca da adequação de procedimentos, deveres e faculdades processuais de acordo com as particularidades do caso concreto.

2.1.2 O desenvolvimento da consensualidade na Administração Pública

Passando agora para o exame de alguns fundamentos teóricos e normativos sobre o emprego em larga escala de técnicas negociais *contratualizadas* no campo das atividades perpetradas pelo Estado,[208] percebe-se que especialmente na última década, sob a influência de movimentos reformadores e modernizadores do Estado, em alguns países da Europa vêm ocorrendo o fortalecimento da figura de um Estado dialógico, "que conduz sua ação pública segundo outros princípios, favorecendo o diálogo da sociedade consigo mesma."[209]

Antes de iniciar o estudo em face de alguns exemplos concretos de instrumentos que inserem a consensualidade na Administração Pública, é preciso primeiro buscar identificar algumas notas características comuns que permitam compreender minimamente o modo de funcionamento da consensualidade no âmbito da Administração contemporânea: nesse sentido, Odete Medauar (2003, p. 78) sintetiza algumas das principais características da consensualidade:

> A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

208 Joan Prats I Català revela que as origens do fenômeno datam de meados da década de 90 do séc. XX, especialmente na Europa, e traduzem um "consenso crescente de que a eficácia e a legitimidade da atuação pública se fundamenta na qualidade da interação entre os distintos níveis de Governo e entre estes e as organizações empresariais e da sociedade civil". **PRAT S I CATAL À, Joan. La construcción social de la gobernanza. In: PRAT S I CATAL À**, Joan; VIDAL BELTRÀN, José María (Coords.). *Gobernanza*: diálogo Euro-Iberoamericano sobre el buen gobierno. Madrid: INAP: Colex, 2005. p. 21-76. p. 65.

209 BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. **L'administration en chantiers. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger.** Paris, n. 2, p. 299-324, avr. 1994. p. 314.

Feita essa breve conceituação sobre o consensualismo na Administração Pública, inicia-se o exame sobre a experiência normativa brasileira mais recente a partir da publicação da Lei n.º 13.140/2015, norma esta que, ao reformar a lei sobre mediação e arbitragem, introduziu formalmente o instituto da autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, criando um dos primeiros instrumentos jurídicos em nível legal que autorizam uma maior capacidade negocial para a Administração Pública em situações de controvérsias jurídicas.

Na sequência, é importante fazer referência à cláusula geral negocial instituída no artigo 26 da *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, com redação incluída pela Lei nº 13.655/2018. Trata-se de norma que expressamente permite ao administrador público, para eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situação contenciosa na aplicação do direito público, celebrar compromissos com os particulares interessados.

Mais recentemente ainda, deve-se citar a inclusão, pela Lei n.º 13.874/2019, dos §§ 12 e 13 no artigo 19 da Lei n.º 10.522/2002. Esses novos dispositivos vieram pra reforçar no âmbito da União a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN na cobrança administrativa ou judicial da sua dívida ativa.

Não custa lembrar a importância da inserção destes dispositivos expressamente na Lei n.º 10.522/2002, considerando que, mesmo após a instituição da cláusula geral do negócio jurídico processual, através do artigo 190 do CPC, a discussão sobre a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar tal modalidade de negócios jurídicos ainda suscitava celeumas doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais, chegando a temática a ser objeto de enunciados em diversos fóruns processuais com o objetivo de pacificar os questionamentos, a exemplo do *Enunciado n.º 256, do Fórum Permanente de Processualistas Civis*: "A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual; do *Enunciado n.º 17 da Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal:* "A Fazenda Pública pode celebrar convenção processual, nos termos do art. 190 do CPC". E, por fim, cita-se *o Enunciado n.º 9 do Fórum Nacional do Poder Público:* "A cláusula geral de negócio processual é aplicável à execução fiscal".

Encerrando essa sequência sobre a evolução normativa mais recente, apresenta-se como último destaque de instrumentos baseados na consensualidade negocial no âmbito da Administração Pública a Lei n.º 13.988/2020, ato normativo que regulamentou no âmbito federal a transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, sendo um divisor de águas para conferir efetividade ao instituto da transação no âmbito da cobrança dos créditos públicos.

Em suma, feito esse breve apanhado teórico-normativo, acredita-se que esse processo de surgimento de hipóteses legais de estímulo à consensualidade sob a perspectiva de uma Administração Pública mais democrática e dialógica[210] para a construção de soluções de controvérsias, seja na seara judicial, como o exemplo do negócio jurídico processual, seja no âmbito administrativo, como o exemplo recente da regulamentação dos acordos de transação tributária, representa um caminho em gradativa consolidação, e que ainda possui muitas possibilidades de desenvolvimento. Contudo, já é possível perceber seus contributos especialmente para o sistema de recuperação dos créditos públicos, como será estudado com mais detalhes nos itens seguintes.

2.2 Economia Comportamental. Consensualidade como técnica negocial e o campo da discricionariedade para o agente público. Possibilidades e limites.

Quando se examina especificamente o cenário em que está inserida a Administração Pública, é importante compreender que o atual processo de fortalecimento da consensualidade como método de ampliação da capacidade negocial sobre os interesses do Estado está inserido em um contexto mais amplo de transformações denominado por alguns estudiosos[211] do direito público como "*Fuga ao Direito Privado*" ou "*Privatização do Direito Administrativo*". Este processo disruptivo perpassa pela necessária releitura de institutos e categorias jurídicas do regime jurídico-administrativo, relativizando dogmas como o *Princípio da Supremacia do Interesse Público e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público,* de modo a viabilizar uma atuação mais fluida pelo agente público através da importação de instrumentos negociais antes exclusivos ao campo dos negócios jurídicos privados.

Neste sentido, a utilização pelas Fazendas Públicas de instrumentos como a transação tributária e o negócio jurídico processual especificamente para a recuperação dos créditos públicos inscritos em dívida ativa é uma materialização concreta desse movimento de imersão a novos recursos do direito privado, considerando a necessidade de ampliar a eficiência não somente do sistema de cobrança em si, mas também representa uma alternati-

210 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 18. ed. São Paulo: Forense, 2021. p. 633.

211 Sobre o tema específico cf. DI PIETRO, 2013, p. 12: "Atualmente, fala-se muito em privatização do direito administrativo ou em fuga para o direito privado. Não se trata de tendências exclusivas do direito brasileiro, mas de praticamente todos os países que seguiram o sistema europeu continental. Em Portugal, o fato constituiu tema do livro de Maria João Estorninho, publicado com o título Fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Segundo a autora a expressão fuga para o direito privado deve-se a Fritz Fleiner, sendo utilizada em sua obra 'Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts' (Ed. Mohr, 8 ed., de 1928, p. 326)". Vê-se, portanto, que o tema não é um fenômeno peculiar da atualidade, mas vem se consolidando há algum tempo em países da Europa. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo.** São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

va para superar a chamada *Crise do Serviço Público*[212] em uma perspectiva geral, na qual a execução fiscal está inserida por tudo e em tudo.

Nesse ponto, a novidade essencial é que esses recursos vêm rompendo barreiras antes intransponíveis para o agente público, criando uma órbita juridicamente protegida para o agente público atuar no campo das suas competências, com mais capacidade de interlocução com os particulares, tudo a partir de um modo de agir mais participativo, de cunho mais dialógico e democrático nos processos de formação e tomada das decisões. Uma prova clara da intenção de revestir mais o agente público nessas mesas de negociação pode ser observada na Lei da Transação, em que os agentes públicos envolvidos no processo de composição do conflito, judicial ou extrajudicial, com o objetivo de celebração de transação nos termos desta Lei, somente poderão ser responsabilizados, inclusive perante os órgãos públicos de controle interno e externo, quando agirem com dolo ou fraude para obter vantagem indevida.[213]

Examinando esse cenário sob o aspecto formal, considerando a formação da vontade pela via das negociações contratuais orientadas pela autonomia da vontade, destaca-se que essa tendência também é chamada de *Contratualismo Administrativo*. É preciso destacar que, apesar de não superar a doutrina do contrato administrativo tradicional, permite-se vislumbrar um deslocamento do eixo da autoridade estatal (*Jus Imperium*) para a consensualidade.[214]

Quanto ao fator limitante da indisponibilidade da coisa pública, esta deve ser colocada no seu devido lugar, visto que em princípio a vinculação

212 "Denominada crise da Administração paralelamente à crise da concepção mesma do serviço público e de sua prestação.". OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: aspectos de Direito Público Econômico.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 69.

213 Art. 29. Os agentes públicos que participarem do processo de composição do conflito, judicial ou extrajudicialmente, com o objetivo de celebração de transação nos termos desta Lei somente poderão ser responsabilizados, inclusive perante os órgãos públicos de controle interno e externo, quando agirem com dolo ou fraude para obter vantagem indevida para si ou para outrem**. Lei n.º 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica**; e altera as Leis n os 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm. Acesso em: 04 set. 2021.

214 Marques Neto lista as seguintes características da consensualidade: "a) maior deslocamento da norma da lei para o contrato, na medida em que as leis reitoras de contratos do poder público deleguem para o contrato a normatização concreta em cada negócio jurídico; b) maior margem de consensualidade, inclusive na estipulação de cláusulas contratuais no âmbito de uma fase pré-contratual de negociação entre o adjudicatário do certame prévio e o Poder Público; c) introdução mais frequente de contratos atípicos, com a multiplicação de objetos; d) mais recorrente utilização de contratos por desempenho, em que o particular vincula-se não a objetos previamente estipulados, mas a metas de desempenho, ensejadoras inclusive de remuneração variável; e) maior flexibilidade na alocação de riscos, com maior deslocamento de maior parcela de riscos para o privado e clara estipulação da repartição dos ganhos de eficiência com o Poder Público; f) flexibilização do regime de equilíbrio econômico e financeiro, com a limitação de situações de aplicação da teoria da imprevisão; e, por fim, g) multiplicação das hipóteses de contratos de cooperação." MARQUES NETO, F. A.. **Do contrato administrativo à Administração contratual**, in Revista do Advogado, vol. 107, São Paulo: AASP, dez. 2009. p. 80.

legal alcança o agente público em um momento antecedente, quer dizer, a indisponibilidade importa na ausência do poder de decidir pelo agente público (autoridade fiscal) entre o ato administrativo de lançar ou não lançar um tributo devido, considerando os limites dos termos do conceito legal do artigo 3º do Código Tributário Nacional. Nessa toada, a indisponibilidade no lançamento não afeta, em tese,[215] a possibilidade de dispor materialmente, nos termos da lei, do crédito já constituído.[216]

As dificuldades também eram, e em parte ainda são, no campo normativo das normas-regras, essas mais diretas e com menor espaço para o criacionismo interpretativo. Um singelo e pedagógico exemplo são as normas jurídicas que há bem pouco tempo tornavam no âmbito da União federal a cobrança judicial em sede de execução fiscal das inscrições em dívida ativa uma espécie de obrigação legal (*ex lege)* inescapável, devendo esses créditos serem submetidos de forma mecânica e não seletiva à congestionada e ineficiente seara judicial.

Por fim, somado a esse contexto de releitura de categorias jurídica relacionadas à indisponibilidade do interesse público, um outro viés importante e que deve ser estudado concomitantemente ao estudo dos instrumentos resolutivos baseados na consensualidade é o estudo das influências dos princípios da chamada *Economia Comportamental* nas tomadas de decisões em hipóteses mediante a aplicação de incentivos com as concessões negociais permitidas na transação tributária e no negócio jurídico processual.

Esse assunto em específico, pela sua densidade, será tema de outro estudo específico. Por ora, deve-se salientar que ainda há muito a ser estudado em torno dos contributos da Economia Comportamental nos processos de tomada de decisões decorrentes de estímulos jurídicos de comportamento. É fundamental que sejam aplicados conhecimentos da neurociência para estudar os eventuais graus de influência que estímulos jurídicos como as concessões recíprocas existentes no instituto da transação tributária podem

215 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Processo Tributário**. 12. ed. SP. Atlas, 2020. p. 224.

216 Pode-se questionar, diante de tamanha discricionariedade concedida às autoridades administrativas encarregadas de realizar a transação, possível violação ao art. 3º do CTN, que esclarece ser o tributo prestação pecuniária cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Mas há bons argumentos em sentido contrário: a transação não alcançaria o tributo, mas apenas multas e juros, bem como prazo e condições de pagamento. Por outro lado, o próprio art. 171 do CTN a permitiria, figurando assim como norma mais específica, a excepcionar a regra do art. 3º do mesmo Código. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-out-30/consultor-tributario-mp-contribuinte-legal-reacende-debate-transacao-tributaria. Acesso em: 04 set. 2021.

ter como fator decisivo para a tomada de decisão na celebração de um acordo por exemplo[217].

3 TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO CONSENSUAL DE RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO

Iniciando essa análise por uma apresentação das principais características da transação, destaca-se que a transação é um instituto jurídico com DNA tipicamente civilista, com caráter contratual, oneroso, pertencente à categoria dos negócios jurídicos destinados à extinção de vínculos obrigacionais anteriores, e é baseada na autonomia da vontade das partes em assumir concessões mútuas, com o propósito negocial específico de prevenção ou resolução de litígios.

Importada para o campo material do Direito Tributário, percebe-se que a transação tributária preserva em grande medida o mesmo tripé estrutural do instituto existente na sua origem civilista. Isso importa dizer que a transação na seara tributária também está elencada como uma modalidade legal de extinção de obrigações jurídicas (crédito tributário), possui natureza de contrato fiscal (consensual), e também é baseada na celebração onerosa de um acordo de concessões recíprocas. Dito isso, a principal ressalva distintiva fica por conta da inexistência do viés preventivo de litígios, existente no campo cível, vez que, apesar de ainda existir posições doutrinárias em contrário[218], na seara tributária prevalece que a transação foi prevista apenas na modalidade resolutiva de controvérsias já existentes.

Pois bem, considerando que uma das partes envolvidas no negócio jurídico é a Fazenda Pública, bem como considerando que a obrigação jurídica transacionada é um crédito de natureza pública *ex lege,* a matéria se insere necessariamente no regime jurídico-administrativo, *locus* jurídico natural da Administração Pública. De tal modo, pensar na transação tributária no campo prático, sob a égide dessa particularidade, demanda do legislador, de

217 Hugo de Brito Machado Segundo pondera: os estudos revelam o quanto às cegas a extrafiscalidade vem sendo utilizada no Brasil, deficiência cuja superação jamais será superada se mantida a postura reducionista e isolacionista que a doutrina brasileira, por muito tempo, adotou e, em alguma medida, ainda adota. [...]para examiná-las e teorizá-las, a compreensão sobre a forma como se dá a tomada de decisões é fundamental. Não por outra razão, Arnaldo Vasconcelos observava a necessidade de o Teórico e o Filósofo do Direito terem clara de qual concepção antropológica estão partindo. Não há como entender o Direito sem compreender o ser humano, sendo essencial, nessa ordem de ideias, conhecer a sua mente. Revista Brasileira de Políticas Públicas. V. 2. Ago. 2018. p. 647.

218 [...] é plenamente defensável a transação em matéria tributária, desde que haja regulamentação legal e autorização, o que possibilita delegar a um terceiro imparcial, árbitro ou mediador, a solução de controvérsias relativas a créditos tributários, mesmo em momento anterior à formação do litígio, por ser medida capaz de ampliar o acesso à justiça e promover segurança jurídica. (LOPES, Maria Tereza Soares. **Arbitragem e mediação no poder público: breve análise da permissibilidade na seara constitucional tributária**. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 88 106, jul./dez. 2018. p. 226.)

lege ferenda, e do intérprete, quando da aplicação, uma dose de cautela[219] principalmente sobre os limites possíveis da extensão da consensualidade permitida para o agente público realizar concessões sobre valores públicos. Somado a outros motivos, essa sensibilidade do tema contribuiu para que a regulamentação do instituto no âmbito federal enfrentasse uma inércia normativa de mais de 50 anos para sua regulamentação, considerando desde a sua previsão inicial no Código Tributário Nacional, em 1966, até a edição da Lei n.º 13.988, de 14 de abril de 2020.

Feito esse rápido apanhado panorâmico sobre as características mais marcantes do instituto, é possível avançar a análise para enfrentar as questões mais polêmicas, bem como fazer algumas considerações críticas, conforme a sequência de aspectos a seguir elencados.

3.1 Mas, afinal, o que a Transação Tributária apresenta de novo?

Observa-se no meio jurídico-acadêmico que a regulamentação do instituto da transação tributária no âmbito federal, através da Lei n.º 13.988/2020, foi recebida com um certo nível de ceticismo em razão de diversos motivos. Neste sentido, talvez o principal ponto de descrença resida no fato de a comunidade jurídica não vislumbrar *a priori* diferenças substanciais da transação, como modelo de negócio, em relação aos já saturados parcelamentos administrativos, popularmente chamados no âmbito da União federal de REFIS.

Dito isso, e sem fugir do objeto central deste item, que é a análise crítica sobre a transação tributária, é preciso primeiramente fazer uma ponderação no sentido de concordar que a má vontade em relação aos programas de parcelamentos é em grande medida justificada por vários motivos, sendo o principal deles em razão do abuso na edição, ano após ano, de diversas modalidades de programas de parcelamentos especiais, uns se sobrepondo aos outros muitas vezes ainda em suas fases iniciais de adesão e consolidação dos débitos.

Sobre esse problema, a burocracia enfrentada pelo contribuinte para buscar a sua conformidade fiscal (*tax compliance cost*) através de programas de recuperação fiscal cada vez mais complexos consolidou um cenário caótico de incertezas jurídicas diante do qual o abuso na publicação de constantes programas de parcelamentos, cada um com regras de deveres e benefícios os mais diversos possíveis, está materializado nos confusos "jogos de letrinhas" que popularmente se acumulam no inconsciente dos contribuintes, tais como no âmbito federal surgiram em sequência: REFIS, PAES, PAEX, REFIS DA COPA, REFIS REABERTURAS, PROFUT, PERT, e por ai

219 SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7 ed. SP, Sararia. 2017. p. 684.

vai nos mais de 40 parcelamentos editados[220] em menos de 20 anos, somente no âmbito federal.

Contudo, o grande complicador mesmo reside no fato de que cada uma dessas modalidades de parcelamentos editados em série vieram para inovar o mundo jurídico, propondo por razões aparentemente aleatórias uma série de especificidades e regras diferentes de adesão, consolidação, limites de diferimento de prazos de pagamento, formas de pagamentos, bem como benefícios de redução dos montantes devidos em percentuais diversos, restando como ponto comum aos REFIS basicamente o seu caráter especial, considerando os prazos de adesão episódicos, bem como o fato de trazerem redutores de valores geralmente convidativos, como juros de mora, multa de mora e encargo legal.

Apesar de esse contexto justificar a incredulidade citada inicialmente, é possível sustentar, sem receios, que a recente regulamentação da transação tributária para o âmbito federal trouxe diversas novidades em relação aos chamados Programas de REFIS, sendo que essas distinções não se encerram somente no aspecto teórico, por pertencerem a categorias jurídicas diversas, posto que os parcelamentos são causas legais de suspensão do crédito tributário, enquanto os acordos de transação tributária, por sua vez, são causas de extinção do crédito tributário. Não é só isso. A transação tributária vai bem além do mero diferimento dos prazos de pagamento da dívida fiscal (parcelamento). Como se demonstrará a seguir, a partir de estudo divulgado pela PGFN, observa-se que o instituto se tornou rapidamente uma das principais fontes de recuperação dos créditos federais inscritos em dívida:[221]

> As transações dominaram o cenário das negociações deferidas pela PGFN em 2021. Foram disponibilizados diversos programas destinados a devedores com reduzida capacidade de pagamento ou que tiveram suas finanças prejudicadas pela pandemia. Além das transações por adesão, destacam-se os acordos de transação individual realizados pelas unidades descentralizadas. Desde o

220 Hugo de Brito Machado Segundo, fazendo referência à inflação normativa com a edição de sucessivos programas de parcelamentos: "A pergunta sobre *"quando virá um novo REFIS"* tornou-se frequente, contudo, porque foi mais ou menos isso o que passou a ocorrer depois da previsão do primeiro deles, em 2000. Nos anos que se seguiram, não raro próximo de pleitos eleitorais, publicaram-se leis com parcelamentos semelhantes, os quais passaram a ser apelidados de "REFIS 2", "REFIS 3", e assim por diante. Embora as condições exigidas por cada uma dessas leis fossem ligeiramente diferentes, assim como os descontos concedidos, havia em comum a circunstância de serem especiais e episódicas, permitindo o parcelamento de dívidas específicas, decorrentes de fatos geradores ocorridos até determinado período, devendo a adesão ocorrer também dentro de certo limite temporal. Daí, nos intervalos havidos entre cada um deles, a crescente expectativa pelo "próximo". Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-out-30/consultor-tributario-mp-contribuinte-legal-reacende-debate-transacao-tributaria. Acesso em: 04 set. 2021.

221 Fonte: PGFN. https://drive.google.com/file/d/1PtG97X8cxAZHBDxno9r0AHA-8kafB-5Cw/view

início do programa, foram transacionados mais de 1,1 milhão de débitos, no valor de R$ 112,1 bilhões, em 388 mil acordos.

Pois bem, para se verificar na prática como a transação deve ser reconhecida como um avanço, especialmente em termos de dotar o agente público de um instrumento mais flexível e adaptativo às particularidades do devedor, recorre-se ao exame da regulamentação infralegal da Lei n.º 13.988/2020, através da Portaria PGFN n.º 9.917/2020. Essa portaria funciona como uma espécie de norma geral regulamentadora do instituto no âmbito federal. Ela apresenta novidades baseadas num grau mais elevado de consensualidade para o instituto da transação, tais como em seu artigo 8º estabelece balizas para novas e interessantes frentes de concessões pela Administração Tributária, que envolvem: (inciso IV) a flexibilização das regras para aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias; (inciso V) flexibilização das regras para constrição ou alienação de bens; e (inciso VI) possibilidade de utilização de créditos líquidos e certos do contribuinte em desfavor da União, reconhecidos em decisão transitada em julgado, para fins de amortização ou liquidação de saldo devedor transacionado.

Neste ambiente até então praticamente inédito de margem de consensualidade no âmbito fiscal, percebe-se que além do fato de a transação abrir uma "mesa de negociação" entre Fisco e contribuinte, no sentido de possibilitar concessões recíprocas, como dispor sobre modo de constrição, substituição ou mesmo liberação de garantias, algo antes não admitido nas normas de parcelamento, a transação tributária realmente inova ao trazer diversas regras que permitem um nível de personalização dos acordos observando dados e características individuais dos particulares transatores, tais como ajustar regras de pagamento, pactuar garantias e prazos de parcelamento calibradas de acordo com variáveis aferidas criteriosamente pela Administração Tributária a partir de regras objetivas, como considerar a situação econômica e a capacidade contributiva do devedor, custo da cobrança judicial, tempo de cobrança dos débitos inscritos em dívida ativa e perspectiva de êxito das estratégias administrativas e judiciais de cobrança para cada devedor em específico.

Essa característica da capacidade de customizar um acordo individual de transação (contrato fiscal) às peculiaridades do devedor materializa o maior avanço até agora experimentado em termos de exercício de consensualidade nos instrumentos de recuperação do crédito público, especialmente considerando que, para um devedor fiscal, nenhuma variável é mais sensível para assegurar a saúde do fluxo de caixa do que poder calibrar o montante das obrigações assumidas mediante um acordo de regularização fiscal num patamar o mais próximo possível da sua efetiva *capacidade de*

pagamento.[222] Sob a ótica do credor, por sua vez, construir consensualmente um ajuste através da transação em termos que efetivamente viabilizem receber seus ativos fiscais de forma sustentável, bem como o permita dialogar racionalmente com o devedor sobre as garantias observando seu foco na esperada eficiência arrecadatória, mas também ponderando o princípio da continuidade da atividade econômica do devedor, configura uma condição realmente inédita em termos de instrumentos de recuperação do crédito público.

Não custa lembrar que até o advento da regulamentação da transação tributária, a Fazenda Pública simplesmente propunha acordos de parcelamentos especiais em condições genéricas a todos os contribuintes, estabelecendo uma única fórmula possível a todo um universo de devedores, desconsiderando frontalmente as efetivas condições de pagamento decorrentes da situação econômica do contribuinte, a eventual necessidade de substituição ou liberação de garantias para composição de ativo circulante, dentre outras possibilidades.

Em suma, esse nível de consensualidade fiscal através dos acordos de transação é especialmente identificado nas modalidades decorrentes de propostas individuais feitas pelos devedores, representando uma via moderna não somente por ir ao encontro de movimentos teóricos, como os aqui já citados de *Fuga do Direito Administrativo ao Direito Privado*, *Contratualismo Fiscal* e *Administração Pública Dialógica*, mas também por se alinhar às recomendações de organismos internacionais como a OCDE, que preconiza, cada vez mais, para a construção de sistemas fiscais nacionais ótimos,[223] valências como *simplicidade, praticidade e flexibilidade,* ou seja, sistemas dotados de instrumentos adaptativos às mais diversas necessidades fáticas e normativas.

3.2 Análise Crítica

Este item é dedicado a encerrar o estudo sobre o instituto da transação já considerando o cenário de superação da fase inicial dos seus dois primeiros anos de aplicação, considerando desde a edição na esfera federal da MP n.º 899/2019. Dessa sorte, serão traçadas em poucas linhas uma breve aná-

222 Art. 20. A capacidade de pagamento decorre da situação econômica e será calculada de forma a estimar se o sujeito passivo possui condições de efetuar o pagamento integral dos débitos inscritos em dívida ativa da União e do FGTS, no prazo de 5 (cinco) anos, sem descontos. (Redação dada pelo(a) Portaria PGFN nº 3026, de 11 de março de 2021) Portaria PGFN nº 9917, de 14 de abril de 2020. http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=108608#divConteudo

223 A teoria da tributação ótima procura uma estrutura tributária que permita ao governo arrecadar a receita requerida para o financiamento de seus gastos e, ao mesmo tempo, alcançar determinados objetivo distributivos, ao menor custo possível em termos de perda de eficiência. Afirma-se, hoje, que um bom sistema tributário deve ter as seguintes características: eficiência econômica [...] simplicidade administrativa; flexibilidade; responsabilidade política e equidade. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário.** 7 ed. SP, Sararia. 2017. p. 52-53.

lise sobre alguns pontos positivos e outros negativos identificados nessas primeiras experiências de aplicação do instituto.

Por óbvio, em atenção aos limites deste tipo de trabalho, demanda-se uma seletividade na escolha dos pontos de abordagem, bem como uma certa economia na extensão da sustentação argumentativa. Por essa razão, serão levantados basicamente dois pontos de críticas que são considerados merecedores de uma análise mais direta neste trabalho. Primeiro, será levantada uma questão sobre as falhas normativas congênitas quanto à regulamentação federal do instituto. Depois, serão analisadas falhas relacionadas ao potencial nível de transparência sobre a variável da consensualidade deste instrumento de recuperação do crédito público.

Explicado o método, passa-se ao exame dos pontos. O primeiro ponto de reparo se assemelha ao problema já detectado em relação aos programas de parcelamentos especiais desenvolvidos pela União federal especialmente nos últimos vinte anos, qual seja, a inflação legislativa observada em pouco tempo mediante a edição de diversos atos normativos criando modalidades de transação as mais diversas, tais como *Transação Excepcional, Transação Extraordinária, Transação para débitos de Simples Nacional, Transação para débitos de FGTS*. Se não bastasse a diversidade de modalidades de acordos de transação com características diversas, também merece crítica a profusão de editais publicados pela Fazenda Nacional contendo propostas de adesão à transação, com prazos de adesão e demais regras quase sempre trazendo novidades que só contribuem para elevar a complexidade, incerteza jurídica e, em última análise, o custo de conformidade fiscal.

Para finalizar essa crítica, vale socorrer-se da sábia cultura popular que diz: *"a diferença entre o remédio e o veneno pode residir apenas na dose ministrada"*. Aplicando-a ao tema em análise, pondera-se que ao tempo em que o Fisco busca editar diversas modalidades de acordo de transação objetivando personalizar o instituto e se adequar às mais variadas peculiaridades de grupos de débitos e devedores específicos, o que, em tese, se bem dosado, iria ao encontro das prescrições de um sistema fiscal ótimo pela sua flexibilidade, culmina incorrendo em erro justamente pelo excesso na dose, tornando o sistema complexo e incerto.

Dito isso, o segundo ponto de crítica se concentra em um detalhe importante no que diz respeito justamente ao aspecto da *controlabilidade pública* sobre o valor consensualidade aplicado na mesa de negociação estabelecida entre Fazenda Nacional e proponente, especialmente nos casos de proposta individual de transação.[224] Nestes casos, merece reparo o dispo-

224 Originariamente destinada apenas aos devedores com passivo fiscal inscrito em dívida ativa da União superior a R$ 15 milhões.

sitivo do artigo 38-A, da Portaria PGFN n.º 9.917/2020[225], uma vez que, se, por um lado, andou bem ao determinar à Fazenda Pública o dever de prestar detalhada exposição dos motivos justificadores da recusa à proposta de transação, por outro lado, pecou ao não estabelecer idêntico dever de exposição pública dos motivos que conduzem à definição das bases dos acordos de transação celebrados. Ou seja, não há o dever normativo de divulgação sobre as razões que conduziram às eventuais liberações ou substituições de garantias, dilatação de prazos de pagamento, bem como outros benefícios admitidos na norma, configurando uma falha preocupante no nível de transparência, especialmente quando se está a falar de créditos públicos. Aqui, fica o alerta para essa perigosa brecha às teses no sentido de pretensas ofensas ao princípio da isonomia, finalidade e publicidade na atuação da Administração Pública.[226]

Refletindo um pouco mais sobre esse aspecto. Em que pese se saiba que o sigilo fiscal e até mesmo a discrição sobre os métodos de trabalho desenvolvidos em mesas de negociação de acordos de transação sejam valores caros e que devem ser observados, pondera-se que a norma poderia ter ido além ao estabelecer parâmetros mínimos que permitam uma controlabilidade jurídica, e até mesmo social, no sentido de tonar possível verificar a justiça fiscal dos acordos celebrados, a partir de informações que vão além das meras notícias informativas atualmente divulgadas nos meios de comunicação. Neste sentido, seria importante haver mecanismos normativos que permitissem ao público em geral compreender os motivos condutores da Fazenda ter aplicado um determinado nível de concessão, por exemplo, mediante a liberação de uma garantia com significativa liquidez para a satisfação do crédito.

Pois bem. Passando agora a análise para os pontos escolhidos como merecedores de elogios na transação tributária, cita-se primeiramente uma correção de rumos feita em relação aos programas de parcelamento especiais ao se observar que a regulamentação da transação possui um grau de flexibilidade que permite direcionar ou estimular propositadamente o insti-

225 Art. 38-A. A decisão que recusar a proposta de transação individual apresentada pelo contribuinte deve apresentar, de forma clara e objetiva, a fundamentação que permita a exata compreensão das razões de decidir e deve considerar a situação econômica e a capacidade de pagamento do sujeito passivo, a perspectiva de êxito das estratégias administrativas e judiciais de cobrança e o custo da cobrança judicial. (Incluído(a) pelo(a) Portaria PGFN nº 25165, de 17 de dezembro de 2020)

226 Hugo de Brito Machado Segundo apresenta algumas preocupações sobre os níveis de clareza em relação aos termos dos acordos de transação celebrados: "Ou seja: permite conceder um "REFIS" só para quem merecer, e nos casos em que o Fisco também tiver algo a ganhar com a medida. Mas, na prática, ela pode não ser tão boa, levando a que se concedam condições melhores a uns, e não a outros, sem justificativas plausíveis para tanto. Não é demais lembrar que, na História do Direito Tributário, houve razões importantes para que o soberano tivesse de cobrar tributos nos termos da lei, e não conforme seu arbítrio. Elas não decorriam apenas dos excessos praticados contra alguns, mas também do generoso tratamento franqueado a outros, aspectos que a transação tributária pode ressuscitar." Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-out-30/consultor-tributario--mp-contribuinte-legal-reacende-debate-transacao-tributaria. Acesso em 02 agos 2021.

tuto como mecanismo de política fiscal[227] para buscar a recuperação de créditos públicos em determinado segmento de devedores ou tipos de débitos específicos, a partir de condições de descontos mais favoráveis, por exemplo, para débitos de pequenos devedores ou mesmo para débitos considerados irrecuperáveis ou de difícil recuperação (créditos tipos "C" e "D").[228]

> Ao analisar os números das transações com pessoas jurídicas, chama a atenção o fato de que mais de 85% foram celebradas por micro ou pequenas empresas, evidenciando que o programa de negociações está beneficiando efetivamente os setores mais frágeis da economia.
>
> Segundo o quadro abaixo, os maiores beneficiados com os descontos oferecidos pela transação, que podem chegar a 70% do total da dívida, foram as pessoas físicas (55%), seguidas pelas microempresas (45%) e pelas empresas de pequeno porte (41%). As demais pessoas jurídicas tiveram, em média, desconto de 40%.

Essa flexibilidade do instituto revela um alinhamento que estabelece em alguma medida uma justiça fiscal no sentido do justificado interesse público em criar um ambiente favorável para dar condições a quem realmente necessita,[229] ou criar mais estímulos à arrecadação em relação a valores que a Fazenda Pública já sabe de antemão que teria pouquíssima probabilidade de êxito na sua cobrança. Ou seja, trata-se de uma última tentativa de recuperar aos cofres públicos fontes de receitas que estatisticamente estavam supostamente perdidas.

Neste sentido, utilizando-se como referência os dados da PGFN do primeiro ano de vigência da transação tributária, observa-se que de fato teve-se o foco naqueles créditos classificados pelo fisco como irrecuperáveis ou de difícil recuperabilidade, corrigindo bastante uma grave distorção dos programas de REFIS, que em razão da ausência de dispositivos que de algum modo direcionassem mais os acordos de parcelamentos a determinados tipos de créditos ou devedores culminavam por privilegiar aqueles que

227 Disponível em : www.pgfn.fazenda.gov.br. *Acesso em 20 agos 2021.*

228 Art. 23. Observada a capacidade de pagamento do sujeito passivo e para os fins das modalidades de transação previstas nesta Portaria, os créditos inscritos em dívida ativa da União e do FGTS serão classificados em ordem decrescente de recuperabilidade, sendo: (Redação dada pelo(a) Portaria PGFN nº 3026, de 11 de março de 2021)

I - créditos tipo A: créditos com alta perspectiva de recuperação; II - créditos tipo B: créditos com média perspectiva de recuperação; III - créditos tipo C: créditos considerados de difícil recuperação; IV - créditos tipo D: créditos considerados irrecuperáveis.

229 Essa amplitude, em tese, pode ser boa, fazendo com que somente se concedam prazos e condições diferenciados para aqueles que, de outro modo, não teriam como pagar, e que não agiram com dolo, simulação etc., de sorte a que não se sintam tolos aqueles que se esforçaram para pagar suas dívidas em dia. Ou seja: permite conceder um "REFIS" só para quem merecer, e nos casos em que o Fisco também tiver algo a ganhar com a medida. Disponível em: SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. https://www.conjur.com.br/2019-out-30/consultor-tributario-mp-contribuinte-legal-reacende-debate-transacao-tributaria. Acesso em: 02 de set.

poderiam pagar os créditos independemente do benefício fiscal. Cálculos da PGFN, por exemplo, mostram que os vinte programas de Refis abertos no país desde 2001 somaram R$ 240 bilhões de passivos fiscais recuperados. No entanto, desse total, R$ 190 bilhões eram créditos classificados como recuperáveis,[230] o que representa um contrassenso em sua concepção ao franquear benefícios fiscais com redução de valores a quem os pode pagar regularmente.

Em conclusão, o segundo ponto selecionado como merecedor de elogios se refere justamente à implantação de um ambiente de maior consensualidade entre Fisco e contribuinte, conforme já devidamente analisado linhas acima. Explica-se. O fato de a regulamentação do instituto possibilitar negociações customizadas através de concessões recíprocas, algo antes não admitido nas normas de parcelamento, dão um caráter inovador para a transação tributária ao permitir um nível de personalização dos acordos observando dados e características individuais dos particulares transatores, tais como ajustar regras de pagamento, pactuar garantias e prazos de parcelamento calibradas de acordo com variáveis aferidas criteriosamente pela Administração Tributária a partir de regras objetivas, tais como considerando a situação econômica e a capacidade contributiva do devedor, custo da cobrança judicial, tempo de cobrança dos débitos inscritos em dívida ativa e perspectiva de êxito das estratégias administrativas e judiciais de cobrança para cada devedor em específico.

4. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO CONSENSUAL DE RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO

Como já examinado com mais detalhes na parte inicial deste estudo, o CPC/2015 se destaca por ser um dos atos normativos mais importantes a iniciar um processo gradativo de implantação do valor jurídico da *consensualidade* para resolução de conflitos, uma vez que foi impulsionado por concepções teóricas modernas, como o exemplo do *Neoprocessualismo*.

Não há dúvidas de que o CPC de 2015 é um sistema bastante influenciado por diversos valores éticos, a exemplo do *cooperativismo processual* e do já citado axioma da busca da solução consensual de disputas de interesses. Como prova clara desse alinhamento valorativo, a redação do artigo 3º § 2º do CPC é firme e direta ao colocar sob os ombros do Estado a missão de, sempre que possível, promover a solução consensual dos conflitos. Neste contexto, uma das razões que explica esse cenário vem das dificuldades historicamente enfrentadas pelo modelo tradicional de processo adversarial que levaram a uma busca de novas abordagens não necessariamente base-

230 Disponível em: https://www.etco.org.br/noticias/especialistas-elogiam-transacao-mas-pedem-ampliacao-do-instituto/. Acesso em: 02 de set.

adas no formalismo típico e centralizador do Poder Judiciário. Como consequência, atualmente prestigia-se bem mais institutos baseados no consenso e no *Princípio do Autor regramento da Vontade do Processo* (autonomia da vontade das partes).[231]

Isto posto, é nesse ambiente que o negócio jurídico processual vem representando uma importante nova alternativa para a atuação da Fazenda Pública em suas atividades de recuperação dos créditos públicos inscritos em dívida ativa, especialmente após a inovação trazida pelo artigo 190 do CPC CPC/2015, com a criação da cláusula dos negócios jurídicos processuais atípicos, tema objeto de análise mais detalhada logo a seguir.

4.1 Mas o que os Negócios Jurídicos Processuais apresentam de novo?

Antes de iniciar a linha argumentativa a ser desenvolvida sobre as novidades trazidas especialmente através da cláusula geral de negócios jurídicos processuais atípicos, criada pelo artigo 190 do CPC, e examinar seus contributos quando aplicados especialmente nas atividades de recuperação dos créditos públicos inscritos em dívida ativa, é necessário primeiro fazer uma breve introdução conceitual apresentando algumas características mais essenciais do instituto.

Pois bem. Como categoria jurídico-processual, os negócios jurídicos processuais são fatos jurídicos decorrentes de deliberada vontade humana. Estão inseridos numa perspectiva de prevalência do autor regramento da vontade do processo (autonomia da vontade das partes), logo são destinados a estabelecer um nível de consensualidade que permita aos interessados pactuarem diversos tipos de ajustes nos procedimentos em face de situações jurídicas processuais, tais como a disposição sobre ônus, poderes, deveres e faculdades processuais das partes envolvidas.[232]

É importante compreender que os negócios jurídicos processuais representam, em última análise, fonte de norma jurídica processual apta a vincular, inclusive, o próprio julgador.[233] Diferentemente do que o senso comum induz a presumir, os negócios jurídicos processuais independem da existência do processo, embora o acordo objetive repercutir em um processo presente ou futuro, eles podem ser celebrados antes mesmo da instauração

231 Há, no Código, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. [...] Com efeito, o CPC contém diversas normas que prestigiam a autonomia da vontade das partes, permitindo que elas negociem sobre o processo, de modo mais evidente do que no CPC/1973. O autor regramento da vontade do processo é permitido, assegurado e respeitado. O Código de 2015 é estruturado de maneira a estimular a solução do conflito pela via que parecer mais adequada a cada caso, não erigindo a jurisdição como necessariamente a melhor solução para eliminar a disputa de interesses. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo.** 18. ed. São Paulo: Forense, 2021. p. 661.

232 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento.** 19. ed. – Salvador: ed. Jus Podvim, 2017. p. 425.

233 *Idem.* p. 425.

da ação.[234] De igual modo, o raciocínio usual é no sentido de que, por ser um "negócio processual", dependeria via de regra da homologação judicial para a sua produção de efeitos jurídicos, o que não é verdade, posto que há apenas a necessidade de homologação judicial ou participação direta do juiz (*negócios jurídicos plurilaterais*) em casos pontuais, tais como *fixação de calendário processual* (art. 191/CPC), acordo para realização de sustentação oral, ou julgamento antecipado do mérito convencional.[235]

Dito isso, é importante esclarecer que o instituto já se fazia presente no CPC/1973, o qual estabelecia algumas hipóteses de negócios jurídicos processuais típicos. No CPC/2015, diversas hipóteses foram reproduzidas novamente, tais como eleição de foro competente (art. 63) e suspensão convencional do processo (art. 313, II), assim como acrescentou-se outras espécies com novos negócios típicos, a exemplo da convenção de que a liquidação da sentença seja feita por arbitramento (art. 509, I). Mas novidade que representa o ponto de interesse para esse estudo realmente é a criação da cláusula geral de negócios jurídicos processuais atípicos, especialmente quando aplicada como instrumento para fomentar a recuperação dos créditos públicos através de um mecanismo consensual.

A cláusula geral para criação de negócios jurídicos atípicos materializa o *Princípio da Adequação Procedimental* em relação ao nível das partes processuais. O ponto de novidade aqui resulta da possibilidade de a Fazenda Pública recorrer ao instrumento da cláusula geral do negócio jurídico processual, através do artigo 190 do CPC, partindo da premissa da consensualidade, para celebrar acordos que viabilizem a recuperação dos seus ativos fiscais.

É importante lembrar que mesmo após a instituição da cláusula geral do negócio jurídico processual, a discussão sobre a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar tal modalidade de negócios jurídicos ainda suscitava celeumas doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais, chegando a temática a ser objeto de enunciados em diversos fóruns processuais, a exemplo do *Enunciado n.º 256, do Fórum Permanente de Processualistas Civis*: "A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual"; do *Enunciado n.º 17 da Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal:* "A Fazenda Pública pode celebrar convenção processual, nos termos do art. 190 do CPC."; e, por fim, cita-se *o Enunciado n.º 9 do Fórum*

234 Admite-se, como se percebe, que, num negócio ou contrato celebrado antes mesmo de existir processo, as partes já estabeleçam determinadas regras processuais a serem observadas, caso sobrevenha algum litígio e seja proposta demanda judicial a esse respeito. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 18. ed. São Paulo: Forense, 2021. p. 663.

235 Enunciado 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "São admissíveis os seguintes negócios plurilaterais, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.

*Nacional do Poder Público: "*A cláusula geral de negócio processual é aplicável à execução fiscal".

Como dito na introdução deste trabalho, para afastar quaisquer dúvidas remanescentes, a partir da inserção, pela Lei n.º 13.874/2019, dos dispositivos dos §§ 12 e 13, no artigo 19 da Lei n.º 10.522/2002, consolidou-se mais ainda no âmbito da União federal a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive na cobrança administrativa ou judicial da dívida ativa da União.

A partir desse cenário acima exposto, a Fazenda Pública vem utilizando com relativo êxito esse recurso de consensualidade com repercussão direta na cobrança judicial dos créditos públicos inscritos em dívida ativa (execuções fiscais), trazendo um nível de espectro negocial até então inovador na esfera processual, especialmente considerando-se os conhecidos obstáculos vivenciados pelos agentes públicos para prática de atos negociais, tais como pactuar a calendarização da execução fiscal, estabelecer plano de amortização fiscal, aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias e seu modo de constrição[236].

4.2 Análise crítica

O objetivo das partes ao celebrar um NJP em fase de recuperação dos créditos fiscais normalmente é eliminar ou prevenir os litígios em torno de questões com potencial litigiosidade, tais como aplicação de índices de correção de valores, substituição ou liberação de garantias com boa liquidez e consideradas essenciais para a continuidade econômica do devedor. Neste contexto, o diferencial se encontra na cláusula de abertura criada pelo artigo 190 do CPC, que amplia o leque de possibilidades para as partes. Conforme a Portaria PGFN n.º 360/2018, há permissões outras, tais como para celebrações tendo como objeto ajustar consensualmente os termos da forma de cumprimento de decisões judiciais; recursos, e até a sua desistência.

Para a Fazenda Nacional, o avanço em termos de consensualidade é claro, uma vez que se observa que a instituição vem logrando celebrar diversos acordos com valores consolidados substanciais e envolvendo concessões negociais que vão além da sua cultura até então tradicional e muitas vezes inflexível de simplesmente recusar qualquer tratativa que importasse, por exemplo, em reduzir a liquidez de suas garantias, forma de cumprimento de decisões etc.. Essa nova postura autorizada normativamente, representa,

236 Portaria PGFN n.º 360/2018.

portanto, a redução dos custos inerentes à alta litigiosidade,[237] bem como viabiliza a arrecadação de recursos relevantes. Sob o enfoque dos devedores, além da redução dos custos judiciais, o negócio também descortina a futura liberação ou redução de garantias (especialmente seguros), em decorrência da amortização dos parcelamentos, assegurando uma maior previsibilidade na gestão do seu fluxo de caixa (ativos e passivos) e a gestão e liquidez do seu patrimônio, algo essencial para a garantia da sua sobrevivência econômica.

Assim como ocorre com a transação tributária, o negócio jurídico processual também goza da possibilidade de se customizar um acordo de NJP conforme as peculiaridades do devedor, materializando um dos maiores avanços até agora experimentados em termos de exercício de consensualidade nos instrumentos de recuperação do crédito público, especialmente considerando que, para um devedor fiscal, nenhuma variável é mais sensível para assegurar a saúde do fluxo de caixa do que poder calibrar o montante das obrigações assumidas mediante um acordo de regularização fiscal num patamar o mais próximo possível da sua efetiva *capacidade de pagamento*. Sob a ótica do credor, por sua vez, construir consensualmente um ajuste através de um NJP em termos que efetivamente viabilizem receber seus ativos fiscais de forma sustentável, bem como o permita dialogar racionalmente com o devedor sobre as garantias, observando seu foco na esperada eficiência arrecadatória, mas, também, ponderando o princípio da continuidade da atividade econômica do devedor, parece ser uma condição realmente inédita em termos de instrumentos de recuperação do crédito.

Os dois pontos de críticas aqui selecionados residem no baixo estímulo institucional (Poder Judiciário e Fazendas Públicas) observado em fomentar a via do NJP para a composição de interesses e prevenção de litígios junto aos devedores, de modo que ainda se vislumbra muito mais potencial para capilarizar o instituto através de um trabalho "ombro a ombro" de construção de caminhos através do uso do instituto, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito da lide já instaurada.

A segunda ressalva reside na concorrência desleal que o NJP sofre em comparação a outros institutos acessíveis à Fazenda Pública e aos devedores fiscais que possuem já em nível legal mais benefícios, tais como a transação tributária e os programas de parcelamento, considerando que, embora o

237 Sobre o excesso de litigiosidade no Brasil, recentes pesquisas desenvolvidas pelo INSPER, através do estudo Contencioso tributário no Brasil, Relatório 2020 – Ano referência 2019, revelam o assombroso dado de que somente em disputas sobre a exigibilidade de tributos alcança-se o valor acumulado em discussão equivalente a quase 75% do PIB nacional (R$ 5,4 trilhões), prevalecendo a maior parcela desses valores em lides travadas justamente no contencioso judicial. "Como mostra a figura abaixo, o contencioso judicial e administrativo da União responde pela maior parte do estoque total: 3,82 trilhões de reais ou 52,7% do PIB, em 2019. [...]. " Contencioso tributário no Brasil. Relatório 2020 – Ano referência 2019. INSPER. Dez/2020. p. 6. Disponível em: https://www.insper.edu.br/conhecimento/conjuntura-economica/disputas-envolvendo-cobranca-de-tributos-somam-r-54-trilhoes-no-brasil/. Acesso em: 24 jan. 2021.

NJP contemple a possibilidade de celebração de um plano de amortização fiscal (pagamento em parcelas), não possui, *ex lege,* a previsão do estímulo da suspensão de exigibilidade existente nos acordos de transação em que há pagamento parcelado, assim como não há, a priori, previsão para redução de valores em cobrança.

5 CONCLUSÃO

Para o fechamento deste ensaio, sustenta-se com segurança que a transação tributária e o negócio jurídico processual representam um avanço significativo nas técnicas resolutivas de conflitos focadas em soluções construídas consensualmente entre as partes envolvidas. Trata-se de ferramentas alternativas não somente para ampliar a eficiência arrecadatória na recuperação dessas receitas públicas, mas que, também, contribuem para reduzir a pressão sobre o fluxo de trabalho do Poder Judiciário, exaurido em suas capacidades institucionais.

Demonstrou-se ao longo da pesquisa como esse processo decorreu de um desenvolvimento da consensualidade não somente através de concepções teóricas no âmbito do processo civil, como o Neo processualismo e o Formalismo-Valorativo, conectando diretamente axiomas como *Cooperativismo*, *Consensualidade e Adequação Processual (Negocial)*, como também explicou-se como esse processo tem pontos de conexão com uma perspectiva de uma Administração Pública mais democrática e dialógica, fundamentada em um movimento de "Fuga ao Direito Privado" ou "Privatização do Direito Administrativo", que perpassa pela necessária releitura de institutos e categorias jurídicas do regime jurídico-administrativo, relativizando dogmas como o Princípio da Supremacia do Interesse Público e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, de modo a viabilizar uma atuação mais fluida pelo agente público através da importação de instrumentos negociais antes exclusivos aos negócios jurídicos privados.

Esse é um caminho em gradativa consolidação, e que ainda possui muitas possibilidades de desenvolvimento. Logo já se verifica que há muitos pontos positivos, tais como a possibilidade de negociações customizadas através de concessões recíprocas, observando dados e características individuais dos particulares transatores, tais como ajustar regras de pagamento, pactuar garantias e prazos de parcelamento calibrados de acordo com variáveis aferidas criteriosamente pela Administração Tributária. Citou-se igualmente o grau de flexibilidade que estes institutos possuem ao permitirem direcionar ou estimular propositadamente a política fiscal para buscar a recuperação de créditos públicos em determinado segmento de devedores ou tipos de débitos específicos, a partir de condições de descontos mais fa-

voráveis, por exemplo, para débitos de pequenos devedores ou mesmo para débitos considerados irrecuperáveis ou de difícil recuperação.

Por outro lado, há pontos sujeitos a críticas, tais como em relação à transação tributária a inflação legislativa observada em pouco tempo mediante a edição de diversos atos normativos, criando modalidades de transação as mais diversas, tais como *Transação Excepcional, Transação Extraordinária, Transação para débitos de Simples Nacional, Transação para débitos de FGTS*. Citou-se, igualmente, a preocupação sobre a *controlabilidade pública* do valor consensualidade aplicado na mesa de negociação estabelecida entre Fazenda Nacional.

Citou-se, também, que ainda verifica-se um baixo estímulo institucional (Poder Judiciário e Fazendas Públicas) observado em fomentar a via do NJP para a composição de interesses e prevenção de litígios junto aos devedores, de modo que ainda se vislumbra muito potencial para capilarizar o instituto através de um trabalho "ombro a ombro" de construção de caminhos através do uso do instituto, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito da lide já instaurada, uma vez que se faz necessário esse marketing institucional especialmente considerando a concorrência desleal que o NJP sofre em comparação a outros institutos acessíveis à Fazenda Pública e aos devedores fiscais que possuem já em nível legal mais benefícios.

De todo modo, entre prós e contras, conclui-se que a Fazenda Pública vem utilizando com relativo êxito esses recursos de consensualidade com repercussão direta na cobrança judicial dos créditos públicos inscritos em dívida ativa (execuções fiscais), trazendo um nível de espectro negocial até então inovador na esfera processual, especialmente considerando-se os conhecidos obstáculos vivenciados pelos agentes públicos para prática de atos negociais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neo constitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasi**l. In: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. **L'administration en chantiers. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger**. Paris, n. 2, p. 299-324, avr. 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Código Tributário. Diário Oficial da União. Brasília, 27 out. 1966. Disponível em. www.planalto.gov.br. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 20 jan. 2021.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In: FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa, e NERY Jr., Nelson. (coord). Processo e constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 18. ed. São Paulo: Forense, 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento.** 19. ed. – Salvador: ed. Jus Podvim, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo.** São Paulo: Atlas, 2013.

MAIA, Taciana Mara Correia. **A Administração Pública Consensual e a Democratização da Atividade Administrativa.** Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 16 | n. 31 | Jan./Jun. 2014.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

ROMANO, Santi. **Fragmentos de un diccionario jurídico.** Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas América-Europa, 1964.

PRAT S I CATAL À, Joan. **La construcción social de la gobernanza. In: PRAT S I CATAL À**, Joan; VIDAL BELTRÀN, José María (Coords.). *Gobernanza*: diálogo Euro-Iberoamericano sobre el buen gobierno. Madrid: INAP: Colex, 2005. p. 21-76.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. ***Parceria Público-Privada:*** **aspectos de Direito Público Econômico.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

LOPES, Maria Tereza Soares. **Arbitragem e mediação no poder público: breve análise da permissibilidade na seara constitucional tributária.** Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 88 106, jul./dez. 2018.

MARQUES NETO, F. A.. **Do contrato administrativo à Administração contratual**, in Revista do Advogado, vol. 107, São Paulo: AASP, dez. 2009.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Processo Tributário.** 12. ed. SP. Atlas, 2020. p. 224.

_____.**MP do "contribuinte legal" reacende a discussão sobre a transação tributária.** https://www.conjur.com.br/2019-out-30/consultor-tributario-mp--contribuinte-legal-reacende-debate-transacao-tributaria

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 7 ed. SP, Sararia. 2017.

O VIES ANTICREDOR NO PROCESSO DE EXECUÇÃO BRASILEIRO

José Eduardo de Melo Vilar Filho
Doutorando e Mestre em Direito (UFC)
Juiz Federal
Pesquisador PPGD-ENFAM
Diretor da Esmafe/CE

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes elementos para o desenvolvimento econômico de um país ou mesmo de um único município é o acesso ao crédito barato e de longo prazo. É por meio do crédito que ocorre grande parte da circulação de capitais e é por meio dele que muitas empresas conseguem se constituir e crescer, gerando empregos e riqueza para as comunidades em que estão inseridas. É ainda por meio do crédito que muitas famílias conseguem acessar e consumir bens e serviços que lhes facilitam a vida e lhes asseguram o conforto da modernidade e da pós-modernidade.

Para proteger esse tipo de negócio jurídico, as operações de crédito são usualmente instrumentalizadas por documentos aos quais a legislação dá o *status* especial de título executivo. Busca-se, com isso, encurtar a via da cobrança em caso de inadimplemento do devedor, assegurando ao credor o acesso direto ao processo de execução. Proporciona-se o uso imediato de medidas sub-rogatórias e coercitivas, sem uma prévia fase de acertamento da controvérsia em tutela de conhecimento.

Assim, a execução é feita no interesse do credor, para protegê-lo do inadimplemento do devedor e para efetivar, em concreto, o pagamento a que obrigado o devedor.

Um exame da legislação e jurisprudência nacionais, contudo, evidencia que existe um forte viés anticredor no Brasil, sendo a execução vista, às vezes, como um instrumento para a proteção do devedor, em vez do credor. Imagina-se o devedor como um oprimido que, por circunstâncias além de sua vontade, não consegue honrar os compromissos assumidos sem comprometer sua própria sobrevivência. Em contrapartida, concebe-se o credor como um usurário sem coração que busca extrair o máximo de proveito do devedor.

Esse modo de ver o credor e o devedor termina contribuindo para que as decisões adotadas por juízes, em contextos de falta de provas sobre detalhes da vida do réu, frustrem a satisfação do crédito e a efetividade do processo de execução. No âmbito econômico, esse fenômeno termina difi-

cultando a obtenção do crédito pelas pessoas físicas e jurídicas, aumentando a taxa de juros e contribuindo negativamente para o desenvolvimento local.

No presente trabalho, procuramos inicialmente examinar a legislação e a jurisprudência nacionais, para estabelecer a existência de sistema de proteção do devedor na execução.

Na sequência, analisamos o modo como o cérebro processa informações e decide, segundo os estudos das ciências cognitivas. Explicamos os mecanismos de heurística e a possível criação de vieses cognitivos. Em seguida, enquadramos a proteção dispensada ao devedor dentro do chamado "viés anticredor", que consideramos decorrer da heurística de disponibilidade.

Por fim, analisamos as consequências do "viés anticredor" para os credores, os poupadores e os devedores, em uma perspectiva de macrojustiça e macroeconomia.

O trabalho foi desenvolvido a partir de uma metodologia hipotético-dedutiva e com pesquisa de jurisprudência e bibliográfica, sobretudo nas ciências cognitivas e nos aspectos de macrojustiça e macroeconomia relacionados à efetividade da tutela executiva no mundo.

2 O PROCESSO DE EXECUÇÃO E O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DO DEVEDOR

Apesar da previsão do art. 797 do CPC de que a execução se realiza no interesse do exequente, a própria legislação estabeleceu diversas salvaguardas em benefício dos devedores, as quais foram, em algum momento, objeto de interpretação ampliativa pelo Poder Judiciário. Além disso, a jurisprudência brasileira passou a guiar esses processos com grande foco nas condições pessoais do devedor e em suas eventuais dificuldades para pagar a dívida vencida.

A ideia de base em torno desse feixe de proteção do devedor parecer ser a de assegurar a dignidade da pessoa humana. Alguns chegam mesmo a defender que a "ferocidade da atividade executiva" não poderia incidir contra o devedor que "deixou de honrar a obrigação inserta no título por circunstâncias alheias à sua vontade" (CARAM JÚNIOR, 2007, p. 265).

A legislação brasileira, em algumas oportunidades, mitiga a força do processo executivo, retirando do arco de bens penhoráveis aqueles que entende necessários para preservar a dignidade do devedor. Entre eles, vemos não só a casa de moradia do devedor, mas também os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência, desde que não ultrapassem um médio padrão de vida (art. 833, II, CPC). Também não podem ser

penhorados livros, máquinas, ferramentas e outros bens necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado (art. 833, V). Igual proteção gozam as quantias depositadas em cadernetas de poupança, até o limite de 40 salários mínimos (art. 833, X). Os salários também não podem ser penhorados, salvo o montante que ultrapassar 50 salários mínimos mensais, correspondente atualmente a 55 mil reais. Tal faixa salarial só é alcançável por um número reduzidíssimo de pessoas no Brasil[238].

Nota-se que a legislação, em muitos momentos, preferiu proteger o devedor ao credor. Além disso, deixou ao juiz grande margem de discricionariedade para o preenchimento de conceitos indeterminados no caso concreto. Compete ao magistrado decidir, em cada hipótese, o que considera "útil", apesar de não essencial, ao trabalho do devedor, por exemplo. Ou mesmo o de estabelecer o que deve ser considerado como "padrão médio de vida", para fins de impenhorabilidade dos bens que guarnecem a residência.

A essas impenhorabilidades legais, somam-se outras construídas pela jurisprudência, a partir da interpretação ampliativa das disposições legais. Exemplo de interpretação ampliativa é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ de estender a impenhorabilidade de valores depositados na caderneta de poupança para alcançar também os recursos mantidos em conta-corrente ou em fundos de investimento (BRASIL, STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp 1826475/RJ, data do julgamento: 22/6/2021). Pela interpretação do STJ, o devedor pode manter uma reserva financeira e deixar de honrar os contratos assumidos, desde que essa reserva financeira não ultrapasse 40 salários mínimos.

Com isso, enquanto o exequente fica sem receber seus créditos, o devedor pode comprar uma televisão nova, trocar o computador, ou mesmo reformar a casa, desde que sua reserva financeira não ultrapasse 40 salários mínimos (atualmente, mais de 48 mil reais) e os bens adquiridos não sejam considerados de luxo.

Até nos casos em que há possível fraude com ocultação de patrimônio, o Judiciário tende a ser resistente em seu reconhecimento, exigindo do credor a produção de provas contundentes da fraude, e não simples indícios. Tais provas contundentes costumam ser impossíveis ou muito difíceis, porque sua obtenção pressupõe que o credor consiga ter um conhecimento detalhado da vida do devedor. O STJ, por exemplo, tem negado o reconhecimento de ocultação de patrimônio pelo executado mesmo quando se evidencia movimentação financeira atípica, que seria incompatível com a ausência de patrimônio (BRASIL, STJ, 3ª Turma, AgInt nos EDcl no AREsp 1808527/SP, data do julgamento: 15/6/2021).

238 Segundo dados do IBGE, apenas 0,6% (zero vírgula seis por cento) dos brasileiros tem renda superior a 20 salários mínimos (PNAD, 2015). A remuneração média dos trabalhadores, no segundo trimestre de 2021, foi de pouco mais de dois salários mínimos e a taxa de desemprego superou os 14,5% (quatorze e meio por cento) (PNAD-Contínua, 2021).

A mesma linha restritiva da força executiva tem sido adotada nos casos das medidas coercitivas atípicas. O STJ já chegou a estabelecer a impossibilidade de se apreender passaporte como medida executiva coercitiva, por "restringir de maneira desproporcional" o direito do devedor de ir e vir (BRASIL, STJ, 4ª Turma, RHC 97876/SP, data do julgado: 5/6/2018). Assim, os devedores podem continuar viajando ao exterior, realizando gastos incompatíveis com a sua situação de inadimplência, em proteção à sua "dignidade humana". É preciso referir, contudo, que o próprio STJ tem também precedente em sentido contrário (BRASIL, STJ, 3ª Turma, HC 558313/SP, data do julgado: 23/6/2020).

De todo modo, o STJ admite a imposição de medidas executivas atípicas somente após o esgotamento de todos os meios típicos de satisfação do crédito (BRASIL, STJ, 3ª Turma, REsp 1788950/MT, data do julgado: 23/4/2019). Aplicando-se esse entendimento do STJ, se o devedor tiver um bem penhorável, mesmo que esse bem seja de difícil alienação, não poderão ser adotadas medidas coercitivas, ainda que o executado apresente ostensivos sinais de patrimônio oculto. Afinal, as medidas coercitivas são sempre subsidiárias[239]! O devedor terá que esperar uma hasta pública, ou talvez várias, para eventualmente ter seu crédito adimplido com a alienação do bem penhorado.

Esse panorama evidencia que o legislador e o Judiciário brasileiro construíram uma rede de proteção da dignidade da pessoa humana do devedor. Não parece haver, contudo, uma preocupação com a dignidade da pessoa do credor, nem com os efeitos macroeconômicos dessa postura.

Afinal, imputar ao credor o ônus de demonstrar a existência de patrimônio oculto do executado, ou mesmo o de demonstrar que a dívida não foi paga porque o devedor assim não o quis, é atribuir ao exequente uma missão dificílima. Transforma-se o processo de execução em um processo de "justificação" do inadimplemento, presumindo-se que o não pagamento deixou de ser feito por algum motivo justificado, entendendo-se que o exequente teria uma posição de muitas vantagens em face de um devedor oprimido por muitas necessidades.

Exige-se do credor todas as diligências "detetivescas" possíveis para a satisfação do crédito (GUERRA, 2003, p. 155), ao tempo em que se tolera do devedor a mais completa inércia e passividade no cumprimento da obrigação, na indicação de bens, na busca de soluções para o pagamento da dívida etc.

239 Eis o entendimento do STJ no ponto, conforme voto da Ministra Relatora: "De se observar, igualmente, a necessidade de esgotamento prévio dos meios típicos de satisfação do crédito exequendo, tendentes ao desapossamento do devedor, sob pena de se burlar a sistemática processual longamente disciplinada na lei adjetiva." (BRASIL, STJ, 3ª Turma, REsp 1788950/MT, data do julgado: 23/4/2019).

Acontece que o processo de execução não é o rito adequado para produção de provas. Assim, decisões sobre matéria de fato ocorrem em um contexto de pouca informação sobre a realidade, o que remete o juiz a raciocinar com base em abstrações de uma figura estereotipada de devedor e de credor. Dificilmente o juiz, em um processo de execução, terá elementos claros para aferir o padrão de vida do executado, a utilidade de um bem para sua atividade profissional ou a concreta ocultação de patrimônio, entre outros aspectos. Nesse caminho tortuoso imposto ao credor, vai se consolidando a inefetividade do processo de execução.

Não causa surpresa, assim, que o CNJ tenha constatado que o número de processos de conhecimento finalizados no ano de 2019 seja maior do que o de processos de execuções arquivados no mesmo período. O chamado "índice de eficiência", calculado pelo CNJ, bem representa essa distorção. O resultado de eficiência obtido pela aplicação do índice aos processos na fase de conhecimento equivale a mais que o dobro do mesmo indicador na fase de execução (CNJ, 2020).

Esses dados do CNJ evidenciam algo que todo operador do direito no Brasil sabe: os processos de execução dificilmente conseguem realizar sua função de satisfação do crédito exequendo. Esse fato traz significativos impactos para a sociedade brasileira, envolvendo a dificuldade de acesso ao crédito, a elevação das taxas de juros, o estrangulamento dos serviços judiciais, entre outros. Identificada essa característica do processo de execução brasileiro, cumpre indagar quais suas causas e quais seus efeitos para as pessoas e para o país.

3 A HEURÍSTICA DE DISPONIBILIDADE NA ATIVIDADE JUDICIAL

Os estudos de neurociência evidenciam que os seres humanos raciocinam como grandes contadores de história e preenchem lacunas de conhecimento com informações criadas pelo cérebro, que se harmonizam com os demais elementos conhecidos de um determinado evento (DAMÁSIO, 2018). Os seres humanos contam a história não só do que veem e ouvem, mas sim do que acham que veem e acham que ouvem, incorporando também, nessas histórias, o que querem ver e ouvir, dentro do contexto social, moral e político em que vivem. Conforme os mais atuais estudos das ciências cognitivas, a mente consciente gera explicações para os acontecimentos da vida, muitas vezes, *post-facto*, sem que tais explicações sejam, realmente, verdadeiras. Elas são, com frequência, meras criações da mente humana, não guardando correspondência com a realidade (BARGH, 2017).

Ainda não foi desvendada inteiramente a forma como a mente humana trabalha. No entanto, é certo que a percepção do mundo e da realidade concreta é indiscutivelmente personalizada a partir das crenças individuais

e coletivas acolhidas e compartilhadas, e o conhecimento e as convicções podem se formar mesmo que o sujeito não tenha consciência desses fenômenos (GALDWELL, 2016).

Essa associação de funcionamento entre o consciente e o inconsciente cria atalhos mentais para a compreensão da realidade e para a solução de problemas de julgamento, especialmente aqueles para os quais não se tem informação completa sobre a realidade. São as chamadas decisões "sob incerteza", porque não se tem conhecimento pleno de todos os fatos (TONELLO et al, 2006).

Nas decisões sob contexto de incerteza, o cérebro funciona por meio de um mecanismo denominado heurística. Segundo explica Kahneman, a heurística é um "procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis. A palavra vem da mesma raiz que heureca" (2012, e-book). Por meio da heurística, o cérebro, de modo inconsciente, simplifica a questão posta para decisão, para processá-la dentro de um padrão conhecido, ainda que não inteiramente verdadeiro. O cérebro enquadra a situação incerta e desconhecida como se fosse aquela outra situação padrão conhecida, familiar e imaginada, cuja solução é mais fácil. Esse fenômeno é todo inconsciente e muito rápido, sem que o agente sequer perceba que ele está acontecendo[240].

O mecanismo cognitivo das heurísticas é um processo de adaptação evolutiva do ser humano, sendo apontado como um importante meio de reduzir o tempo e o esforço feito para a tomada de decisões. Assim, em grande parte, as heurísticas funcionam bem e permitem ao ser humano tomar decisões rápidas em contextos de incerta. Por outro lado, seu uso pode levar a erros e vieses sequer percebidos pelo agente (TONELLO et al, 2006).

Uma das mais bem documentadas heurísticas é a chamada "heurística de disponibilidade". Por meio desse processo mental, superestima-se a probabilidade ou a frequência de um determinado evento ocorrer, a partir da facilidade de resgatar exemplos da memória (TONETTO et al, 2006). A base desse fenômeno decorre do fato de que o acesso à parte da mente que guarda as memórias de longo prazo é mais fácil quando as informações são familiares (TONELLO et al, 2006). Com isso, os fatos alegados no processo, ainda que não estejam demonstrados, são mais facilmente associados a essas informações familiares que parecem mais realistas e relevantes, por-

240 [...] surgem da operação de heurísticas que com frequência substituem a questão mais difícil que foi feita por uma questão fácil. Julgamentos intuitivos podem ser feitos com grande dose de confiança até mesmo quando estão baseados em avaliações não regressivas de evidência fraca. Claro, muitos julgamentos, sobretudo no terreno profissional, são influenciados por uma combinação de análise e intuição. [...] Como a substituição ocorre automaticamente, você com frequência não sabe a origem de um julgamento que você (seu Sistema 2) endossa e adota. Se ele é o único que lhe vem à mente, talvez seja subjetivamente indistinguível dos julgamentos válidos que você faz com confiança de especialista. Eis por que confiança subjetiva não é um bom diagnóstico de precisão: julgamentos que respondem à pergunta errada também podem ser feitos com confiança elevada. (KAHNEMAN, 2012, e-book)

que mais facilmente acessadas no processo mental consciente-inconsciente. Logo, se o juiz não tem como fazer uma cognição exauriente sobre as alegações das partes, o caso tende a ser tratado imaginando-se a realidade como se fosse aquela do "caso padrão" disponível na memória inconsciente.

O exemplo clássico da heurística da disponibilidade na vida cotidiana é a percepção das pessoas quanto à chance se serem furtadas ou serem vítimas de crimes violentos. Essa chance costuma ser exagerada, em virtude da grande cobertura midiática dos crimes violentos, o que torna esses eventos mais disponíveis na memória, tendo sua frequência superestimada (POHL et al, 2017). O mesmo acontece, por exemplo, em relação a acidente em uma viagem de avião, comparado a viagens de carro. A maioria das pessoas sente mais medo de morrer numa viagem de avião do que numa viagem de carro, embora a estatística seja claramente favorável às viagens de avião. Somente uma reflexão mais acurada é capaz de superar essa conclusão inicial decorrente da heurística da disponibilidade (KAHNEMAN, 2012).

No âmbito do processo judicial brasileiro, as condições de trabalho induzem a decisão por heurística. Isso ocorre por diversos fatores, que envolvem o comportamento das partes no processo, o regime de incentivos do juiz, a elevada distribuição de processos, entre outros (MACHADO VILAR, 2021). Em uma realidade na qual alguns juízes recebem mais de 1.000 (mil) novos processos por mês, proferindo centenas de sentenças e decisões, é impossível não reconhecer que parte da análise fática se dá por atalhos mentais destinados a minimizar o tempo dispensado a cada caso.

Muitas das decisões nos processos de execução parecem decorrer desse mecanismo de processamento mental, que termina construindo um "viés anticredor", decorrer da heurística de disponibilidade.

4 O VIÉS ANTICREDOR

Pérsio Arida e André Lara-Resende tornaram-se conhecidos por terem concebido o plano Arida-Resende, que foi a base para o Plano Real, responsável pela estabilização da inflação no Brasil, depois de décadas de instabilidade monetária crônica. Juntamente com Edmar Bacha, eles analisaram a relação entre a incerteza jurisdicional, o crédito e as taxas de juros (GIAVAZZI et al, 2005). Após examinar o mercado de crédito doméstico e exterior, chegaram à conclusão de que a incerteza jurisdicional relacionada à resolução de disputas contratuais está na raiz da inexistência de crédito de longo prazo no Brasil, o que tem importante papel na determinação da elevada taxa de juros nacional. Essa incerteza consiste em um viés difuso contra os credores, que os autores denominam "viés anticredor" (GIAVAZZI et al. 2005).

De fato, parece auto evidente que, no Brasil, as expressões "capital financeiro", "banqueiro", "credor" têm uma conotação social negativa, ao passo que "empreendedor", "trabalhador" e mesmo "devedor", despertaram sentimentos mais positivos ou de compaixão (GIAVAZZI et al. 2005). A visão difusa é de que o capital financeiro espolia os tomadores de empréstimos, que lutam para sobreviver e vencer o sistema em um país no qual impera grande desigualdade social.

Essa visão difusa é propagada pela cobertura midiática em virtude do denominado "*news frame*". Conceitualmente, "*news frame*" é a organização de ideias ou de um roteiro para dar sentido aos eventos que serão noticiados, criando uma conexão entre os fatos e sugerindo o ponto relevante e essencial da história, dando evidência a uns aspectos e obscurecendo outros (LECHELER; VREESE, 2019).

Uma rápida pesquisa na internet mostra que o "*news frame*" envolvendo devedores e credores é construído de modo a mostrar o lado bom e vulnerável do devedor, com a vida injustamente prejudicada por uma execução judicial. A imprensa busca criar um fato dramático, para despertar o interesse do leitor (CIARELLI, AVILA, 2009).

A notícia de 2020, com a seguinte manchete, é um exemplo: "Por dívida de R$ 900, idosa de 74 anos perde casa que vale R$ 700 mil". A reportagem retrata o drama de uma idosa que está com receio de ser despejada e com problema de coração "depois dessa confusão". Olhando além da narrativa emocional do caso, temos uma dívida contraída em 2009, para a realização de um procedimento médico não coberto pelo plano de saúde. Em 2011, a ré foi intimada judicialmente, mas nunca pagou a dívida, embora tenha constituído advogado. Onze anos depois do inadimplemento, o imóvel penhorado foi arrematado em leilão. O foco da reportagem é todo no drama da idosa que "perdeu" o imóvel de R$ 700 mil reais, por um débito de apenas R$ 900 (novecentos reais). Nada se fala sobre o credor que passou 11 anos para receber o pagamento da dívida líquida, certa e exigível[241].

Essas reportagens, em conjunto com a notória desigualdade de renda no Brasil, reforçam o estereotipo do devedor oprimido, que precisa ter sua dignidade protegida pelo Poder Judiciário. É importante observar que a maioria dos juízes brasileiros compreende sua função como mais ligada à realização de justiça social do que à garantia da segurança jurídica e institucional. Pesquisa realizada entre membros do Judiciário indicou que, para 61% deles, a busca de justiça social autoriza decisões de quebra de contratos (GIAVAZZI et al, 2005).

Esse modo de ver a atuação judicial, aliado aos estereótipos do credor malvado e do devedor oprimido, em um contexto de trabalho que envolve despachar, decidir, realizar audiências e julgar centenas de processos por

241 https://noticias.r7.com/minas-gerais/por-divida-de-r-900-idosa-de-74-anos-perde-casa-que-vale-r-700-mil-31102020. Acessado em 1º/8/2021, às 19h49.

mês, parece ter significativa relação com a ineficiência do processo de execução no Brasil. O juiz, nesse contexto, tenderá, de modo involuntário e inconsciente, a avaliar os casos por meio da heurística da disponibilidade, enquadrando os litígios de cada processo naqueles estereótipos mais facilmente acessíveis pela mente. Esse modo de o cérebro processar informações e decidir é algo inerente à própria natureza humana, que ocorre sem que tais fatores sejam sequer trazidos à consciência do julgador (NUGENT, 1994).

Com essa realidade jurisdicional, o risco para o credor torna-se de difícil mensuração. É impossível definir, no momento de elaborar um contrato de longo prazo, se 20 ou 30 anos depois, suas cláusulas poderão vir a ser consideradas "antissociais" por um juiz em caso de eventual inadimplemento. É também impossível saber se as condições de vida do devedor, depois de tantos anos, irão decair ao ponto de o juiz considerar a penhora de seu patrimônio "ofensiva ao mínimo existencial". É também impraticável definir se será possível obter provas de ocultação de patrimônio, como imóveis comprados com contrato de gaveta, carros em nome de filhos, transações bancárias e gastos de cartões de crédito protegidos por sigilo.

Diante disso, surgem os seguintes questionamentos: Como calcular o risco do crédito? Como ter certeza que o devedor irá adimplir a obrigação? Vale a pena o risco? Qual a taxa de juros que compensa esse risco? Qual o prazo máximo de um empréstimo nessas condições?

Emprestar dinheiro é atividade de risco para quem empresta. Esse risco é remunerado pela taxa de juros, que considera o nível de proteção dos direitos creditícios (MARESCH et al, 2015), a possibilidade de negociação futura dos créditos (liquidez), o risco de insolvência do devedor, entre outros aspectos (GIAVAZZI et al, 2005).

Todas essas incertezas jurisdicionais criam uma verdadeira instabilidade institucional, compreendida na abordagem de Douglas North como as "regras do jogo em uma sociedade" (NORTH, 2018, p. 13). São essas regras que criam ambiente estável, na medida em que diminuem as incertezas. Assim, os agentes sociais buscam definir seus comportamentos e estratégias segundo essas regras. De fato, elas influenciam, delimitam e definem as escolhas humanas (MACHADO VILAR, 2021). "O principal papel das instituições em uma sociedade é reduzir a incerteza, ao estabelecer uma estrutura estável" (NORTH, 2018, p. 18).

5 OS EFEITOS DA INCERTEZA JURISDICIONAL SOBRE O CRÉDITO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO BRASIL

A incerteza jurisdicional decorrente da dúvida quanto à proteção judicial do crédito inviabiliza a concessão de empréstimos a longo prazo no mer-

cado brasileiro, ao tempo em que também gera a elevação da taxa de juros interna (GIAVAZZI et all, 2005). A instabilidade institucional no Brasil torna a tarefa de precificar o crédito a longo prazo muito difícil, senão impossível. Mesmo o crédito a curto prazo está sujeito a essa instabilidade institucional, o que impacta na taxa de juros exigida para compensar o risco assumido em um contrato de mútuo sujeito à jurisdição local.

É interessante observar como essa instabilidade jurisdicional afeta o acesso das empresas ao crédito. As grandes empresas brasileiras não conseguem financiamento a longo prazo dentro do país, ainda que negociem com grandes instituições financeiras internacionais. Surpreendentemente, essas mesmas empresas conseguem que as mesmas instituições financeiras concedam-lhes os empréstimos a longo prazo e a taxas de juros favoráveis, quando os contratos são realizados no exterior. O que muda? A empresa tomadora do empréstimo é a mesma. A instituição concedente também é a mesma. A taxa de juros é menor e o prazo é maior. O que explica isso? A resposta dada por Arida Lara-Resende e Bacha é que isso se justifica pela aversão à instabilidade jurisdicional fomentada pelo viés anticredor (GIAVAZZI et al, 2005).

Em estudo publicado pelo Banco Central Europeu, foi examinada a relação entre a postura do judiciário na proteção do credor/devedor e a facilidade ou dificuldade de acesso das empresas aos empréstimos que tentavam obter. A conclusão foi contundente: a probabilidade de a empresa conseguir o empréstimo é até 40% maior nos países em que o sistema judicial oferece melhor proteção ao credor (MARESCH et al, 2015). Na pesquisa, foram examinados dados de 11 países europeus, tendo sido observado que, até dentro de um mesmo país e em face da mesma legislação, é possível haver diferença na facilidade de acesso ao crédito a depender do modo como cada tribunal de cada local aplica a legislação (MARESCH et all, 2015). A mesma constatação foi feita por Giacomelli e Menon (2016), quando analisaram especificamente a situação da Itália, constatando que, nos municípios italianos em que a execução dos contratos era mais difícil, as empresas eram menores e, por consequência, geravam menos empregos.

De fato, se a proteção ao crédito é eficiente, os investidores podem emprestar o capital com a tranquilidade de que eventual inadimplemento será resolvido de modo rápido e efetivo, pelo trâmite célere e eficiente do processo de execução. Ao contrário, se esse processo é demorado, custoso e de resultado incerto, a tendência é exigir um preço maior pelo risco ou simplesmente não emprestar o dinheiro para evitar o risco.

Esse sistema, que dificulta a obtenção de crédito pelos tomadores, também dificulta a formação de reservas financeiras por parte dos poupadores, que terminam estabelecendo como regra principal de investimento a segurança, ainda que a aplicação dos recursos tenha rendimento inferior à

inflação, ou seja, tenha rendimento real negativo. Prefere-se perder o poder de compra da moeda, a correr o risco de não pagamento pelo devedor.

Uma pesquisa realizada pela Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais - Anbima identificou que oito em cada dez brasileiros investem na poupança. Um investimento com baixíssima remuneração e que há muitos anos não consegue sequer repor as perdas inflacionárias. O que leva as pessoas a fazer isso? Porque não procuram investimento de melhor retorno, que ao menos reponha a inflação?

Para 54% dos investidores, o principal motivo para suas economias é a segurança financeira. Apenas 16% deles tem como foco o retorno da aplicação (AMBIMA, 2018)[242]. O medo de não receber de volta o dinheiro emprestado mantém os poupadores aprisionados a aplicações de baixíssimo retorno de um lado, e faz com que os tomadores, de outro, tenham que pagar juros altíssimos para os poucos que se dispõem a correr o risco do empréstimo.

Comparando a eficácia da execução em diversos países ao redor do mundo, Djankov et al (2015) identificou significativa correlação entre a eficiência dos processos de execução e a riqueza dos países. Nos países ricos, o tempo entre o inadimplemento e a satisfação dos créditos é de um ano e meio. O processo de cobrança respectivo tem custo aproximado de 9% da dívida e a taxa de juros média é de 5,9%. Já no grupo dos países de renda média-baixa, as taxas de juros saltam para aproximadamente 20,3%. Nesses países, as execuções demoram em torno de três anos e meio e seus custos correspondem a perto de 16% da dívida. Especificamente para o Brasil, identificou-se que os processos de cobrança durariam mais de três anos e oito meses, tendo um custo de 12% da dívida e que os juros médios são de impressionantes 67,1%! (DJANKOV et al, 2015).

Os dados de tempo médio de tramitação dos processos de execução, obtidos pelo CNJ no Relatório Justiça em Números são ainda piores. Apontam um tempo médio de tramitação de quase sete anos para as execuções na justiça estadual e de quase oito na justiça federal (CNJ, 2020).

Esse quadro gera desvantagem competitiva para o Brasil. De fato, as empresas situadas em países com baixa proteção ao crédito têm mais dificuldades para crescer e disputar mercado, porque não conseguem financiamento a longo prazo e com taxas razoáveis (MARESCH et al, 2015). Além disso, a diferença de tratamento legal em relação ao crédito pode fazer com que algumas empresas sejam motivadas a mudar de pais, para onde possam ter melhor acesso a crédito e segurança institucional, impactando assim o próprio desenvolvimento econômico local (MARESCH et all, 2015).

242 https://www.anbima.com.br/pt_br/especial/raio-x-do-investidor-2018.htm. Acessado em 1º/8/2021, às 21h10.

6. CONCLUSÕES

No Brasil, o processo de execução, que se destinaria a amparar o credor contra o inadimplemento do devedor, tem desenvolvido características destinadas a proteger o executado, a partir de leis e decisões focadas em resguardar a dignidade da pessoa humana e um mínimo existencial de patrimônio. Muitas dessas disposições normativas terminam sendo interpretadas ampliativamente pelo Judiciário, atribuindo-se ao credor o ônus de provar que o inadimplemento é injustificado e que o devedor não estaria pagando a dívida por vontade própria e não por motivo de "força maior".

Esse contexto evidencia a existência de um viés anticredor, formado por estereótipos compartilhados na nossa cultura, a partir de casos mais facilmente acessíveis na memória, por meio do mecanismo da heurística de disponibilidade.

A realidade de trabalho do Judiciário brasileiro, com a distribuição mensal de grande número de processo por magistrado faz com o que o julgamento por heurísticas seja uma realidade necessária, para se otimizar o trâmite processual. Esse mecanismo, contudo, dá margem para maior incidência de vieses na avaliação dos casos.

Em uma conjuntura de incertezas sobre a real efetividade do processo de execução em hipótese de inadimplemento do devedor, a missão de mensurar o risco em uma operação de crédito torna-se muito difícil no curto prazo e praticamente impossível no longo prazo. Isso inviabiliza as operações de crédito de longo prazo e eleva a taxa de juros nos empréstimos de curto prazo. Faz também com que os pequenos poupadores evitem empregar seu capital em empréstimos para o setor produtivo, ante o receio de perda do dinheiro em caso de inadimplência.

Esse fenômeno diminui a capacidade competitiva das empresas nacionais, dificulta seu crescimento e a concorrência de mercado, o que impacta negativamente na geração de empregos e no crescimento econômico local.

É preciso, então, um repensar tanto do legislador quanto do Judiciário sobre a proteção a ser dada ao credor, a fim de resguardar a segurança jurídica e a efetividade do processo de execução, criando-se um ambiente de estabilidade institucional, para que as regras do jogo sejam previsíveis e estáveis para as partes de um negócio jurídico.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual de Execução.** 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

BARGH, John. **O cérebro intuitivo**. São Paulo: Objetiva, 2020.

BURTON, A. Robert. S**obre ter certeza: como a neurociência explica o convencimento.** São Paulo: Blucher, 2018

CARAM JUNIOR, Moacyr. **Processo de execução e a sua relativização pela incidência das excludentes de responsabilidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Tese Doutorado. PUC/SP 2007.

CIARELLI, Gustavo; ÁVILA, Marcos. **A influência da mídia e da heurística da disponibilidade na percepção da realidade: um estudo experimental. Revista de Administração Pública,** v. 43, p. 541-562, 2009.

CNJ, Justiça em Números, 2020.

DAMÁSIO, António. **A Estranha Ordem das Coisas: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018

EAGLEMAN, David. **Incógnito:** a vida secreta do cérebro. São Paulo: Rocco, 2012.

IBGE, PNAD Contínua, 2021. Disponível em https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e- pobreza/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua- mensal.html?edicao=31251&t=destaques. Acesso em 1º/8/2021, às 15h32.

IBGE, Pesquisa nacional por amostra de domicílios: síntese de indicadores 2015 / IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. - Rio de Janeiro : IBGE, 2016

GIACOMELLI, Silvia; MENON, Carlo. 2017. **"Does Weak Contract Enforcement Affect Firm Size? Evidence from the Neighbour's Court."** Journal of Economic Geography 17 (6). Oxford University Press: 1251–82.

GIAVAZZI, ET. AL. **Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003.** The MIT Press. doi:10.7551/mitpress/3759.001.0001.

GLADWELL, Malcolm. **Blink:** a decisão num piscar de olhos. São Paulo: Sextante, 2016

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e proteção do credor na execução civil.** São Paulo: RT, 2003

GUTHRIE, Chris, et al. "Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases." Cornell Law Review, vol. 93, no. 1, November 2007, p. 1-44.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar:** duas formas de pensar. Editora Objetiva, 2012.

LECHELER, Sophie; DE VREESE, Claes H. **News framing effects: Theory and practice**. Taylor & Francis, 2019.

MACHADO VILAR, Natália Ribeiro. **Um ensaio sobre o comportamento litigioso no Brasil.** Foco: São Paulo, 2021 (no prelo)

NORTH. Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico.** Tradução: Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NUGENT, Donald C. "Judicial Bias." Cleveland State Law Review, vol. 42, no. 1, 1994, p. 1-60.

POHL, Rudiger F. [et. All]. **Cognitive Illusions**: intringuing phenomena in thinking, judgment and memory. 2ª ed. Nova York: Routledge, 2017.

SOUSA, José Augusto Garcia de. **A nova execução civil:** o que falta mudar. **Revista Forense**, n. 394, 2007.

TONETTO, Leandro Miletto et al. **"O Papel Das Heurísticas No Julgamento e Na Tomada de Decisão Sob Incerteza."** Estudos de Psicologia (Campinas) 23.2 (2006): 181–189. Estudos de Psicologia (Campinas).

A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL E A EXECUÇÃO

Gabriel Peixoto Dourado
Advogado da União
Mestrando em Direito pela UFC

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A execução é guiada pelo princípio do resultado, tendo a sua efetividade mensurada a partir da entrega do bem jurídico tutelado ao exequente, de forma que a norma fundamental da primazia da solução de mérito prevista no art.4º do CPC relaciona-se com a ideia de tutela específica do direito assegurado no título executivo.

No Brasil, observa-se que 55,8% dos processos pendentes nos tribunais são referentes à execução, tendo cada processo uma duração média de cerca de sete a oito anos[243], o que nos permite inferir a dificuldade de concretização do referido princípio do resultado nesta fase processual. Sob esse cenário, recentemente fora desenvolvido inclusive o Sistema Nacional de Investigação Patrimonial e Recuperação de Ativos (Sniper), que é uma solução tecnológica desenvolvida pelo Programa Justiça 4.0, que agiliza e facilita a investigação patrimonial para servidores, servidoras, magistrados e magistradas de todos os tribunais brasileiros integrados à Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ).

A despeito das causas múltiplas que acarretam tal cenário, busca-se neste trabalho enfatizar o papel da comunicação jurisdicional como instrumento de aprimoramento da execução para alcance do seu resultado, aproximando-a de seu papel básico e inquestionável de dar ao exequente o que lhe é de direito.

Na justiça de primeira instância, percebe-se claramente a carência de interação entre os juízos, como se cada vara fosse um recorte absoluto de autonomia[244], que impediria que o processo fosse conduzido de forma mais múltipla e cooperada.

243 Dados extraídos do relatório "Justiça em Números" de 2020, editado pelo Conselho Nacional de Justiça.

244 Sob a análise da justiça federal e da atuação de um juiz substituto e de um juiz titular vinculados a mesma vara, o juiz federal Rogério Tobias Carvalho menciona que, embora dividam a mesma secretaria para fins de competência, são dois órgãos judiciários distintos (CARVALHO, Rogério Tobias. Pode um juiz atuar em processo de outro? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 out. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-out-25/rogerio-tobias-carvalho-juiz-atuar-processo-outro. Acesso em: 8 out. 2020).

Na seara da Justiça Federal, por exemplo, as varas funcionam normalmente com um juiz substituto e com um juiz titular. Nestes casos, mesmo estando em um juízo uno, discussões comuns de feitos repetitivos ou estruturais são prejudicadas por estar no acervo processual do magistrado substituto ou do titular, como se o estoque de processos de ambos fosse parte de realidades incomunicáveis.

Em suma, percebe-se muita resistência das partes e dos próprios magistrados em vislumbrar uma atuação cooperativa entre si, além dos tradicionais julgamentos colegiados, como se o exercício jurisdicional em primeira instância fosse uma atuação inexoravelmente incomunicável.

A gestão judiciária brasileira, que abrange desde a gestão da estrutura dos tribunais(*court management)* até a gestão processual (*case management*) e a própria gestão das decisões[245], ainda visualiza as varas e/ou tribunais em uma perspectiva estanque e não interconectada, como se o diálogo judicial, sobretudo em órgãos singulares, violasse a própria autonomia do órgão julgador.

O CPC atual, em seu artigo 8º, por meio de uma cláusula geral, requer que a referida gestão seja conduzida em prol da eficiência, o que só se tornaria possível diante de uma flexibilização procedimental, inclusive em matéria de competência, mas também interjurisdicional, de forma que cada ramo da justiça encontre meios de se autovincular processualmente a partir de uma efetiva cooperação judiciária nacional.

Essa resistência, que impacta a gestão processual das mais variadas justiças comuns e especializadas, poderia ser rompida com a efetivação da cooperação judiciária nacional, inclusive na fase de execução.

2 PREMISSAS A SEREM (RE)VISITADAS PARA ESTRUTURAÇÃO DE UMA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL: DA GARANTIA DO JUÍZO NATURAL À COMPETÊNCIA ADEQUADA

A observância clássica do juízo natural conduz a uma estruturação rígida da competência jurisdicional a fim de estabelecer uma estática definição abstrata de quem terá atribuição legal para processar determinado tipo de causa a partir de um juízo de legalidade estrita.

Em que pese a concepção tradicional do juízo natural como proteção frente ao arbítrio estatal na prestação jurisdicional ser mantida inalterada no texto constitucional, percebe-se que a realidade dos tribunais pátrios não é tão rígida quanto à tutela dos vetores decorrentes desses princípios.

245 MATOS, José Igreja *et al*. **Manual de gestão judicial**. Coimbra: Almedina, 2015, p.. 9-15.

Nos códigos processuais penal e civil, por exemplo, visualizam-se diversas atribuições discricionárias de competência, como o desaforamento, a escolha dos juízes para decidir medidas urgentes em conflitos de competência ou mesmo a reunião ou a separação de processos por pretensa prejudicialidade, sem que haja a conexão formal nem regras abstratas fixando a competência nessas hipóteses.

Na seara administrativa, é comum a estipulação de forças tarefas, mutirões judiciários, redistribuição de processos quando da criação de vara especializada em detrimento da perpetuação da jurisdição ou mesmo a atuação de juízes convocados em vários tribunais de forma casuística, mais uma vez sem critérios invariáveis prévios.

A aplicação de tais normas nunca foram reprimidas por qualquer órgão judicante, a ponto de ser aceito o julgamento de tribunais mesmo que majoritariamente formados por juízes convocados[246].

Assim, percebe-se que a própria administração judiciária, por força de lei, já viabiliza diversos juízes *post factum* em prol da eficiência[247], bem como a definição de competências que não derivem necessariamente de lei em sentido estrito, o que infirma diariamente a garantia constitucional inerente ao juiz natural como foi concebida.

As mudanças contemporâneas, às quais as relações jurídicas também são acometidas, conduzem a busca não de um mero juiz generalista *ante factum*, mas de um juiz expert. De forma que a mera distribuição equitativa de processos das variadas matizes e complexidades não parece compatível com uma total ausência de flexibilidade na análise da competência sob a égide da eficiência na prestação jurisdicional.

Cabral[248], diante das práticas citadas acima, propõe uma ressignificação do juízo natural, admitindo juízes *post facto* e a definição de competências por normas administrativas, mas que atendem a três requisitos básicos: i) objetividade; ii) impessoalidade; iii) invariância.

A objetividade busca definir o juízo a partir de aspectos do litígio e elementos de cada processo, buscando uma alocação ótima de recursos judiciários, vedando considerações meramente subjetivas para tal definição. Destaca-se que a objetividade não é reduzida a uma distribuição de processos

246 STJ, HC 109.456, Rela. Min. Jane Silva, Terceira Seção, j. 25/03/2009, DJe 20/10/2009, p. 1.

247 A eficiência não é resumida nesse ponto a sua acepção quantitativa, correlacionada com a economia processual, abrangendo um viés qualitativo inerente a própria qualidade da prestação jurisdicional a fim de atuar como fundamento e limite das adequações procedimentais necessárias a perquirir tal norma fundamental. Nesse sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A previsão do princípio da eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.** *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 233, ano 39, p. 65-84, jul. 2014, p. 70

248 CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz Natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, P.259.

aleatórios mediante sorteio, podendo haver critérios técnicos prévios que já estabeleçam quem será o juiz responsável pelo processamento e julgamento da causa[249].

A impessoalidade consolida uma regra geral de conduta estatal, positivada inclusive no art. 37 da Constituição Federal, que busca evitar direcionamentos da competência para garantir vantagens a uma ou outra pessoa, indo ao encontro do conceito clássico do juízo natural como freio ao arbítrio estatal.

Por fim, a invariância visa generalizar as regras de competências diante de situações fáticas semelhantes, seja no aspecto legal ou administrativo, apenas não se aplicando diante de competências definidas em negócios jurídicos processuais.

A partir desse novo desenho do juiz natural, surge a necessidade da análise do princípio da competência adequada.

A competência adequada, guiada pelo devido processo legal, é um "pensar proporcional sobre as regras de competência"[250], ultrapassando a ideia que esta deve ser definida tão somente a partir de uma legalidade estrita, buscando interpretar as normas de competência a partir de uma facilitação do acesso à justiça, do exercício do direito de defesa e da consecução da eficiência jurisdicional, esse último vetor vai ao encontro da essência do processo de execução.

Sob essa perspectiva, Didier Jr.[251] alude que um processo devido é aquele que se desenvolve perante um juízo natural adequadamente competente[252]. Assim, sob a regra da *Kompetenz-kompetenz*[253], o próprio órgão julgador pode aferir sob a premissa de se perquirir uma "melhor jurisdição" que não é o juízo mais adequado para o litígio, seja pela razão dos fatos debatidos, quanto diante de exercício abusivo de escolha de foro pelo réu[254].

---

249 Ibid, p. 262. Cabral a fim de não reduzir a objetividade a uma distribuição aleatória cita experiências estrangeiras como a da Holanda que os critérios são objetivos, mas baseados, preliminarmente, no tipo do processo, na especialização e na expertise dos juízes para, só após ultrapassados tais critérios, cogitar-se a aleatoriedade.

250 HARTMANN, Guilherme Kronemberg. **Controle da competência adequada no processo civil**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 110.

251 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 209.

252 No Conflito de Competência nº 144.922-MG, que versava sobre a definição de foro para processar os feitos decorrentes do rompimento da barragem da cidade de Mariana, o Superior Tribunal de Justiça julgou a 12ª Vara Federal de Belo Horizonte como o foro mais adequado para os processos tramitarem a fim de evitar decisões múltiplas e contraditórias acerca do tema (STJ, CC 144.922-MG, Rela. Min. Diva Malerbi, Primeira Seção, j. 22/06/2016, DJe 09/08/2016, p. 1).

253 Controle do juiz sobre sua própria competência

254 Neste sentido, mecanismos de controle da escolha do foro que a demanda tramitará pelo autor (fórum *shopping*) e o exercício abusivo desse direito (fórum *non conveniens*), inicialmente adstritos ao Direito Internacional, ganham relevo no direito interno.

Normalmente, a ideia da *kompetenz-kompetenz* presume que a competência de um juízo necessariamente exclui a do outro, tal lógica é derrogada a partir da cooperação judiciária nacional que admite um compartilhamento de competências, reforçando a ideia que a competência deve ser definida ad actum, não por todo o processo, a fim de consolidar em cada momento processual diretrizes que concretizem a competência adequada para o regular processamento das demandas.

3 A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL

A colaboração entre os juízos, à primeira vista, é mecanismo inerente ao Direito Internacional Privado, uma vez que à luz da territorialidade os Estados detêm soberania para aplicação do direito em seu território. Sob essa premissa, surgem vários instrumentos como as cartas rogatórias, o auxílio direto ou a homologação de sentença estrangeira.

No direito interno, por sua vez, quando se verificava atos de cooperação, desde do CPC de 1973 até a concepção enraizada nos dias de hoje, tal mecanismo efetivava-se tão somente pelas cartas comunicativas, notadamente a de ordem e a precatória.

Antes mesmo da vigência do CPC de 2015 e da positivação da cooperação nos artigos 67 a 69[255], o CNJ editou a Recomendação n. 38/2011, considerando que [...] a cooperação judiciária constitui mecanismo contemporâneo, desburocratizado e ágil para o cumprimento de atos judiciais fora da esfera de competência do juízo requerente ou em intersecção com ele.

255 "Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.
Art. 68. Os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual.
Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:
I - auxílio direto;
II - reunião ou apensamento de processos;
III - prestação de informações;
IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.
§ 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.
§ 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:
I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato;
II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;
III - a efetivação de tutela provisória;
IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas;
V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;
VI - a centralização de processos repetitivos;
VII - a execução de decisão jurisdicional.
§ 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário."

A referida recomendação, que possui a natureza de *soft law* em matéria processual, não ganhou a ressonância esperada sobretudo no que tange à competência interseccional entre juízes, de forma que a cooperação judiciária nacional permaneceu arraigada às cartas comunicativas. Diante disso, tais cartas, muitas vezes, funcionam como real instrumento de burocratização, não de cooperação propriamente dito.

Analisando, por sua vez, o CPC de 2015 não parece que a *mens legis*, até mesmo em uma intepretação literal, seja guiada por uma cooperação essencialmente típica, de forma que as ditas cartas tendem a assumir um condão meramente subsidiário na colaboração entre os órgãos julgadores. Nessa premissa, uma das principais características da cooperação judiciária nacional é a atipicidade, o que vai ao encontro de uma flexibilização das técnicas processuais em direção a uma tutela jurisdicional efetiva.

3.1 A cooperação judiciária nacional no CPC/15

O artigo 67 do CPC, inspirado na recomendação editada anteriormente pelo CNJ, **estabelece um dever recíproco de cooperação** entre os magistrados e os servidores de todos os graus de jurisdição, visando à prática de atos processuais. A fim de concretizar a definição de cooperação judiciária nacional, adotamos a concepção de Fredie Didier Jr[256]

> A cooperação judiciária nacional é o complexo de instrumentos e atos jurídicos pelos quais os órgãos judiciários brasileiros podem interagir entre si, com tribunais arbitrais ou órgãos administrativos, com o propósito de colaboração para o processamento e/ou julgamento de casos e, de modo mais genérico, para a própria administração da Justiça, por meio de compartilhamento ou delegação de competências, prática de atos processuais, centralização de processos, produção de prova comum, gestão de processos e de outras técnicas destinadas ao aprimoramento da prestação jurisdicional no Brasil.

A partir da definição acima, vemos a ênfase de uma nova vertente do princípio da cooperação que não mais se limita à interação entre as partes (ex. negócios jurídicos processuais) ou mesmo entre o juiz com a parte(dever de consulta, dever de esclarecimento, dever de prevenção), abrangendo a bem da verdade a cooperação entre juízos.

Com o intuito de conferir maior concretude aos dispositivos que regem a cooperação judiciária nacional (arts. 67 a 69 do CPC), o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 350/2020, que estrutura a denominada Rede Nacional de Cooperação Judiciária. Com base nos preceitos normativos da resolução e na base legal do CPC e da estruturação de um microssistema da cooperação judiciária nacional, passamos a

256 DIDIER JR. Fredie. **Cooperação Judiciária Nacional: esboço de uma teoria para o direito brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2020.

analisar os quatro elementos da cooperação judiciária: sujeitos, tipos, instrumentos e atos de cooperação[257].

3.1.1 Sujeitos da cooperação

Quanto aos sujeitos da cooperação, notadamente os magistrados e os servidores[258] administrativos que lá atuam, são os que figurarão nessa colaboração a ser celebrada. Fala-se que a cooperação pode ser intrajudiciária, ao ocorrer dentro do mesmo ramo do Poder Judiciário ou interjudiciária, quando se fala em colaboração entre ramos distintos do Poder Judiciário, como a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal.

A partir dos artigos 67 a 69, só podemos verificar hipóteses de cooperação *interna corporis* do Poder Judiciário, no entanto, a partir de uma interpretação extensiva advinda da Resolução nº 350/2020 e do próprio princípio da cooperação exposto no art.6º do CPC, é possível inferir que a colaboração não se limita aos muros do Poder Judiciário, podendo ser realizada interinstitucionalmente[259], entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, integrantes ou não do sistema de justiça, que possam, direta ou indiretamente, contribuir para a administração da justiça[260], o que leva de forma abrangente parte da doutrina a denominá-la de cooperação jurídica[261].

3.1.2 Tipos de cooperação

Os tipos dizem respeito aos modos de interação entre os órgãos judiciários, podendo ser por solicitação, por delegação ou por concertação. A classificação elaborada por Fredie Didier Jr segmenta os referidos tipos de acordo com o grau de vinculação em escala crescente da solicitação à concertação.

257 A referida tipologia foi adotada a partir da obra de Fredie Didier Jr acima citada.

258 Os colaboradores do Poder Judiciário podem iniciar tratativas para a celebração de cooperação a serem ratificadas e supervisionadas pelo juiz, o que os coloca também como sujeitos da cooperação judiciária nacional. CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz Natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

259 Tal aspecto é enfatizado por Antônio do Passo Cabral, que classifica a cooperação em intrajudiciária quando ocorre no interior de determinado ramo do poder judiciário; interjudiciária, ao ocorrer entre órgãos de ramos distintos do Poder Judiciário e transjudiciário, quando ocorre entre o Poder Judiciário e agentes externos a sua estrutura, como ocorre com a Advocacia Geral da União (AGU) ou juízos arbitrais. CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz Natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

260 A Portaria nº 423/2018 do Tribunal de Justiça do estado do Ceará, que define os procedimentos para as instituições utilizarem a sistemática de citação e intimação eletrônicas. A partir de termos de adesões de litigantes habituais a tal ato administrativo o Ministério Público, a Defensoria Pública, bancos, seguradora e planos de saúde já são alvo de comunicação processual exclusivamente eletrônica, sendo um exemplo de comunicação interinstitucional. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ (BRASIL). **Portaria nª 423**. Fortaleza: 2018.

261 ARAGÃO, Nilsiston Rodrigues. **Fundamentos da Cooperação Judiciária Nacional**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 14, V. 21, N. 3., Set/Dez. Rio de Janeiro: 2020.

A cooperação por solicitação ocorre quando há um requerimento de um órgão judiciário em face de outro para a realização de algum ato processual, o que se aproxima bastante do uso clássico da carta precatória.

A cooperação por delegação[262] ocorre quando um órgão transfere uma competência sua a outrem, assemelhando-se a carta de ordem.

Por fim, há a cooperação por concertação, quando mediante um acordo entre os sujeitos da cooperação há uma auto vinculação para a prática de determinados atos, é o que se materializa pelo ato concertado. Trata-se de um negócio jurídico processual público[263] firmado entre os magistrados para processar casos em curso ou que venham a surgir sob a sua jurisdição.

3.1.3 Instrumentos

Os instrumentos são as formas de materialização dos atos de cooperação, sendo guiadas em essência pela atipicidade, a despeito de haver instrumentos típicos, como o auxílio direto[264] e as cartas, tais formas são exemplificativas, não exaustivas como outrora estas eram. A atipicidade, entretanto, não torna prescindível a regular documentação nos autos de como se deu o ato de cooperação, conforme exigido pelo art.4º,III da Resolução nº 350/ 2020[265].

Em sede de execução, os instrumentos possuem uma atipicidade reforçada, uma vez que é ínsito ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, nos termos do art. 139, IV do CPC.

3.1.4 Objeto

O objeto da cooperação é guiado pela atipicidade, não tendo qualquer restrição legislativa abstrata, uma vez que o artigo 68 do CPC, base normativa prévia desse elemento de cooperação, prevê que os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual.

A Resolução nº 350/2020 do CNJ, em seu artigo 6º, estabelece exemplos de cooperação, como podemos citar a reunião de execuções contra um mesmo devedor em

262 Cabral discorda desse tipo de cooperação, salientando não ser possível cooperação quando há hierarquia, devendo sempre o ato de colaboração estar circundando por uma relação de coordenação, não de subordinação. CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz Natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

263 Em sentido contrário quanto à natureza jurídica do ato concertado, Cabral salienta que os juízes não possuem capacidade negocial, não podendo assim figurar como parte de um negócio jurídico processual. CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz Natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

264 Instrumento de cooperação, que prescinde de juízo de admissibilidade.

265 No mesmo sentido, enunciado nº 687- FPPC " A dispensa legal de forma específica para a cooperação judiciária não afasta o dever de sua documentação nos autos do processo."

um único juízo, a definição de um só juízo para dirimir questão comum ou mesmo a regulação de procedimento expropriatório de bem penhorado ou dado em garantias em diversos processos.

No que tange ao objeto, a grande novidade dos novos contornos da cooperação é que ela não mais se limita a atos de comunicação processual ou instrutórios, abrangendo também atos decisórios que sucedem a cooperação judiciária, sendo um dos pontos turvos, mas não menos revolucionário do instituto, que merece maior detalhamento.

3.2 Cooperação Judiciária e os atos decisórios

Um dos tipos de cooperação a ser realizada é a por concertação, que se materializa por meio dos atos concertados, negócio jurídico processual público firmado entre juízos para a prática de atos indeterminados, cujo objeto pode delinear modificação da competência decisória. O art. 69,§2º do CPC exemplifica objetos para os atos concertados, dentre os quais se destaca a centralização de processos repetitivos, o que abrange reunião de feitos que guardem identidade entre alguma questão de fato ou de direito, bem como o apensamento definitivo ou temporário dos feitos.

Didier Jr, atento à superação do dogma de atuação das cartas comunicativas, salienta que pode haver concertação para a condução, instrução do processo, como já havia pré microssistema de cooperação, mas também para o próprio momento decisório.

A acepção de alteração do juízo para o momento decisório a partir de assunção consensual de competência necessita da estrita adequação às premissas já invocadas neste trabalho, a possibilidade de instituição de juízes *post facto* a partir dos contornos da competência adequada.

No caso, a despeito de serem instituídos eventualmente após o ajuizamento da demanda, não há mácula ao juiz natural, mesmo que se adote uma concepção mais restritiva sob a premissa que a competência deve ser definida em lei, com a qual não comungamos, uma vez que o próprio diploma processual prevê a possibilidade de ato concertado modificar competência, englobando o momento decisório.

Mas diante da atipicidade que reveste os instrumentos e os atos de cooperação, não é possível a alteração irrestrita da competência decisória por meio de ato concertado, sendo necessário o estabelecimento de alguns limites para tanto. Neste sentido, filiamo-nos aos dizeres de Didier Jr que, diante da lacuna do CPC, salienta que: i) o ato concertado não pode alterar competência absoluta para dirimir questão principal, uma vez que esta prescindiria de alteração legal; ii) o ato concertado poderia abranger modificações de competência, mesmo que absoluta, para dirimir questões incidentais,; iii) o ato concertado poderá implicar alteração de competência relativa para dirimir questões principais.

Estabelecidos os contornos básicos dos atos de cooperação, para os limites deste trabalho, iremos nos ater a exemplos que demonstrem a utilidade deste instituto para a execução, "como técnica de aprimoramento da cognição e, por consequência, das decisões judiciais[266]

4. A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL E A SUA UTILIDADE NA EXECUÇÃO: ALGUNS EXEMPLOS

A execução é terreno fértil para a cooperação judiciária[267] no sentido de tornar essa fase processual satisfativa mais célere, informal e efetiva.

A fim de traçar os contornos dessa página a ser escrita[268], trabalharemos com três situações advindas da Resolução nº 350/2020 do CNJ, que rege o tema: a) – na prática de quaisquer atos de comunicação processual, podendo versar sobre a comunicação conjunta a pessoa cuja participação seja necessária em diversos processos, bem como rotinas administrativas a serem adotadas nos processos de execução; b) centralização de processos repetitivos: a reunião de execuções contra um mesmo devedor em um único juízo; c) na regulação de procedimento expropriatório de bem penhorado ou dado em garantia em diversos processos;

Verifica-se que tais práticas, mesmo que alterem a competência originária de andamento do feito, estariam em consonância com a ressignificação do juízo natural, não a infirmando, atendendo as diretrizes de objetividade, impessoalidade e invariância.

4.1 Atos de comunicação processual conjuntos e partilhamento de boas práticas do Poder Judiciário na condução dos processos de execução

Os atos de comunicação processual permeiam todas as movimentações no processo de execução. Na concepção tradicional que antecedeu a estruturação da cooperação judiciária nacional, utilizavam-se as cartas precatórias nos casos que os sujeitos estavam situados em locais distintos dos limites de competência do juízo originário.

266 MELAZZI, Juliana; VOGT, Fernanda. **Cooperação judiciária nacional nos processos de execução.** In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes. (Org.). Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controvertidos: volume 2. 1ed.São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, v. 2,p.174;

267 No âmbito legislativo, a reforma da lei de falências e de recuperação judicial faz expressa menção a cooperação judiciária como instituto a viabilizar a comunicação entre o juízo universal de falências e outros, cujas ações não são suspensas em seu trâmite, como às execuções fiscais.

268 No RESP nº 1803250/SP, o voto do Min. Ricardo Villas Boâs Cueva "eventual interferência da penhora de quota social na recuperação judicial da empresa deve ser analisada com o decorrer da execução, não podendo ser vedada desde logo, podendo os juízes (da execução e da recuperação judicial) se valerem do instituto da cooperação de que trata o artigo 69 do Código de Processo Civil.

Para tais casos, hoje há a positivação do instituto do auxílio direto que nada mais é do que um instrumento de cooperação que prescinde de juízo de admissibilidade, podendo ser efetivado de forma simples, como e-mail entre os juízos ou mesmo mensagens instantâneas como *whatsapp,* desde que devidamente documentadas no processo.

A digitalização do ato de demandar, dos atos instrutórios como as audiências virtuais, passam a alcançar a interação jurisdicional, superando a burocracia inerente às cartas comunicativas, correlatas à prevalência de processos físicos e incipiência tecnológica, cenário que destoa da realidade atual.

Nesse sentido, atos de comunicação conjuntos de diversos juízos, vinculado a um tema específico, na seara executória podem otimizar a prática de atos de comunicação processual, como as entidades bancárias, qualificadas como grandes litigantes

4.2 A reunião de execuções em face do mesmo devedor

A concomitância de execuções variadas em face de um mesmo devedor em variados juízos é algo comum e que gera, inequivocamente, repetição de atos processuais. Por exemplo, um mesmo bem desse devedor pode ser penhorado por vários juízos pelo país, sendo sujeito a sucessivas avaliações, o que acaba por ir de encontro à busca pela duração razoável do processo e ao resultado da execução que se pretende almejar no procedimento expropriatório.

O CPC em seu art. 780 admite a cumulação de várias execuções em torno do mesmo devedor, desde que o juízo a ser definido seja competente para todos eles e haja identidade entre procedimentos, o que inviabiliza a reunião de demandas veiculadas por meio do procedimento comum e especial.

A centralização de processos repetitivos, ao não exigir a identidade procedimental, vai além da abrangência do art. 780 do CPC, sob essa premissa Juliana Melazzi e Fernanda Vogt sustentam que a cooperação viabiliza a reunião de uma execução fiscal e uma ação anulatória de débito fiscal proposta pelo mesmo devedor, mesmo que relativa a outro ato jurídico[269]

A reunião de execuções em torno do mesmo devedor já é uma prática que vem sendo utilizada, por exemplo, na Justiça do Trabalho,[270] centralizando as execuções para os clubes de futebol, buscando a reunião de cre-

269 MELAZZI, Juliana;VOGT, Fernanda, Op.cit., p. 192

270 Tal prática foi adotada no Provimento nº 1/2018 da Corregedoria-Geral da Justiça Trabalho, que versa sobre o procedimento de reunião de execuções na justiça do trabalho. Abordando o tema, cf. DIDIER JR.,Fredie. ; FERNANDEZ, Leandro . **Cooperação judiciária e protocolos institucionais: o caso do Ato Trabalhista?, ou Plano Especial de Pagamento Trabalhista, para a centralização de execuções contra entidades desportivas.** REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO (SÃO PAULO), v. 219, p. 201-232, 2021.

dores em face da entidade desportiva a fim de coordenar as ações em prol da satisfação da execução, viabilizando a maximização de aplicação dessa forma típica de cooperação prevista na Resolução nº 350/2020 do CNJ.

4.3 Da regulamentação do procedimento expropriatório de execuções em face do mesmo devedor

Quanto à hipótese da regulamentação do procedimento expropriatório, podemos citar a utilização de auxílio direto para a condução de leilão dos bens imóveis penhorados, sobretudo em casos que estes estejam localizados em comarca diversa do juízo da execução, dispensando a carta prevista no art. 845,§2º do CPC para tal fim.

A partir da cooperação judiciária, mostra-se possível que variadas execuções em face do mesmo devedor sejam reunidas em um só juízo, viabilizando que as execuções com unicidade de devedor não sejam conduzidas em diferentes juízos como se fossem realidades unas, além de facilitar "o conhecimento sobre preferências creditícias e o acesso aos bens do devedor"[271]. Por ato de cooperação judiciária, "admite-se a determinação de um juízo para a penhora, avaliação ou expropriação de bens de um mesmo devedor que figure como executado em variados processos"[272].

Edilton Meireles[273] cita ainda a possibilidade de "depósito da coisa penhorada junto à Justiça do Trabalho quando o depósito judicial da Vara federal não tenha mais espaço para guarda de bens, além da possibilidade de utilização conjunta de oficiais de justiça dos diversos ramos do Judiciário (federal, estadual e do trabalho), especialmente quando exigida a presença de dois destes servidores (§ 2.º do art. 536 e § 1.º do art. 846 do CPC/2015), sobretudo em varas do interior que possuem apenas um oficial de justiça a ela vinculados e, muitas vezes, tem de recorrer a oficial ad hoc.

Logo, a cooperação pode ser útil neste momento entre o juiz estadual e o juiz do trabalho ou federal, por exemplo. Aqui, um órgão do Judiciário, por seu servidor, poderá cooperar com outro órgão jurisdicional para execução da decisão judicial, demonstrando a utilidade da cooperação - desde que supervisionada e autorizada pelos juízes titulares das respectivas unidades jurisdicionais - entre os servidores do Poder Judiciário.

271 MELAZZI, Juliana;VOGT, Fernanda, Op.cit., p. 192

272 Enunciado nº 688 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC).

273 MEIRELES, Edilton. **Cooperação judicial e poderes do juiz na execução conforme o CPC de 2015.** RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v. 4, p. 455-507, 2018.

5 CONCLUSÕES

Ante o exposto, podemos inferir que a cooperação judiciária nacional é guiada pela busca da concretização da eficiência processual, sendo o tempo e a inefetividade gargalos que permeiam a fase executória. Assim, essa forma de interação jurisdicional, que abrange inclusive o momento decisório, confere uma autorização legal para adoção de mecanismos que viabilizem os julgadores, muitas vezes intermediados pelas partes e demais sujeitos processuais, a tornar a execução mais efetiva, sobretudo os atos de comunicação processual e expropriatórios, minorando o seu tempo de duração, que acarreta inequívoco congestionamento judicial.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Nilsiston Rodrigues. **Fundamentos da Cooperação Judiciária Nacional**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 14, V. 21, N. 3., Set/Dez. Rio de Janeiro: 2020.

CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz Natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CARVALHO, Rogério Tobias. Pode um juiz atuar em processo de outro? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 out. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-out-25/rogerio-tobias-carvalho-juiz-atuar-processo-outro. Acesso em: 8 out. 2020

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A previsão do princípio da eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.** *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 233, ano 39, p. 65-84, jul. 2014

DIDIER JR. Fredie. **Cooperação Judiciária Nacional: esboço de uma teoria para o direito brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2020

DIDIER JR.,Fredie. ; FERNANDEZ, Leandro . **Cooperação judiciária e protocolos institucionais: o caso do Ato Trabalhista?, ou Plano Especial de Pagamento Trabalhista, para a centralização de execuções contra entidades desportivas.** REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO (SÃO PAULO), v. 219, p. 201-232, 2021.

_____. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1,

HARTMANN, Guilherme Kronemberg. **Controle da competência adequada no processo civil**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018

MATOS, José Igreja *et al*. **Manual de gestão judicial**. Coimbra: Almedina, 2015

MEIRELES, Edilton. **Cooperação judicial e poderes do juiz na execução conforme o CPC de 2015.** RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v. 4, p. 455-507, 2018.

MELAZZI, Juliana; VOGT, Fernanda. **Cooperação judiciária nacional nos processos de execução.** In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes. (Org.). Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controvertidos: volume 2. 1ed.São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021

A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Nathália Lima Pereira
Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Ceará, Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará.

1 INTRODUÇÃO

A exibilidade da obrigação de prestar alimentos possui regramento especial próprio no diploma processual civil de 2015, à semelhança do modelo já adotado no extinto código de Buzaid, dada a essencialidade do título judicial ou extrajudicial objeto da execução, o qual presume-se ser inerente à própria mantença da parte exequente, trata-se, portanto, da mais nobre modalidade de encargo existente no direito civil.

Deste modo, o recebimento do crédito alimentar demanda a máxima brevidade, o que necessariamente perpassa pelo dever do judiciário em favorecer em tempo hábil a satisfação do bem da vida almejado, para tanto, sendo necessário observar o contraditório, ampla defesa e os demais princípios inerentes a execução civil.

No entanto, tal prospecto ainda desponta enquanto um desafio à atividade forense, isso porque a morosidade excessiva e as diversas controvérsias a respeito da aplicação da lei ensejam o adiamento da efetividade da execução. Consoante indica o relatório justiça em números, a atividade satisfativa leva em média cinco anos e cinco meses para ser baixada no poder judiciário (CNJ, 2020, online).

À vista disto, o Código de Processo Civil de 2015 detém como missão precípua modernizar a atividade jurisdicional, especialmente no que diz respeito aos procedimentos executivos, que ainda constituem o grande entrave para a obtenção da prestação jurisdicional em tempo hábil, à luz dos postulados da duração razoável e da máxima efetividade.

Dessarte, o presente estudo se propôs a analisar a execução civil de alimentos sob o prisma do CPC de Fux, estruturado-se em quatro tópicos, os dois primeiros destinados a debater a origem e a classificação da obrigação que reconhece a exigibilidade de prestar alimentos, a fim de atentar aos estudiosos do direito que os mecanismos processuais a serem utilizados na fase executiva dependerão destas lições propedêuticas.

Na terceira parte, abordou-se as nuances relativas ao cumprimento de sentença e decisão interlocutória, para na sequência adentrar nos meios de execução propriamente ditos. Nesta análise, levou-se em conta a ritualística

de cada mecanismo e o modo de operação para coagir o devedor a efetuar o pagamento do crédito alimentar, sob o prisma do princípio da tipicidade dos atos executórios.

Por fim, abordou-se a cláusula geral de atipicidade dos atos executórios, prevista no art. 139, inc. IV, CPC no que diz respeito à sua aplicação na execução de alimentos. Deste modo, em relação à colheita de dados, a pesquisa foi bibliográfica e documental; em relação à finalidade, caracteriza-se enquanto básica; quanto à natureza, possui caráter qualitativa, com objetivo de explorar e descrever o tema em espeque, valendo-se do método hipotético-dedutivo.

2 A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

A obrigação de prestar alimentos decorre de diferentes espécies de relações jurídicas, tendo-se em consideração que o dever poderá ser fixado por ocasião do vínculo familiar ou mesmo para reparar a ocorrência de ilícitos. Entretanto, é inequívoco que, seja qual for sua proveniência, se destinam à manutenção da sobrevivência da parte alimentada, detendo, pois, amparo no princípio constitucional da promoção da dignidade do ser humano e da solidariedade, sendo em essência um verdadeiro direito social274.

Divisa-se, assim, que o termo alimentos possui conotação muito mais ampla do que a linguagem comum leciona, não restringindo-se apenas ao necessário para o sustento da pessoa, isto é, unicamente, a função de fornecê-los na forma previamente definida (GONÇALVES, 2020, p. 502), mas também de recebê-los. À vista disso, existe uma sistemática processual própria voltada a garantir a efetivação deste direito, mecanismos que serão analisados no decorrer deste estudo.

A obrigação alimentar é senão modalidade de assistência imposta por lei de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida da parte alimentada, considerando-se os aspectos físicos, morais e sociais do indivíduo, ou seja, concebendo-o de modo holístico, de forma a propiciar-lhe a satisfação de suas necessidades vitais, diante de sua falta de condições de prover por si.

Sobre o tema pondera Maria Berenice Dias (2018, p. 910/911):

> Talvez se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver. E este, com certeza, é o maior compromisso do Estado: **garantir a vida**. *Todos têm direito de viver, e com dignidade*. Surge, desse modo, o **direito a alimentos** como *princípio da preservação da dignidade humana* (CF 1.º III). Por isso

274 Vide art. 3º, CF

> os alimentos têm a natureza de direito de personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física. Inclusive estão reconhecidos entre os direitos sociais (CF 6.º). Este é um dos motivos que leva o Estado (CF 226) a emprestar especial proteção à família. Parentes, cônjuges e companheiros assumem, por força de lei, a obrigação de prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse encargo. **Tão acentuado é o interesse público para que essa obrigação seja cumprida que é possível até a prisão do devedor de alimentos** (CF 5.º LXVII).

Depreende-se, assim, que a obrigação de prestar alimentos, constitui o conjunto de meios materiais necessários para a existência das pessoas, sob o ponto de vista físico, psíquico e intelectual. Nessa linha de reflexão, em concepção jurídica, alimentos podem ser conceituados como tudo o que se afigurar necessário para a manutenção de uma pessoa humana, compreendidos os mais diferentes valores necessários para uma vida digna (CHAVES; ROSENVALD, p. 673).

Portanto, a supracitada obrigação, cujo núcleo integrante é composto pela parte alimentante e alimentada, é amparada por uma estrutura jurídico-processual voltada à sua plena efetivação por meio dos instrumentos executivos previstos na lei adjetiva civil, considerando-se sua essencialidade ao desenvolvimento dos indivíduos e a proteção especial conferida pelo texto constitucional.

À vista disso, impõe-se elucidar as diversas classificações relacionadas à obrigação de prestar alimentos, a fim de aferir quais meios executivos estão à disposição dos jurisdicionados conforme cada espécie existente, que constituem, por consequência, objeto de inquietação da ciência do direito, tema que será pormenorizado nos tópicos subsequentes.

3 CLASSIFICAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

Em relação à origem, isto é, acerca de sua procedência, os alimentos podem ser: legítimos, convencionais e indenizatórios, consoante discorre Fredie Didier, Leonardo Carneiro, Paula Sarno e Rafael Alexandria (2017, pág. 714)

Os alimentos legítimos são assim denominados por serem definidos em razão do vínculo familiar existente entre as partes conforme o binômino possibilidade/necessidade de quem os favorece e de quem os recebe, tal espécie de obrigação decorre, comumente, do estado de filiação ou mesmo proveniente do convívio marital, mas resguardando-se a possibilidade de qualquer parente pleitear alimentos aos outros desde que evidenciado a in-

dispensabilidade da obrigação, consoante estabelece o art. 1.694 do Código Civil[275].

Os alimentos convencionais, por sua vez, são provenientes do consenso existente entre as partes e também possuem origem no vínculo familiar, razão pela qual este estudo alinha-se no sentido de que esta classificação se trata em essência de subdivisão da espécie exposta no parágrafo anterior, com a ressalva de que advém do acerto formulado entre os sujeitos da relação obrigacional, em atenção ao princípio da autonomia das partes, esculpido na sistemática prevista pelo Código Civil de 2002.

A terceira classificação existente diz respeito aos alimentos indenizatórios, aqueles fixados para reparar a ocorrência de um prejuízo ou dano causado a terceiros, consoante determina o art. 927 do CC, não estando, portanto, sujeito ao binômio possibilidade/necessidade, mas, sim, na definição de quantum razoável a indenizar a parte alimentada em razão dos transtornos experimentado por ato cometido pelo alimentante.

Em relação ao momento, os alimentos podem ser urgentes ou pretéritos. Essa classificação é importante para definir qual mecanismo processual será adequado para a obtenção do crédito em hipótese de inadimplemento, já que a dinâmica adjetiva estabelece meios diversos conforme o período compreendido entre o período em atraso e a propositura da execução ou cumprimento de sentença.

Considera-se enquanto urgentes a verba alimentar que compreende os três meses que antecedem o ajuizamento da execução, bem como aqueles que se vencerem no curso do procedimento, à luz do que determina o art. 528, §7º, CPC.

Os alimentos pretéritos, ao seu tempo, detêm conceituação residual, consistindo naqueles que excedem os três meses anteriores à propositura da execução, os quais revestem de caráter indenizatório ante o escoamento da urgência.

No que diz respeito à estabilidade, a obrigação de prestar alimentos poderá ser provisória, quando se fundamenta em um título executivo provisório, proveniente de uma decisão temerária ou sentença não transitada em julgado, hipótese em que a parte deverá manejar o cumprimento em autos apartados, ou definitiva, quando se funda em título executivo judicial ou extrajudicial encoberto pelos efeitos da coisa julgada material.

275 Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1 o Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2 o Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

4 MEIOS EXECUTIVOS

A execução de alimentos constitui modalidade execução de pagar quantia certa contra devedor solvente que em virtude da essencialidade da obrigação é disposta por meios executivos próprios no código de processo civil, seja quando amparada por um título executivo judicial[276] ou mesmo extrajudicial[277], havendo entre os citados dispositivos um paralelismo significativo.

A respeito do foro competente para o processamento da execução que reconhece a exigibilidade de prestar alimentos, compete ao órgão domicílio do exequente processar e adotar os atos para obter a satisfação do crédito, que poderá ser o da prolação da decisão ou diverso[278], além daqueles previstos no art. 516, parágrafo único, CPC.

Verifica-se, portanto, que a competência para o cumprimento da decisão que condena a prestar alimentos não se sujeita à regra da *perpetuatio iurisdiccionis*, de maneira que não é só o juízo originário da causa que se legitima ao processamento da respectiva execução (JÚNIOR, 2019, p. 116).

O diploma processual faz clara distinção entre as duas espécies de procedimentos executivos disponíveis, das quais os jurisdicionados poderão se utilizar segundo o título em que seus direitos encontrarem-se salvaguardados. Se judicial com caráter definitivo, poderão valer-se do cumprimento de sentença, cujo processamento se dará nos mesmos autos que deu origem à decisão exequenda; e na hipótese de decisão interlocutória, a consecução dos atos executórios ocorrerão em procedimento apartado, a fim de evitar tumultos processuais em virtude do desenrolar da fase cognitiva ou mesmo recursal.

Sobre o processo executivo propriamente dito, tem-se que a ritualística adjetiva transverte de juridicidade determinados negócios jurídicos, os quais poderão socorrer-se dos préstimos da jurisdição estatal para a obtenção forçosa de tal crédito, amparando-se em título denominado por extrajudicial[279] que contenha a obrigação de prestar alimentos, ao exemplo de acordos lavrados perante a defensoria pública, ministério público ou perante advogados constituído pelas partes.

Com dito acima, há certa sincronicidade entre as duas modalidades executivas de modo que a distinção reside na figura do sincretismo processual, porquanto no cumprimento tem-se senão a continuidade de uma fase processual, enquanto na execução inaugura-se um processo próprio para obter-se a satisfação do crédito, e em ocasião disto a regularização da rela-

276 Vide art. 528 – 523, CPC
277 Vide art. 911-913, CPC
278 Vide art. 528, §9º, CPC
279 Vide Art. 784.

ção processual existente entre as partes necessariamente perpassará pela necessidade de citação do devedor e não somente de sua intimação, como no cumprimento.

Os meio executivos disponíveis são semelhantes em ambas modalidades, com a exceção do protesto do pronunciamento e da constituição de renda que estão intrinsecamente vinculados à concepção da decisão proferido pela órgão jurisdicional e condicionada, pois, ao cumprimento de sentença ou decisão interlocutória.

Ademais, o Código de Processo Civil determina que diante da ausência de disposições expressas no processo de execução, aplicar-se-ão as regras dispostas ao cumprimento de sentença. À vista disso, o presente estudo centrará esforços em meios executivos disponíveis aos jurisdicionados para a obtenção do crédito alimentar, dada a essencialidade da obrigação exequenda.

4.1 Desconto em folha

O Código de Processo Civil prevê a possibilidade de descontar os valores inerentes ao débito alimentar em atraso diretamente da folha de pagamento do devedor, caso possua vínculo formal de emprego ou mesmo, se servidor público, em quantas parcelas forem necessárias à satisfação da dívida[280].

À vista disso, resta ao órgão jurisdicional a incumbência de especificar os valores e o tempo de duração dos abatimentos, bem como a conta para efetuar os depósitos, que não excederão ao importe correspondente a 50% (cinquenta por cento) dos proventos líquidos do alimentante, considerando-se no cômputo os alimentos vincendos, caso o exequente opte por recebê-los desta maneira (DIDIE; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 728).

Apesar da omissão legal, sempre que o profissional liberal for comprovadamente remunerado pelo seu trabalho de forma estável e periódica, é admissível oficiar ao pagador para que realize o devido desconto em tais pagamentos (NEVES, p. 1319, 2018). Busca-se, senão, meio direto e efetivo para solver a dívida alimentar dada a sua urgência, de modo que, existindo saldos mensais e precisos por parte devedor, surgirá a possibilidade do desconto diretamente na fonte.

O supracitado meio executivo se afigura, portanto, enquanto exceção à regra da impenhorabilidade de vencimentos, soldos e salários, prevista no art. 833, inc. IV, inclusive já consolidada no mesmo dispositivo, o qual determina que o referido comando não será aplicado à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem[281].

280 Vide Art. 529, CPC.

281 Vide art. 833, §2º, CPC

Trata-se em essência de medida sub-rogatória, que pode ser aplicada tanto no cumprimento de sentença quanto na execução de alimentos. Pondera-se, ainda, que muito embora o código não estabeleça ordem de preferência expressa entre os meios executórios, tem-se que o desconto em folha detém certa predileção em relação à prisão civil por tratar-se de medida menos onerosa e ainda mais eficaz para a satisfação do débito alimentar, isso porque não restringe-se unicamente à coerção meramente psicológica do devedor (ABELHA, 2019, p. 512).

Assim, depreende-se que o supracitado mecanismo executório desposta como meio eficaz para obtenção do crédito alimentar ante a liquidez e solvibilidade dos proventos regularmente auferidos pelo devedor de alimentos, ainda mais por salvaguardar o adimplemento das parcelas vincendas, que serão percebidas em conjunto aos valores atrasados, se deste modo desejar a parte alimentada.

4.2 Expropriação ou Constrição patrimonial

O rito expropriatório, por seu turno, obedecerá aos ditames previstos no art. 523 e segs. do CPC, seguindo-se a tramitação dos procedimentos previstos para coerção patrimonial em execução por quantia certa[282].

Desse modo, o executado será intimado para adimplir o débito de forma voluntária no prazo de quinze dias, podendo neste prazo impugnar o cumprimento de sentença ou decisão interlocutória e opor embargos à execução, a depender da espécie do título em que se ampara a obrigação de prestar alimentos, caso não o realize.

Escolhido o rito da constrição patrimonial, a parte exequente não poderá trilhar o caminho inverso com a adoção da coerção pessoal[283], isso porque a medida mais gravosa deve restar clara desde o início da execução, a fim de que o exequido possa promover a defesa que lhe for mais eficaz, à luz do que estabelece os princípios do contraditório e ampla defesa, cujo limite de incidência é restrito na execução.

O credor de alimentos não é obrigado a utilizar a via da constrição patrimonial em detrimento do rito da prisão civil, conquanto este se mostre mais rápido, célere e eficaz em razão de seu teor de pressão psicológica. À vista disto, a expropriação só é realmente indicada naqueles casos de flagrante liquidez do executado, isto é, se possuidor de patrimônio hábil a suportar o valor do débito exequendo (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 730).

A impugnação do executado, via de regra, não detém efeito suspensivo, que poderá ser concedido pelo juiz, quando houver o preenchimento dos requisitos previstos em lei, caso em que o exequente poderá requerer

282 Vide art. 528, §§8º e 9º, 523 e segs, 530 e 831 e segs

283 Vide art. 528, §8º, CPC

o prosseguimento do feito, apresentando caução[284] ou, na inviabilidade de ofertá-lo, levantar mensalmente o valor da prestação alimentícia[285].

Desse modo, tem-se que recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de qualquer defesa não obsta que o credor receba mensalmente a importância correspondente à prestação alimentícia, sendo tal prerrogativa inerente às próprias necessidades de quem recebe os alimentos, visto que, de modo periódico, necessita dos valores para manutenção de sua subsistência (MOUZALAS; NETO; MADRUGA, 2017, pág. 972).

No cumprimento de decisão provisória[286], o exequente poderá levantar os valores depositados em juízo, independentemente de caução, salvo se sua dispensa ocasionar dano grave de difícil ou incerta reparação. Uma vez levantada a quantia, atente-se pela irrepetibilidade dos alimentos, assim, não há que se falar em retorno ao *status quo* com o ressarcimento de valores ou mesmo responsabilidade objetiva do credor, caso a decisão seja anulada ou reformada.

A dívida alimentar prefere a todas as outras civis e fiscais, afinal visa à tutela do direito à vida. É crédito que antecede todos os outros, contando inclusive com garantia patrimonial mais extensa e profunda: os salários e verbas análogas, que via de regra são impenhoráveis[287] e o bem de família, igualmente penhoráveis em execução de alimentos, inclusive, nos indenizativos.

4.3 Protesto do pronunciamento judicial ou coerção indireta

*O P*rotesto do pronunciamento judicial, como mencionado anteriormente, não poderá ser utilizado no processo de execução propriamente dito, mas, tão somente, no cumprimento de sentença ou decisão interlocutória; traduz-se enquanto meio de coerção indireta consistente em publicizar formalmente a situação de inadimplemento do devedor de alimentos, conquanto sua utilização não conduz à satisfação do débito.

A coerção indireta poderá ser utilizada tanto no provimento definitivo quanto no provisório[288], a ser realizado *ex officio* e independente do acolhimento da justificativa oportunizada pela parte executada[289], objetiva pressionar psicologicamente o executado a cumprir a obrigação.

Pondera Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 117) que o protesto do pronunciamento judicial não constitui meio executivo, mas apenas forma de coação, de maneira que o ato não impede a penhora de bens do devedor e

284 Vide art. 525, §10º, CPC
285 Vide art. 528, §8º, CPC
286 Vide art. 521, CPC
287 Vide art. 833, IV e §2º
288 Vide art. 528, §1º, CPC
289 Vide art. 528, Caput e §§3º e 7º

o prosseguimento dos atos executivos propriamente ditos. Por isso mesmo, vem associado com outros mecanismos de constrição, seja pessoal ou patrimonial.

Em oposição ao referido entendimento, discorre Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1319), que o protesto judicial, muito embora possua caráter de coerção indireta, constitui meio executório tanto que a regra adjetiva fez questão de prever sua utilização na execução de alimentos em tópico próprio, não a subordinando à regra genérica prevista no art. 517, CPC.

O presente estudo filia-se à última corrente por compreender que para caracterizar um meio executivo não é necessário que sua forma de coação conduza imediatamente à satisfação do débito, tanto que a prisão civil, à semelhança do protesto, se utiliza de meios indiretos para a obtenção do crédito.

4.4 Prisão Civil ou Constrição pessoal

É cediço que a atividade executiva é essencialmente patrimonial, isto é, via de regra recai sobre os bens do executado e não sobre sua pessoa, consoante estabelece o art. 789, CPC (CÂMARA, 2016, p. 296). Entretanto, tal disposição não se aplica às obrigações que reconhece a exigibilidade de prestar alimentos, isso porque a Constituição Federal prevê a possibilidade de prisão civil nestes casos por inadimplemento voluntário e inescusável do devedor [290].

Desse modo, no rito da prisão civil ou da constrição pessoal, o devedor é intimado ou citado para adimplir com os valores devidos no prazo de três dias, considerando-se as três prestações anteriores à propositura da execução ou cumprimento de sentença, bem como aquelas a se vencerem no curso do processo, surgindo, a partir daí, três possibilidades previstas em lei[291]:

A primeira hipótese consiste no pagamento integral do débito em atraso, o que acarretará ao executado o dever de pagar também as custas e honorários advocatícios, dando ensejo à extinção da execução, com esteio no art. 924, inc. em virtude do adimplemento da dívida.

A segunda possibilidade estabelece que o executado poderá alegar e provar que já cumpriu a obrigação, que em regra se dá também pelo pagamento integral, admitindo-se, ainda, outras formas menos frequentes, tais como a transação, novação etc. Caso acolhida a referida alegação, a execução também será extinta.

Na terceira conjectura prevista pelo regramento processual civil, o executado poderá apresentar justificativa aduzindo as razões que geraram

290 *Vide art. 5º, LXVII, CF*

291 Vide artigos. 528 e 911, CPC

a impossibilidade absoluta em adimplir com os alimentos devidos, hipótese em que poderá haver a conversão do rito para o expropriatório, consoante decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido[292].

Ressalta-se que somente a impossibilidade absoluta de adimplir com o débito exequendo induz ao acolhimento da justificativa com a possibilidade do afastamento da prisão civil do devedor. Assim, alterações em sua capacidade econômica advindas, por exemplo, da constituição de nova família, nascimento de um novo filho ou desemprego não são considerados motivos hábeis a escusar-lhe da obrigação alimentar outrora estabelecida, conquanto na execução não há campo para dilação probatória, sendo recomendável, nestes casos, que o alimentante ajuíze ação revisional, a fim de readequação o encargo devido a sua realidade.

O não acolhimento da justificativa, a recusa do exequente no parcelamento do débito e o adimplemento parcial induzem a decretação da prisão civil do devedor pelo prazo de até 90 (noventa) dias, cuja reprimenda deverá ser cumprida em regime fechado. Caso o magistrado pretenda exceder aos 30 (trinta) dias de reclusão, deverá fazê-lo de forma fundamentada, consoante entendimento firmado pelo STJ.

Ressalta-se, ainda, uma quarta hipótese não expressa na lei, que é a completa inércia do devedor ao procedimento executivo, isto é, sendo ele regularmente cientificado dos termos reivindicados pelo credo, não apresenta justificativa e nem mesmo comprova o pagamento integral da dívida, tal conduta, de modo semelhante à recusa da justificativa e ao adimplemento parcial, conduz à decretação de sua prisão civil.

A prisão civil é medida coercitiva grave, que se justifica diante da proteção à vida do credor. Por isso, não se mostra plausível seu emprego nos casos em que as prestações alimentícias vencidas passam a ter caráter preponderantemente patrimonial, desvinculado da finalidade para a qual foram fixados (MEDINA, 2017, pág. 707), isto é, quando excedem os três meses anteriores à propositura da execução, consoante determina o art. 528, CPC c/c Súmula 309 do STJ.

Há divergência entre o disposto no CPC e o que dispõe o art. 19 da lei de alimento, em que se estabelece que a prisão civil do devedor ocorrerá por no máximo de 60 dias, de modo que um primeiro entendimento compreende que a execução de alimentos provisionais ocorrerá por um a três meses, enquanto os definitivos por, no máximo, sessenta dias; um segundo entendimento prefere a aplicação do CPC, com o prazo de três meses independentemente de tratar-se de obrigação definitiva ou provisória, havendo uma terceira que alinha-se no sentido da aplicação da lei de alimentos para ambas as espécies, ao menos, o art. 528, §3º, CPC, prevê o período mínimo de um mês e o máximo de três meses.

292 Resp. nº 185.040 – SP

Discorrem Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidieiro (2017, p. 665) que não há nenhuma justificativa para limitar-se o prazo da prisão civil a 60 (sessenta) dias, tal como estabelecido no art. 19 da lei, 5.478/1968, isso porque o conteúdo do direito aos alimentos em qualquer dos casos em nada difere para que se legitime tal discriminação, pelo que compreende-se que tal disposição fora tacitamente revogada com o advento do CPC/15, porquanto impõe distinção arbitrária entre situações iguais, o que viola o postulado normativo da igualdade.

Em se tratando de preso advogado, não terá direito a ser recolhido em sala de Estado-Maior ou, na sua ausência, em prisão domiciliar, prerrogativa limitada à prisão penal, de índole punitiva, consoante Informativo 551/STJ, 3ª turma HC 305.805-GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13/10/2014.

A Prisão Civil em razão do inadimplemento do débito alimentar não tem cunho satisfativo tampouco punitivo, constituindo apenas um mecanismo de pressão sobre a vontade do devedor, tratando-se de meio de coerção psicológico. De modo que, mesmo preso, o executado continua a ser devedor das prestações vencidas e vincendas[293], de modo que assim que adimplido o débito, o executado deverá imediatamente ser posto em liberdade ou mesmo sustar-se os efeitos do comando prisional outrora proferido.

Parcela majoritária da jurisprudência compreende que a prisão civil do devedor não pode dar-se de ofício pelo juiz, tampouco por manifestação do Parquet quando atuar enquanto fiscal da lei, dependendo, portanto, da expressa requisição do exequente[294].

Há entendimento consolidado na jurisprudência no sentido de que somente o inadimplemento dos alimentos legítimos induz a adoção da medida de coerção pessoal do executado, isso porque estes são fixados conforme o binômio possibilidade/necessidade (NEVES, 2016, p. 1315).

À vista disto, presume-se que a inobservância da obrigação legítima decorre da má-fé de quem deveria prestá-los, ao contrário dos alimentos indenizatórios[295], os quais são delimitados exclusivamente com base no prejuízo ocasionado pelo dano, de modo que o devedor poderia ter sua liberdade cerceada por ocasião de sua pobreza, raciocínio como dívidas trabalhistas, honorários advocatícios etc.

Ademais, o STJ alinha-se no sentido de que em sendo diminuído o valor dos encargos devidos a título de alimentos fixados provisoriamente por sentença, as prestações vencidas aptas a ensejar a prisão do devedor devem tomar como base de cálculo o menor valor fixado por sentença, sendo[296], de

293 Vide art. 528 e 911, CPC

294 Vide informativo 391/STJ, 3º T. HC 128.229-SP, rel. Massami Uyeda,j. 23.04.2009

295 O conceito de alimentos indenizatórios foi abordado no item 3 deste estudo.

296 Vide Informativo 531 STJ

certo, plenamente cabível a prisão por ocasião do inadimplemento dos alimentos provisórios [297].

A seu turno, o STF compreende que, havendo sucessão de execuções de alimentos, a prisão só será admitida na primeira, isso porque **o decreto prisional expedido contra o devedor abrange todas as prestações alimentícias que se vencerem, no curso do processo, até o cumprimento do prazo de prisão estabelecido no decreto[298].**

Divisa-se que a lógica processual é justamente evitar que o exequente, já vulnerável diante do inadimplemento, seja compelido a propor várias execuções pelo mesmo rito para ter seu direito satisfeito, impedindo, do mesmo modo, a ocorrência de possíveis tumultos processuais, que, igualmente, obstaculizariam o implemento da obrigação por meio da coerção psicológica.

A prisão poderá ser renovada quando da persistência no inadimplemento do devedor, tantas vezes quanto necessária a sua coerção psicológica e conquanto se trate de novas parcelas em atraso após a ameaça ou a efetiva decretação de sua prisão civil.

4.5 Constituição de renda

Prevê o art. 533, Caput, do CPC, que proferida sentença que reconhece direito a uma prestação alimentícia indenizativa, poderá o juiz, a requerimento do exequente, condenar o executado a constituir um capital, cuja renda assegurará o cumprimento da obrigação.

O capital poderá ser representado por imóvel, direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, aplicação financeira em banco oficial ou título da dívida pública[299], que permanecerão sob domínio do executado, apesar de se tornarem inalienáveis e impenhoráveis para demais credores (salvo os de prestação alimentícia), além de constituir-se em patrimônio de afetação.

Refere Cassio Scarpinella Bueno (2017, p. 635) que desponta enquanto temática controversa a possibilidade de combinação desta verdadeira garantia de pagamento com as demais técnicas executivas específicas da obrigação de prestar alimentos, isso porque, nos casos de alimentos indenizativos, o problema pode não se resumir à garantia de pagamento futuro, mas sim à necessidade de pagamento presente, sem prejuízo da constituição de capital na forma estabelecida pelo art. 533, a adoção de outros meios executivos previstos nos demais dispositivos deste Capítulo.

À vista disto, compreende-se pela viabilidade de se exigir os alimentos indenizatórios pelas demais vias executivas abordadas neste estudo, salvo

297 Vide Informativo 535 STJ

298 **STJ – HC 39902/MG 2004/0168400-1, Terceira Turma, Relator: Minª Nancy Andrighi, julg. em 18/04/2006, DJ 29.05.2006, p. 226; REVPRO, v. 143 p.232.**

299 art. 533, §1º, CPC

pela prisão civil ou rito da constrição pessoal, alinhando-se ao entendimento firmado pelo STJ (online, 2020), de tais encargos não são fixados conforme o binômio possibilidade/necessidade, mas, tão somente, para reparar a ocorrência de danos, não estando, por vezes, em consonância a capacidade econômica do devedor.

Não há uma ordem legal de preferência entre os mecanismos supracitados, cuja escolha restará a cargo do exequente, busca-se senão o que melhor se adéque ao adimplemento do débito alimentar perseguido, inerente à sobrevivência do exequente. A recusa imotivada em fornecer os alimentos na forma estabelecida no título judicial ou extrajudicial poderá configurar crime de abandono, consoante prenuncia o art. 244 do Código Penal.

5 ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Estabelece o art. 139, IV, CPC que "incumbe ao magistrado adotar 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", inaugurando a cláusula geral de atipicidade dos meios executivos.

A referida cláusula geral traduz forte tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, originando uma espécie de poder geral de efetivação, que autoriza ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de coerção direta, sejam de coerção indireta (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 100). Partido-se do pressuposto de que as modalidades executivas devem ser compatíveis às necessidades de tutela das diferentes situações de direito substancial.

Muito embora a execução de alimentos tenha à disposição meios especiais próprios a obtenção do crédito, o presente estudo alinha-se no sentido de que tal disposição normativa é aplicável aos referidos casos, isso porque a cláusula geral da atipicidade dos meios executivos abrange ainda mais as possibilidades do credor de ver seu direito satisfeito, conduzindo à efetivação do processo e à satisfação do bem da vida almejado com a prestação jurisdicional.

Pondera Flávio Tartucce (2020, online) que, no **âmbito dos alimentos, tem-se compreendido que todas as medidas previstas em lei para a efetivação do recebimento do crédito alimentar, a exemplo da prisão civil do devedor e em regime fechado, estão em rol meramente exemplificativo (numerus apertus), admitindo-se as citadas medidas atípicas.**

Entretanto, a referida cláusula deve ser analisada com cautela sob a consequência de ser utilizada como forma de penalizar a parte executada pelo inadimplemento, tergiversando sua finalidade que consiste, pois, na coerção do exequido por meios diretos ou indiretos a satisfazer a obrigação exequenda.

Sobre o tema, referem Lênio Streck. Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (2017, online):

> Não há dúvidas de que nossa execução sempre foi o calcanhar de aquiles do sistema processual, pela praxe do "ganhou (no processo de conhecimento), mas não levou" (na fase de cumprimento ou execução). Todavia, isso não permite uma interpretação que busque, sem maior reflexão, resultados desconectados das balizas constitucionais. Ou seja: partimos da tese – obedecendo a integridade do art. 926 – de que o CPC jamais daria "carta branca" para o juiz determinar medidas aptas para que a obrigação fosse cumprida.

Depreende-se, assim, que a cláusula geral de atipicidade dos meios de execução detém caráter subsidiário e não desonera o magistrado de exercer seu dever de fundamentação substancial[300], o que significa dizer que só deverá ser aplicada quando as medidas executivas preexistentes se mostrarem ineficazes diante do caso concreto, devendo o comando obedecer aos ditames relacionados à proporcionalidade, menor onerosidade, máxima efetividade e contraditório efetivo.

Utiliza-se com frequência como medidas executivas atípicas na execução de alimentos a suspensão da carteira nacional de habilitação e passaporte, desconto de valores em cartão de crédito, inobstante não exista uniformidade na jurisprudência a respeito da viabilidade de implementar tais providências, uma vez que os tribunais divergem sobre se a incidência destes constituiria ou não impedimento ao exercício do direito de ir e vir.[301]

Entretanto, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça por meio de decisão proferida no Resp nº 1.854.289, consolidou entendimento no sentido de que é **possível decretar a suspensão da CNH e do passaporte de devedor, desde que esgotados os meios típicos de cobrança de crédito e mediante decisão devidamente fundamentada[302].**

300 Art. 489, §1º, CPC.

301HC 2183713-85.2016.8.26.0000, 30ª Câmara Direito Privado TJSP, relator Des. Marcos Ramos, j. 29/03/17.

HC 0431358-49.2016.8.21.7000, 8ª Câmara Cível TJ/RS, Des Ricardo Moreira Lins Pastl.

302 Sobre o tema ver ainda: **STJ, REsp 1.733.697/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.12.2018,DJe13.12.2018**

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se, portanto, que a execução de título judicial ou extrajudicial que reconhece a exigibilidade de prestar alimentos favorece aos jurisdicionados todo um aparato de mecanismos processuais voltados à obtenção do crédito de forma célere e efetiva, porquanto sua essencialidade para a subsistência do credor, desonerando o ente Estatal de prestá-lo em sua integralidade ou parcialmente, ante a existência do princípio constitucional da solidariedade.

A referida obrigação pode ter origem em diversas relações jurídicas, mas mais comumente decorrente do vínculo parental, para qual há expressa possibilidade da prisão civil do devedor na hipótese do inadimplemento voluntário e inescusável, de forma menos frequente poderá ter caráter indenizatório como forma de reparar a ocorrência de danos, circunstância em que o credor poderá se valer da garantia de recebimento instrumentalizada por meio da constituição de capital.

Ao patrono do exequente cabe aferir dentre os meios executivos disponíveis o que despontará enquanto mais eficaz para a satisfação do bem da vida perseguido, considerando-se a sistemática específica preconizada para cada meio executivo, tendo-se em consideração que a enxurrada de requerimentos com a fusão de mais de uma medida poderá ensejar a demora da prestação jurisdicional, ante a ausência de objetividade e precisão quanto ao reivindicado.

Sob este aspecto, tem-se que a clareza processual na fase executiva é pressuposto indissociável para o exercício regular dos corolários constitucionais da ampla defesa e do contraditório, isso porque, como visto, a ritualística de prazos e formas de atos processuais se alteram conforme o meio executivo adotado pelo exequente, que podem se restringir a constrição patrimonial, mas com aptidão, de igual modo, de suprimir a liberdade do devedor ante a persistência no inadimplemento.

Inobstante a execução de alimentos seja detentora de uma série de prerrogativas em detrimento às demais obrigações, tendo, inclusive, preferência em relação a outros créditos, seu regular processamento deverá observar os princípios norteadores da fase executiva, tais como: menor onerosidade, efetividade, cooperação, boa-fé processual, proporcionalidade, adequação.

Deste modo, incumbe, igualmente, ao devedor de alimentos, parte executada na relação processual, agir em consonância com a boa-fé processual e em cooperação com exequente, polo presumivelmente prejudicado em razão do inadimplemento da obrigação necessária à manutenção de sua mantença, de modo que condutas tidas por incompatíveis poderão ser sancionados como atos atentatórios à dignidade da justiça.

Portanto, a dinâmica processual do CPC/15 vislumbra consolidar maior segurança jurídica aos jurisdicionados, de forma a obterem em tempo razoável o bem da vida almejado com a máxima efetividade dentro das circunstâncias inerentes ao caso concreto, para isto, incorporou alguns entendimentos outrora inseridos somente na jurisprudência, como a possibilidade de aplicar a prisão civil na execução civil fundada em título extrajudicial, bem como inseriu outras, como o alargamento do período de reclusão.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Brasília, DF: Presidência da Republica, 202. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 jan. 2020.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 23 jan. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: execução. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 6 v

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

JUSTIÇA em Números 2020: ano-base 2019. Brasilia: Cnj, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em: 22 jan. 2021.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2016. 3 v.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2017.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. Processo Civil. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual De Direito Processual Civil. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PRISÃO civil não abrange devedor de alimentos de caráter indenizatório decorrentes de ato ilícito. 2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04092020-Prisao-civil-nao-abrange-devedor-de-alimentos-de-carater-indenizatorio-decorrentes-de-ato-ilicito.aspx. Acesso em: 23 jan. 2021

STRECK, Lenio Luiz.; NUNES, Dierle.; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, versão digital.

TARTUCE, Flávio. **A utilização de medidas coercitivas atípicas do art. 139, inciso IV, do CPC nas ações de família em tempos pandêmicos e pós-pandêmicos**. 2020. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1463/A+utiliza%C3%A7%C3%A3o+de+medidas+coercitivas+at%C3%ADpicas+do+art +139%2C+inciso+IV%2C+do+CPC+nas+a%C3%A7%C3%B5es+de+fam%C3%ADlia+em+tempos+pand%C3%AAmicos+e+p%C3%B3s-pand%C3%AAmicos+. Acesso em: 22 jan. 2021.

ASPECTOS DA EXECUÇÃO EM LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Brenda Karla Evangelista Gomes
Mestranda em Direito (UFC)
Advogada (OAB-CE nº 44.192)
Consultora jurídica na COEPA (Prefeitura de Fortaleza)

1 LITÍGIOS ESTRUTURAIS

1.1 Conceito e características

Litígios estruturais podem ser definidos como espécies de litígios coletivos que surgem em razão da forma como uma estrutura burocrática opera (VITORELLI, 2021, p. 56).

Diferente do que ocorre no litígio tradicional, onde há uma notória bilateralidade, nos litígios estruturais ocorre uma multiplicidade de interesses que se interrelacionam sobre o objeto do litígio, sendo essa uma das suas características mais marcantes (ARENHART, 2019, p. 799).

Outro ponto marcante que os diferencia é que, enquanto na estrutura tradicional processual, ao cessar a violação ao direito, resolve-se o problema, nos litígios estruturais só há efetividade com o uma alteração estrutural na instituição onde ocorreu a violação, sob pena de que o problema persista.

Ante a atuação do juiz na busca pela estruturação de uma instituição, faz-se necessário desmitificar a rigidez do princípio da separação de poderes, a fim de que a função jurisdicional possa ser exercida de modo a atender o princípio do acesso à justiça (ARAÚJO, 2019, p. 864).

No entanto, embora existam características específicas, a existência de litígios estruturais não é algo novo no direito brasileiro, embora somente recentemente tenha se ampliado o debate acerca de uma teoria dos processos estruturais no Brasil.

O que ocorre é que muitos litígios estruturais, sem uma adequada teoria dos processos estruturais que embasassem seu desenvolvimento e execução, resultam em sentenças esvaziadas de efetividade. Acerca da efetividade, destacam-se as clássicas lições de José Carlos Barbosa Moreira:

> a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resul-

> tem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema (...)
>
> d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento (BARBOSA MOREIRA, 1995, p. 197-198).

Assim, a busca pela efetividade em litígios estruturais resulta em processos estruturais de alta complexidade, que exigem a tutela de interesses diversos e colidentes, inclusive dentro do mesmo polo processual, motivo pelo qual as atenções da doutrina voltaram-se para o aprofundamento do seu estudo.

Nesses casos, o conflito não se resume a uma pretensão de A, que se sujeita à resistência de B. Na realidade, normalmente haverá a concorrência de diversos interesses, de uma multiplicidade de sujeitos com pontos de vista concorrentes ou divergentes, que merecem ser ouvidos e ponderados para a adequada solução do litígio (ARENHART, 2019, p. 800).

1.2 Litígios irradiados

Como os processos estruturais se inserem no contexto dos processos coletivos, convém analisar a classificação de tutela coletiva proposta por Edilson Vitorelli a partir de um marco teórico sociológico, empiricamente verificado, considerando dois indicadores: complexidade e conflituosidade.

A complexidade trata-se da variável que considera as possibilidades da tutela adequada de um direito. Quanto maior o número de formas de alcançar um determinado objetivo, maior a sua complexidade. Por exemplo, a tutela do meio ambiente envolve, muitas vezes, a possibilidade de aplicação de variadas técnicas científicas (VITORELLI, 2019, p. 273).

A conflituosidade leva em consideração o grau de dissenso existente entre os integrantes da sociedade titular do direito litigioso. Ou seja, o grau de dissenso entre aqueles que, mesmo estando no mesmo polo processual, desejam receber forma diferente de tutela jurisdicional do seu direito (VITORELLI, 2019, p. 273).

A partir desses dois indicadores, o autor divide os processos coletivos em três categorias: litígios globais, litígios locais e litígios irradiados. Os litígios globais dizem respeito à sociedade como um todo, mas sem lesar a um indivíduo específico, tal como ocorre na tutela ambiental a uma região desabitada. Nesses casos, há baixa conflituosidade (VITORELLI, p. 36, 2021).

Por outro lado, os litígios locais são aqueles que afetam sociedades coesas, unidas por laços identitários de solidariedade social, emocional e territorial, tais como os litígios relacionados às terras indígenas. Nessas si-

tuações, há um leve aumento na conflituosidade, mas os laços que unem os indivíduos envolvidos pelo sentimento de identidade resultam em uma certa uniformidade em suas pretensões (VITORELLI, p. 35, 2021).

Por fim, há os *litígios irradiados*, entendidos como aqueles que ocorrem quando a lesão afeta, de modo desigual, uma sociedade diversificada e que se encontra em subgrupos. É nesse grupo que se inserem os litígios estruturais.

1.3 Outros aspectos importantes nos litígios estruturais

Um aspecto importante e necessário à compreensão da temática é a distinção de processo civil de interesse público e processo estrutural. O processo civil de interesse público volta-se para a transformação da esfera público-governamental, com a criação ou implementação de direito novo ou de conduta estatal nova, pela via dos precedentes obrigatórios, do controle de constitucionalidade ou do processo coletivo, em favor de toda a sociedade (VITORELLI, 2021, p. 83).

Entre eles, há três principais diferenças: 1) O processo civil de interesse público não implica a reestruturação de uma instituição; 2) Os processos de interesse público podem ser conduzidos por outras vias que não seja o processo estrutural, tal como no controle abstrato de constitucionalidade; 3) Os processos estruturais não necessariamente se voltam contra o Estado, podendo abranger entes privados (VITORRELI, 2021, p. 82).

Assim, não obrigatoriamente será necessário um processo estrutural para a tutela judicial de um litígio de interesse público, assim como poderão existir processos estruturais que não sejam de interesse público.

Além disso, destaca-se a possibilidade de os litígios estruturais também poderem ocorrer em estruturas privadas, tanto aquelas que prestam serviços públicos, ou de utilidade pública, como aquelas que possuem estruturas integralmente privadas (VITORELLI, 2021, p. 56).

1.4 A sentença estruturante e o plano de transformação estrutural

A decisão judicial no âmbito de um processo estrutural não é prolatada ante uma estrutura clássica do processo civil brasileiro, mas, sim, perante relações jurídicas complexas (ARAÚJO, 2019, p. 844). Em razão disso e das demais características expostas nos tópicos anteriores, a decisão estrutural é um instrumento de natureza de norma jurídica individualizada estrutural.

Assim, tem-se que, além da tradicional decisão destinada às partes envolvidas, de forma impositiva e coercitiva, também é composta por uma "decisão matriz", que se desmembra em várias decisões (decisões em cascata), onde haverá uma pluralidade de providências com o fim de

alcançar mudanças estruturais nas instituições (ARAÚJO, 2019, p. 853-854). Sobre a parte dispositiva da decisão, destaca-se:

> Não há, objetivamente, a declaração de quem é o direito e a atribuição de determinado bem da vida a uma das partes, mas, sim, há uma construção de um postulado mais genérico e abrangente, apresentando a necessidade da tutela jurisdicional, dando suporte a posteriores provimentos com imposição de medidas a serem observadas/implantadas/executadas pelas instituições, "Poderes", sujeitos envolvidos, em determinado lapso temporal, a fim de que haja alteração substancial de determinada prática que está ocasionando a violação de direitos (ARAÚJO, 2019, p. 2019).

Por essa razão, para a adequada remodelação que se deseja realizar na instituição, o pedido deve conter um plano de transformação estrutural (VITORELLI, 2021, p. 258), onde deve constar os parâmetros técnicos para a atuação da instituição, com providências para a estruturação do setor, da forma mais adequada ao caso concreto.

A elaboração desse plano é de suma importância para a efetividade do direito pleiteado, que deve ocorrer mediante a estruturação necessária à conformação social por meio da implementação do plano de transformação estrutural.

Essas especificidades irão reverberar diretamente na execução da decisão, o que torna a execução da decisão judicial ainda mais complexa do que a fase de conhecimento, conforme se detalhará adiante.

2 EXECUÇÕES ESTRUTURAIS

2.1 As características de uma execução estrutural

Uma execução é estrutural quando busca reordenar uma instituição pela via da jurisdição (VITORELLI, 2021, p. 78). Nesse sentido:

> A decisão estrutural (*structural injuction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos (DIDIER, 2016, p. 380).

É importante iniciar a seção com essa afirmativa, pois, conforme a definição aqui adotada, uma execução que possua uma ou outra característica comuns nos processos estruturais não é uma execução estrutural se não tiver a finalidade de rearranjar uma instituição por meio da atividade satisfativa jurisdicional.

É necessário que não se confunda execuções complexas com execuções estruturais. Mesmo que uma execução possua multiplicidade de partes e desenvolvimento por etapas, só é possível falar em execução estrutural se houver a necessidade de reordenar uma instituição pela via da jurisdição (VITORELLI, 2021, p. 78).

Conforme exposto anteriormente, nos processos estruturais, a execução da decisão judicial é ainda mais complexa do que a parte cognitiva. Isto porque, para modelar a estrutura de uma instituição pela via judicial, impõem-se obrigações de fazer a diversos sujeitos responsáveis pela estruturação da instituição.

Assim, no estudo do tema apresentado, percebe-se na execução o ponto de maior complexidade e flexibilização no desenvolvimento do processo judicial. Dessa forma, seu estudo se justifica pela necessidade do aprimoramento da busca pela efetividade processual, especialmente em demandas de interesse público.

As determinações necessárias à implementação de medidas estruturais podem exigir uma multiplicidade de comportamentos de diversos atores envolvidos, o que exige do julgador que execute a decisão a partir da escolha do melhor caminho apresentado na situação concreta.

2.2 A dificuldade na implementação das medidas estruturantes

A implementação da decisão abre ao julgador normalmente um leque de possíveis caminhos para sua implementação no momento da execução, pois não existe uma previsão específica em lei que permita ao julgador limitar o seu âmbito de atuação. Desse fato decorrem diversas críticas aos processos estruturais, principalmente por aqueles que consideram uma interferência do Poder Judiciário na atividade legislativa.

Por essa razão, é preciso que o magistrado sempre esteja atento à necessidade de que o processo seja permeado pela participação dos atores envolvidos e afetados pelas mudanças estruturais, sendo este o melhor caminho para tornar o processo mais democrático.

Dentre os desafios para essa efetividade, temos que o mecanismo de reestruturação no qual é pautada execução estrutural visa efetivar, em vez de uma conduta isolada a uma parte específica, um conjunto de medidas para ajustar comportamentos futuros (VITORELLI, 2021, p. 65).

Além disso, a multipolaridade características dos processos estruturais torna a implementação do plano e avaliação dos resultados uma atividade complexa, assim como a negociação.

Para o enfrentamento desses problemas, o juízo conta com a flexibilização a possibilidade de flexibilização procedimental, além da busca por

uma solução negociada com a participação e colaboração do réu (VITORELLI, 2021, p. 76-77).

Na flexibilização procedimental, faz-se necessária a releitura de alguns dogmas processuais individualistas com o escopo de executar as decisões condenatórias que estabeleçam prestações de fazer complexas (SIMÕES; FREITAS; RANGEL, 2020, p. 525).

Em razão da alta complexidade do processo estrutural, a sua execução é igualmente complexa e envolve ações executivas que se adéquem às especificidades da demanda. Por exemplo, a divisão da execução em fases, ou a constante reavaliação do plano de estruturação da instituição destoam da execução tradicional.

A constante mutabilidade dos processos estruturais, mesmo após o início da execução, é outro ponto relevante a ser considerado. Em razão da demora habitual no andamento do processo, o cenário encontrado pelo julgador na fase de conhecimento ao reconhecer determinado direito material é diferente daquele encontrado pelo julgador no momento da execução. Dessa forma, exige-se uma frequente modelação da execução e concomitante exercício cognitivo e executivo.

Por isso, é preciso fazer um juízo de ponderação entre a razoável duração do processo e o princípio democrático, para que sejam ouvidos e atendidos de forma ampla aqueles que desejem participar do processo, mesmo que isso torne o andamento do processo mais demorado.

2.3 Possíveis caminhos para uma execução estrutural efetiva

A doutrina aponta a necessidade de soluções negociadas, com ampla participação das partes envolvidas, assim como de outras partes que não participaram do processo de conhecimento, mas que fazem parte da estrutura necessária à implementação da execução, torna a fase satisfativa complexa e multiforme.

No entanto, a faceta dialógica da execução estrutural é necessária, pois torna mais democrático o processo de reestruturação da instituição, tendo em vista que as consequências, muitas vezes, impactam um grande número de pessoas e uma diversidade de situações fáticas nas quais elas se encontram (VITORELLI, 2021, p. 77).

Embora haja um razoável consenso entre a necessidade de ampliação da participação de vários atores no desenvolvimento de um processo estrutural, há algumas barreiras para a concretização dessa necessidade.

Os dois principais problemas são a limitação dos instrumentos previstos na legislação processual brasileira para essa "intervenção" e a inadequação da estrutura processual normalmente prevista para lidar com grandes quantidades de sujeitos participantes em um processo (ARENHART, 2019, p. 802).

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vanessa Mascarenhas de. **A sentença estruturante e o pleno acesso à Justiça:** em busca da adequada solução dos litígios coletivos complexos e da efetividade das políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Feliz (Org.) Processos estruturantes. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Feliz (Org.) Processos estruturantes. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Efetividade do processo e técnica processual.** Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Vol. nº 7. Rio de Janeiro: 1995. Disponível em: < http://www.ablj.org.br/revistas/revista7/revista7%20JOSE%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20Efetividade%20do%20Processo%20e%20tecnica%20processual.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021.

DIDIER, Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol.4. Processo Coletivo. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

SIMÕES, S. S.; FREITAS, J.; RANGEL, C. d. P. **O processo estruturante como meio de alcance da igualdade formal: um caminho para o desenvolvimento.** Revista da Presidência. Brasil, vol. 22, n. 128, out.2020-jan.2021.

VITORELLI, Edilson. **Litígios estruturais.** In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Feliz (Org.) Processos estruturantes. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

VITORELLI, Edilson**. Processo Civil Estrutural:** teoria e prática. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil anotado. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 163. Ou ainda: "*Dentro do Estado Constitucional, um Código de Processo Civil só poder ser compreendido como um esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva*" (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Comentários ao código de processo civil. v. 1. Artigos 1º ao 69. São Paulo: revista dos Tribunais, 2018, p. 58.).

A EXECUÇÃO DA SENTENÇA COLETIVA

Edilson Santana Gonçalves Filho
Defensor público federal, professor e escritor. Foi defensor público do estado do Maranhão. Especialista em Direito Processual e mestrando em Direito (UFC). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC), liderado pelo Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr. Publicou, dentre outros, os livros *Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos: teoria e prática*, *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: sua vinculação às relações entre particulares* e *Custos Vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*, este último em coautoria.

1 INTRODUÇÃO: NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A EXECUÇÃO CIVIL

O processo, hodiernamente, é pensado a partir das premissas do novo modelo de Estado Democrático de Direito, fundado pela Constituição Federal de 1988. Trata-se de dar enfoque ao processo civil constitucional, reforçando a proteção dos direitos a partir da criação de procedimentos adequados, de um processo justo, não exclusivamente patrimonialista, como exigência de direitos fundamentais.

Neste contexto, defende-se a existência de um direito fundamental à execução, é dizer, à efetividade do provimento judicial que determine ao executado o cumprimento dos deveres ou das obrigações determinados em juízo, ou, em outros termos, à tutela processual adequada, efetiva e tempestiva. Portanto, há um direito fundamental à execução do crédito para o exequente, que decorre do direito constitucional à propriedade ou, mais especificamente, de adquirir a propriedade mediante a execução. Porém, ele não o ocorre a qualquer custo, de forma que existe, de outro lado, a proteção do devedor, como decorrência, também, de direitos fundamentais, como a dignidade humana e o processo justo. Além disso, a própria amplitude do direito à prioridade acaba abarcando o devedor, que, da mesma forma, possui o direito de manutenção da propriedade mediante a efetiva tutela, que consiste, como já afirmado, na execução adequada, tempestiva e efetiva.

Historicamente, a execução revela uma busca pelo equilíbrio da tensão entre direitos do credor e do devedor, tendo como ingredientes o interesse público, a observância da lei e a autonomia privada. Percebe-se, ainda, especificamente quanto ao Brasil, um caminho, em direção à atipicidade dos meios executórios – hoje prevista como poder-dever do juiz no artigo 139, IV, do CPC - e à adequação dos meios à tutela dos direitos de forma adequada, efetiva e tempestiva, com influência dos modelos de *common law*. Além dis-

so, verifica-se a relativização da distinção entre cognição e execução como característica da execução moderna, superando gradativamente a doutrina que afirmava que cognição e execução deveriam ser tratadas como atividades judiciais distintas.

Com efeito, a atividade executiva relaciona-se com a Constituição e com os direitos fundamentais, dentro do fenômeno da irradiação dos valores constitucionais ao processo, falando-se em direito fundamental ao próprio procedimento (seja judicial ou administrativo)[303]. A atividade de execução civil, portando, deve servir à tutela do direito, permitindo ao mesmo tempo a observância das garantias do exequente, do executado e do interesse estatal na atividade mais eficiente e mais econômica. Pode-se afirmar, assim, que na execução existem e devem ser observados direitos fundamentais tanto do devedor quando do credor, de forma que cabe ao ordenamento disciplinar um procedimento que busque o equilíbrio.

Com o Código de 2015, consolidam-se as alterações que haviam ocorrido com as alterações do CPC de 1973, prosseguindo o caminho que rumou para a atipicidade dos meios executórios e para a adequação dos meios à finalidade do processo (a tutela dos direitos adequada, efetiva e tempestiva), verificando-se, também nesta seara, a generalização das astreintes, para a tutela dos diversos tipos de obrigações, inclusive de pagar quantia, cujas influências, neste último aspecto, segundo Zaneti Jr.[304], vêm do modelo francês.

O modelo de execução e cumprimento de sentenças adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro resulta da combinação entre a atipicidade da execução (artigo 139, IV), o poder geral para efetivação das tutelas provisórias (artigo 297, parágrafo único) e o regime de cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial (artigo 513 combinado com 771, sendo todos os artigos mencionados do Código de Processo Civil).

Quanto ao cumprimento de sentença, o CPC/2015 - Título II do Livro I, Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença - seguiu a linha das reformas do CPC/1973, de forma que não há mais a exigência de processo autônomo para a execução de título executivo judicial. As exceções estão no artigo 515, §1º do código, quando haverá processo autônomo e a necessidade de citação. A execução por processo autônomo ficou reservada aos títulos executivos extrajudiciais - Livro II, Do Processo de Execução.

Nada obstante, há intercambialidade entre o cumprimento de sentença e o processo de execução. O direito fundamental processual à tutela

303 "A ideia de procedimento tornou-se determinante na evolução do direito público na última década, e a participação procedimental passou, ela mesma, a ser um direito fundamental. A ideia de procedimento faz-se indissociável dos direitos fundamentais" (PASSOS, J. J. Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1984, vol. X, Tomo I, p. 77-78).

304 ZANETI JR., Hermes. Comentários ao código de processo civil: artigos 824 ao 925. v. XIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 27.

executiva é derivado do direito à organização e ao procedimento, devendo ser efetivado por meio de um modelo executivo adequado e efetivo à satisfação do direito material, mediante a combinação de todos os dispositivos do procedimento de execução (cumprimento de sentença e execução autônoma). Ambos consistem em atividade executiva que se completam, supletiva e subsidiariamente, um ao outro, criando o modelo de execução no direito brasileiro, o que já é indicado pela remissão entre os artigos 513 e 771 do CPC (integração entre a execução-cumprimento de título judicial e a execução-autônoma de título extrajudicial). Destarte, apesar das diferenças entre o processo de execução autônomo e a execução fase (cumprimento), quando necessário, a tutela executiva típica poderá ser adequada para garantir a efetividade da execução, combinando meios executivos de procedimentos distintos.

Hermes Zaneti Jr. aponta cinco mudanças essenciais que fazem que tenhamos atualmente um novo processo de execução: *(1)* atipicidade dos meios executivos (art. 139, IV, CPC); *(2)* negócios processuais típicos e atípicos (art. 190, CPC); *(3)* incentivo à autocomposição a qualquer tempo durante a execução (arts. 139, V e 515, § 2.º, CPC); *(4)* precedentes normativos formalmente vinculantes que disciplinam o procedimento executivo (arts. 926, 927 e 489, § 1.º, V e VI, CPC); *(5)* justiça eletrônica com meios de *e-justice* para a atuação mais ágil, econômica e desburocratizada das atividades executivas (a exemplo da penhora on-line, dos arrestos e bloqueios on-line e das buscas on-line)[305].

2 O REGIME JURÍDICO DA EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS COLETIVAS

Os ensaios para a reunião das normas procedimentais da tutela coletiva em um só diploma legal, até o presente momento, foram frustradas. Como efeito, não existe um Código de Processo Coletivo no Brasil, embora tentativas para isso não tenham faltado, nenhuma, até hoje, com sucesso, de forma que a organização do sistema coletivo brasileiro continua a ser realizada de maneira descodificada, porém, constituída por meio do *microssistema processual da tutela coletiva* – também chamado de *minissistema* ou de *sistema único coletivo* –, através do qual diversos diplomas legais se comunicam com pretensão de harmonia para sistematizar os princípios e as regras sobre o tema, o que tem ocorrido, especialmente, graças ao incansável trabalho doutrinário em torno da temática.

A reunião de normas distribuídas por inúmeras leis espaças é, portanto, o que informa o processo coletivo brasileiro, a partir do núcleo duro

305 ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao código de processo civil*: artigos 824 ao 925. v. XIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 55.

formado pelas leis 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), além da integração de diversas outras, como as leis 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 7.853/1989 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência), 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 7.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários), 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), disposições das leis que regem os legitimados coletivos, como a Defensoria Pública (Lei Complementar 80/1994) e o Ministério Público (Lei 8.625/1993) etc. A partir dos artigos 21 da LACP e 90 do CDC, que funcionam como normas de reenvio, possibilita-se o diálogo intercomunicante por meio do qual as leis nutrem a carência de regulação umas das outras. Exatamente aí é que surge a principal dificuldade do sistema, que gira em torno da dúvida sobre se há e qual a norma aplicável ao caso concreto, nem sempre identificável de maneira simples e incontroversa. Se é certo que estas questões envolvem o processo coletivo globalmente, infere-se que a execução das sentenças coletivas está igualmente inserida neste contexto.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, passou-se a afirmar que a aplicação do código processual deixou de ser meramente subsidiária em relação ao microssistema, havendo no seu texto menção expressa às ações coletivas (por exemplo, nos artigos 139, X e 985, I), assim como partes aplicáveis diretamente ao processo coletivo, como os princípios da boa-fé e da cooperação (artigos 5º e 6º), a vedação de decisão não surpresa (artigo 10), os precedentes obrigatórios (artigo 927), entre outros. Em última análise, o CPC passa a ser mais uma fonte normativa do microssistema processual coletivo.

A priori, serve para os direitos coletivos a mesma execução utilizada para tratar dos direitos individuais. A execução se volta à tutela dos direitos mediante execução forçada diante do inadimplemento do executado, envolvendo interesses do credor, quanto à satisfação do crédito; do devedor, na menor onerosidade; e do Estado (ou interesse público), na efetividade do processo. A atividade processual executiva exige um equilíbrio entre eles. Nos processos coletivos, todavia, há especial tutela de interesse público, significando que poderá haver um tratamento diferenciado na execução, como decorrência dos direitos materiais objeto do título executivo, que dirigem a relação material entre exequente e executado, sendo possível, pelo menos potencialmente, mais atividades atípicas na execução, além da possibilidade de convenções, acordos ou negócios processuais que interfiram no direito processual da execução.

A presença do interesse público, assim, traz uma maior exigência de efetividade na tutela dos direitos coletivos, significando que poderá haver um tratamento diferenciado na execução, como, por exemplo, a maior uti-

lização de técnicas atípicas, conformando o processo às peculiaridades do caso concreto.

Na busca pela efetividade do processo coletivo, deve-se realizar o direito com a observância da máxima coincidência entre o que se obtém no processo e aquilo que teria sido obtido se o direito fosse realizado sem o litígio. Entram em cena novos institutos, como as *claim resolutions facilities* (entidades de infraestrutura específica), a execução negociada, a utilização de medidas executivas atípicas e a flexibilização procedimental, que são, também, ingredientes que passam a integrar a receita executória. Neste aspecto, destacam-se os chamados processos estruturais, os quais revelam uma nova tendência no tocante ao trato executório das denominadas sentenças estruturantes, um *lego* de peças que apresenta diversas possibilidades de encaixe, devendo ser agregadas de acordo com as peculiaridades do caso.

É diante deste cenário que deve ser realizada a análise acerca da execução da sentença coletiva.

3 COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA

O atual estado da arte no que se refere à execução de título executivo judicial coletivo aponta para as seguintes possibilidades: *(a)* competência do foro que processou a causa, ou seja, do processo de conhecimento; *(b)* competência do foro do domicílio do exequente, no caso de execução no plano individual da sentença coletiva; *(c)* competência do foro do local dos bens sujeitos à execução; *(d)* competência do foro do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer; *(e)* competência foro do domicílio do executado.

Com efeito, a regra da competência pelo foro que processou a causa (fase de conhecimento) é extraída do artigo 98 do Código de Defesa do Consumidor - CDC, que em seu parágrafo 2º, dispõe ser competente para a execução o juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória.

Aponta-se que a liquidação e a execução da sentença coletiva procedente podem também ser propostas no foro do domicílio da vítima (ou de seus sucessores), no caso de execução no plano individual, com base no princípio do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CF/88) e aplicando-se o artigo 101, I do CDC, que dispõe que a ação *de conhecimento* pode ser proposta no domicílio do autor, como forma de facilitação do acesso à justiça. Parte-se do reconhecimento de que, em alguns casos, haveria extrema dificuldade para parte das vítimas executar a decisão, especialmente considerando danos que atingem pessoas espalhadas por várias regiões, as grandes dimensões do território nacional e os custos envolvidos. Por exemplo, seria dificultoso,

senão impossível, para uma pessoa residente no interior do Estado do Amazonas acionar o juízo que proferiu a sentença no Rio Grande do Sul. Haveria patente vulnerabilidade processual geográfica, mostrando-se necessário se invocar algum modo de superação deste obstáculo.

Os argumentos acima são ainda reforçados pelo artigo 516 do Código de Processo Civil - CPC, que permite a escolha, pelo exequente, entre os foros do juízo: que decidiu a causa; do atual domicílio do executado; do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução; do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer; casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

Segundo Zaneti Jr. e Didier, as opções do artigo 516 do CPC poderão ser utilizadas tanto na execução individual da sentença coletiva quanto na execução coletiva, realizada pelos legitimados coletivos[306]. Pelo menos quanto à hipótese de execução no plano individual da sentença coletiva, o entendimento foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, que, no REsp 1.243.887 (Corte Especial, rel. min. Luis Felipe Salomão, j. 19.10.2011), decidiu que "a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário".

A partir deste arcabouço, surge, portanto, de forma geral, a existência de foros concorrentes para processar a execução coletiva, visando conferir-lhe maior eficácia, podendo o exequente escolher entre as possibilidades previstas no artigo 516 do CPC somadas às do 98 e 101, I do CDC. *Em suma,* como anotado no início deste tópico, surgem as seguintes possibilidades para a execução: foro que processou a causa; foro do domicílio do executado; foro do local dos bens sujeitos à execução; foro do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer; foro do domicílio do exequente, no caso de execução no plano individual da sentença coletiva.

Sobre o tema, há ainda um aspecto importante, enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal - STF na PET 6.076 (QO /DF, rel. min. Dias Toffoli, Pleno, j. 25.4.2017), relativamente à interpretação do artigo 102, I, m, da Constituição Federal. O dispositivo dispõe competir à Corte processar e julgar, originariamente, a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais.

Na decisão, entendeu-se que nem sempre competirá ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a execução individual de sentenças genéricas de perfil coletivo com trâmite originário na Corte, inclusive aquelas proferidas em sede mandamental. Em certos casos, a atribuição caberá aos órgãos judiciários competentes de primeira instância, considerando-se que o cumprimento da sentença perante as instâncias ordinárias tem o condão

306 Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 554.

de aproximar a execução dos eventuais beneficiários, o que facilita o exercício do direito já reconhecido no julgado. Leitura apressa desta decisão, todavia, pode levar ao entendimento de que jamais competirá originariamente ao STF a execução individual de sentenças genéricas de perfil coletivo. Da análise do inteiro teor, todavia, conclui-se que a execução de sentença nas causas de competência originária constitui prolongamento da análise já realizada pela Corte com base nas regras de competência para a ação de conhecimento, que são estabelecidas no artigo 102 da Constituição. Assim, a definição da competência do STF para executar o julgado se justificará, somente, se presente a manutenção da razão que justificou a competência (originária) para o exame da demanda até a prolação da sentença, é dizer, da fase de conhecimento. Na PET 6.076, a ação foi julgada pela Corte originariamente em razão da autoridade coatora, em mandado de segurança coletivo, ser o Tribunal de Contas da União, o que atraiu sua competência, nos termos do artigo 102, I, CF/88. A execução, todavia, não contaria com a participação do TCU, tampouco exigiria qualquer atuação daquela Corte de Contas, entendendo-se que não competia ao STF a execução.

4 LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA COLETIVA E A LIQUIDAÇÃO IMPRÓPRIA

A decisão proferida no processo coletivo pode dar ensejo à execução coletiva, promovida por qualquer legitimado extraordinário coletivo. Neste caso, tem-se o cumprimento de sentença coletiva. É também possível que haja a execução individual, proposta pela vítima ou seus sucessores.

A incompletude da decisão ilíquida deve ser integrada mediante o procedimento de liquidação, que constitui uma etapa de complementação da atividade cognitiva e preparação para a atividade executiva, a fim de tornar a sentença apta à execução, especialmente no que se refere às decisões que impõem o pagamento de quantia, mas, não somente, podendo ser aplicável à decisão condenatória, desde que ilíquida. Ainda quanto à primeira (condenatória), não há que se falar em liquidação quando houver necessidade de mera elaboração de cálculos, podendo, neste caso, o exequente promover, desde logo, a execução.

São duas as modalidades de execução previstas no Código de Processo Civil, ambas dependentes de requerimento das partes (credor ou devedor): a liquidação por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação; e a liquidação pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

A liquidação pode ocorrer como atividade do mesmo processo, por meio de processo autônomo ou através de um processo incidental. A pri-

meira é a regra. Assim, a liquidação da decisão coletiva será buscada, em geral, em uma etapa processual específica, sem que exista a necessidade de instauração de outro processo. Na sentença que verse sobre direitos individuais homogêneos e no transporte *in utilibus* da sentença em processo envolvendo direitos difusos, todavia, a execução individual será realizada por cada titular do direito em processos autônomos. É possível, ainda, que a liquidação ocorra através de um incidente processual, por meio da chamada liquidação incidental da execução. Exemplifica este caso o enunciado 541 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, dispõe: "A responsabilidade que trata o art. 854, § 8º, é objetiva e as perdas e danos serão liquidadas de forma incidental, devendo ser imediatamente intimada a instituição financeira para preservação do contraditório".

No caso da decisão coletiva que envolva direitos individuais homogêneos, não se busca somente definir o *quantum debeatur*, mas, também, procura-se identificar quem são os titulares do direito, ou seja, as vítimas dos danos causados. Por isto, afirma-se que no âmbito coletivo há "liquidação imprópria". Note-se que a sentença que fixa a reparação de danos envolvendo direitos individuais homogêneos será genérica, como dispõe o Código de Defesa do Consumidor – CDC, em seu artigo 95 (em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados). Neste caso, em que serão apresentadas as peculiaridades dos titulares dos direitos individuais, a liquidação poderá ser realizada: pela vítima ou seus sucessores, individualmente, por meio de processos autônomos; ou pelo legitimado extraordinário coletivo, que procederá à identificação dos credores, nos termos do artigo 97 do CDC, em atividade dentro do mesmo processo no qual se proferiu a decisão.

5 EXECUÇÃO DA SENTENÇA COLETIVA

A *execução (lato sensu) da sentença no processo coletivo* pode ser promovida pelos legitimados coletivos, inclusive por aquele que não tenha sido autor da ação de conhecimento (artigo 15, LACP). É possível, também, que haja execução por um indivíduo. A decisão proferida em processos coletivos pode dar ensejo, portanto: à *execução coletiva*, promovida por qualquer legitimado extraordinário coletivo, caso em que promoverá o *cumprimento de sentença coletiva*; à *execução individual*, proposta pela vítima ou seus sucessores.

Pontua-se, de início, que ocorrendo concurso de créditos decorrentes de condenação coletiva e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento (artigo 99, CDC).

O Código de Processo Civil se utiliza da expressão *cumprimento de sentença*, ao referir-se à execução de título judicial, que deve ocorrer como atividade de um mesmo processo. É dizer, a concretização do que foi definido pelo Juízo (na etapa de conhecimento) deve ocorrer, nos termos do CPC, no mesmo processo. Com efeito, o Código trata como um só processo as atividades de conhecimento e de execução (vide, no código, Livro I: Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença). Até mesmo para o cumprimento de certas decisões interlocutórias o CPC adota a forma "cumprimento de sentença", a exemplo do que ocorre com o cumprimento provisório de tutelas provisórias (artigo 297, parágrafo único, CPC) e de multas (artigo 537, §3º, CPC). O processo executivo autônomo fica reservado aos títulos executivos extrajudiciais (vide, no código, Livro II: Do Processo de Execução). Não há razão para que tal regramento não seja aplicado ao processo coletivo, de forma que a execução coletiva da sentença coletiva deve ocorrer como atividade do mesmo processo, por meio de *cumprimento (coletivo) da sentença coletiva*. Todavia, no tocante à execução individual de sentença coletiva, pelas vítimas, tem-se que a concretização como atividade em um mesmo processo poderia gerar tumultuo processual, além de, em tese, ser possível que a execução ocorra em juízos diversos do que proferiu a decisão, inclusive concomitantemente. Neste último caso, portanto, haverá *execução (individual) da sentença coletiva*, ou seja, processo autônomo em relação ao original.

5.1 Execução individual de sentença coletiva

A *execução individual,* pela vítima ou seus sucessores, no caso das pretensões que versem sobre direitos difusos e coletivos em sentido estrito, ocorre a partir do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, ou seja, por força do transporte da coisa julgada coletiva para o plano individual (artigo 103, §3º, CDC). No tocante aos direitos *individuais homogêneos*, poderá o prejudicado, ou seus sucessores, individualmente, promover a execução da sentença (artigo 97, CDC).

Segundo tese repetitiva firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, "o prazo prescricional para a execução individual é contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, sendo desnecessária a providência de que trata o artigo 94 da Lei n. 8.078/90". Ou seja, para o STJ, a situação é diversa da que ocorre na propositura da ação, onde haverá publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social. No caso do início do prazo prescricional para a execução individual, portanto, isto não se faz obrigatório (STJ. REsp 1388000/PR. Primeira Seção. Data do Julgamento: 26/08/2015).

Ainda com relação aos direitos individuais homogêneos, se decorrer o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível

com a gravidade do dano, poderão os colegitimados promover *a* liquidação e a execução da indenização devida. O produto desta execução, denominado de *fluid recovery*, inspirado no modelo norte-americano da *class action*, reverterá para um fundo, chamado de *Fundo de Defesa dos Direitos Difusos* (FDD – artigos 100 do CDC e 13 da LACP). Tratando-se a reparação fluida de uma liquidação residual, com legitimação extraordinária subsidiária, o STJ entendeu que não se pode reputar iniciado o prazo de um ano sem que haja a publicação de edital dando publicidade à decisão, cientificando os interessados acerca da sentença (REsp 1156021/ RS. Quarta Turma. Data do Julgamento 06/02/2014; REsp 869583 / DF. Quarta Turma. Data do Julgamento 05/06/2012).

Aponta-se para a possibilidade de substituição do *fluid recovery* por medidas alternativas atípicas de satisfação que busquem trazer maior efetividade, como a criação de fundos específicos para determinados grupos atingidos, alteração em estruturas da empresa condenada, redução temporária de preços de produtos etc.

5.2 Cumprimento coletivo de sentença coletiva

Já o *cumprimento da sentença coletiva* pode ser promovida pelos legitimados extraordinários coletivos, tanto no caso de pretensões que envolvam *direitos difusos e coletivos stricto sensu*, quando em demandas envolvendo direitos *individuais homogêneos*, nesta última hipótese abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções (artigo 98, CDC).

Note-se que, neste último caso (individuais homogêneos), a execução coletiva (ou, mais tecnicamente, o cumprimento de sentença coletiva) somente é assim denominada por ser proposta por um legitimado coletivo, considerando que seu objeto se compõe por pretensões individuais.

No caso do cumprimento da decisão coletiva envolvendo direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, dispõe a lei que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais (Fundo de Defesa dos Direitos Difusos), sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (artigo 13, Lei 7.347/85). Há também menção ao Conselho Local (leia-se, Municipal), no parágrafo 2º da Lei 7.347/85, que trata das verbas decorrentes de acordo ou de condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica. O regramento de cada fundo é regulado por normas do respectivo ente (por exemplo, o fundo federal é regulamentado pelo Decreto 1.306/94 e pela Lei 9.008/95). Como visto, também será destinada a esse fundo a indenização fluída (*fluid recovery*).

Importante que se observe o dever de congruência temática entre os valores destinados ao fundo de defesa de direitos difusos e sua aplicação. Por exemplo, valores obtidos em decisão que envolva lesão aos direitos consumeristas devem ser destinados a programas de proteção dos consumidores. O mesmo ocorrerá com relação ao meio ambiente e a outros temas. Neste contexto, a redação do artigo 13, §2º da Lei da Ação Civil Pública trouxe disposição expressa que dispõe neste sentido para o caso de acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica, quando a prestação em dinheiro será utilizada para ações de promoção da igualdade.

Por fim, há regra expressa no sentido de que decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que o autor coletivo lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados (artigo 15, Lei 7.347/85).

6 PRESCRIÇÃO PARA A EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA

O enunciado 150 da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dispõe "prescrever a execução no mesmo prazo de prescrição da ação". A lei da ação popular (4.717/1965), por sua vez, fixa o prazo de cinco anos para a prescrição. O dispositivo (artigo 21) é claro ao afirmar que "a ação prevista nesta lei prescreve em cinco anos".

Considerando que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo ser aplicável à ação civil pública, por analogia, o prazo prescricional de cinco anos previsto no artigo 21 da lei da ação popular 4.717/65[307], (artigo 21), é possível concluir que no que tange à execução da decisão coletiva tem prevalecido o prazo prescricional quinquenal[308].

Também no caso da execução individual será de cinco anos o prazo prescricional[309]. Como já anotado, no caso de ação coletiva para tutelar interesses individuais homogêneos o objetivo é a obtenção de um título executivo judicial que terá execução preferencialmente individual, proposta pela vítima, por seus sucessores ou por um legitimado extraordinário coletivo, sendo possível, ainda, de forma residual, a execução fluida (*fluid recovery*).

O prazo prescricional para o ajuizamento das execuções individuais não correrá, todavia, enquanto pender discussão sobre a legitimidade dos colegitimidados para promover a execução coletiva. O ponto chegou ao Superior Tribunal de Justiça em caso envolvendo o debate entre um sindicado e uma associação, tendo a Corte decidido que fica impedida a fluência da

307 Entre outros, AgRg nos EREsp 1070896/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 25/4/2013.
308 STJ, Terceira Seção, AgRg nos EmbExeMS 4.565/DF, j. 28.04.2010.
309 STJ, REsp 1273643/PR, Segunda Seção, DJe 04/04/2013.

prescrição para ajuizamento de execução individual quando pendente discussão sobre a legitimidade dos sindicados e entidades de classe para a execução coletiva. Assim, o prazo prescricional somente será contado a partir da publicação da decisão que resolva a controvérsia acerca da legitimidade de um dos entes legitimados à execução, já que, em sentido contrário, os titulares de direitos individuais que não promovesse a execução individual (à espera da execução coletiva após a discussão) teriam prazo maior do que aqueles que decidiram executar individualmente[310].

A ampla publicidade à decisão coletiva é medida salutar à efetivação de direitos, muitas vezes necessária para que se atinja os destinatários da sentença. Subverte a lógica do processo coletivo e viola a economia processual exigir que a parte ajuíze ação individual porque não teve ciência da decisão coletiva que lhe é favorável. O artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar dos *direitos individuais homogêneos*, dispõe que "*proposta a ação*, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor". Destarte, questiona-se se, também no momento da execução individual, a publicação de edital deveria ocorrer.

Conforme já pontuado supra, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que o termo *a quo* da prescrição para a execução individual de sentença coletiva é o trânsito em julgado, sem qualquer ressalva à necessidade de efetivar medida análoga à do artigo 94 do CDC. Assim, com relação à execução individual, o prazo prescricional é contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, sendo desnecessária a providência de que trata o artigo 94 da Lei n. 8.078/90. Para o STJ, a situação é diferente do que ocorre na propositura da ação, onde haverá publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social. No caso do início do prazo prescricional para a execução individual isto não é obrigatório[311].

Note-se que não há impedimento para que, na própria sentença, se determine a publicidade. Em caso no qual a decisão recorrida haja determinado expressamente a divulgação da sentença de forma ampla, na forma do artigo 94 do CDC, a fim dar publicidade aos interessados em promover a liquidação individual, decidiu o Superior Tribunal de Justiça mencionando julgados anteriores da Turma, que sob a égide do CPC/15, o meio mais adequado, eficaz e proporcional de divulgação da sentença da ação coletiva é a publicação na rede mundial de computadores, nos sites de órgãos oficiais e no do próprio condenado, haja vista que a publicidade por meio dos tradicionais jornais impressos de ampla circulação, além de não alcançar o

310 AgRg no REsp 1.240.333-RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 18.10.2012.

311 STJ, REsp 1388000/PR, Primeira Seção, julgamento em 26/08/2015.

desiderato devido, acaba por impor ao condenado desnecessários e vultosos ônus econômicos[312].

Diferentemente das execuções individuais, no caso de execução por *fluid recovery* o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o prazo de um ano para a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano somente pode ser iniciado após a publicação de edital dando publicidade à sentença, cientificando os interessados acerca da decisão[313], de forma que somente após a publicação se inicia o prazo de um ano, a fim de que, ao final, não havendo habilitados em número compatível com a gravidade do dano, possam os colegitimados promover a liquidação e a execução da indenização fluida devida.

7 NOVAS TENDÊNCIAS NA EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES COLETIVAS

Debate que se arrasta até os dias atuais, nada obstante já encontre amplo suporte na doutrina, versa sobre a possibilidade de cumprimento provisório da multa fixada por descumprimento de decisão coletiva. O parágrafo 2º, do artigo 12, da Lei 7.347/85 diz que "a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento". Portanto, de acordo com a redação da Lei da Ação Civil Pública, somente poderia ser executada a multa se, depois de fixada e descumprida, a ação vier a ser julgada improcedente, devendo-se aguardar o trânsito em julgado.

O Código de Processo Civil, todavia, trouxe a possibilidade de se realizar o cumprimento provisório da multa. Segundo o código, somente o levantamento do valor ficará condicionado ao trânsito em julgado (artigo 537, §3º, CPC), permitindo-se que se antecipe todo o procedimento de liquidação e execução, ficando a efetiva transferência do valor à parte condicionada ao trânsito em julgado.

Assim, apesar da vedação legal constante na LACP, vem se defendendo ser possível a execução provisória no processo coletivo, a partir da norma constante no CPC/2015. Ilustra o posicionamento de forte parcela da doutrina especializada o enunciado 627 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que dispõe: "(arts. 297, 537, §3º; art. 12, §2º, Lei 7.347/1985). Em processo coletivo, a decisão que fixa multa coercitiva é passível de cumprimento provisório, permitido o levantamento do valor respectivo após o trânsito em julgado da decisão de mérito favorável".

312 REsp 1.821.688 (Terceira Turma, rel. min. Nancy Andrighi, j. 24/09/2019).

313 REsp 1156021/RS, Quarta Turma, julgamento em 06/02/2014; REsp 869583 / DF, Quarta Turma, julgamento em 05/06/2012.

O cumprimento provisório, portanto, revela uma das novas tendências, a nosso ver, acertada, no âmbito da efetivação das decisões coletivas.

Em processos complexos verifica-se a possibilidade da provocação de terceiros, inclusive pessoas ou entidades privadas, conferindo-lhes responsabilidade pela implementação da decisão judicial ou da autocomposição. Em certos casos, a estrutura é criada a partir da própria decisão. Isto tem sido denominado de *entidades de infraestrutura específica* (ou *claim resolutions facilites*). Nos Estados Unidos tem sido frequente seu uso, há algumas décadas. É o caso de uma Fundação constituída a partir de um termo de ajustamento de conduta, de convênios com empresas privadas ou instituições públicas responsáveis pelo reassentamento de pessoas atingidas ou da contratação, pelo condenado, de fundação ou de projetos do setor privado. Sua constituição pode decorrer, por exemplo, de uma convenção processual ou da delegação de funções jurisdicionais.

O Código de Processo Civil traz a possibilidade de autocomposição na execução (artigo 515, § 2º, CPC), o que se aplica ao cumprimento de sentença e à execução autônoma, por força da intercambialidade (artigos 513 e 771, CPC), inclusive como decorrência do dever-poder do juiz de promovê-la (artigo 139, V, CPC). A "execução negociada" visa ampliar a efetivação das decisões coletivas, sendo exemplo de negócio processual atípico na execução. Com efeito, é possível a realização de negócios processuais durante a execução ou cumprimento de sentença, cuja disciplina está nos artigos 190 e seguintes CPC/2015. Como se verifica da leitura do dispositivo, é possível a estipulação de mudanças no procedimento quando o processo tratar de direitos que admitam autocomposição. No que diz respeito ao processo coletivo, nada obstante haja interesses indisponíveis envolvidos, como no caso de uma ação civil pública, não há, a priori, vedação para que seja realizado o negócio processual. A convenção deverá envolver alguns aspectos processuais, não atingindo o fundo de direito. Com efeito, não há vedação para que seja realizada em uma ação coletiva, como poderia se pensar em uma leitura apressada do dispositivo legal. É importante não confundir direitos que admitem autocomposição com aqueles indisponíveis, porquanto, mesmo nos processos que tenham por objeto direitos indisponíveis é admissível a autocomposição. O objeto da convenção ou da autocomposição, nestas situações, não é o direito material, mas o modo como se dará o seu exercício e, no caso específico do negócio, os aspectos processuais. Neste sentido, é o enunciado 190 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "É admissível a celebração de convenção processual coletiva".

Pela mesma razão, podem os autores de uma ação civil pública, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, assim como a Fazenda Pública, realizar negócio processual em processo que tenha como objeto direitos difusos e coletivos, nada obstante sejam indisponíveis. Neste sentido, dispõem os enunciados 256 e 253 do FPCC, que, respectivamente, afirmam:

"A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual"; "O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte". Isto pode ocorrer, por exemplo, através da construção de um cronograma de cumprimento voluntário para a implementação de uma política pública, o que encontra base nos artigos 191 e 536, §1º do Código de Processo Civil, que trata das medidas atípicas.

Este último exemplo relaciona-se com os denominados processos estruturais, nada obstante eles não se resumam aos casos que envolvam políticas públicas. Embora o problema estrutural seja geralmente visualizado em situações que envolvem a esfera pública, ligando-se a efetivação de direitos fundamentais, a estas não se restringem. Podem, inclusive, se configurar em ações eminentemente privadas, como nas ações de falência, de recuperação judicial, na dissolução de uma sociedade ou fechamento de unidade fabril, exigindo-se, por exemplo, a reorganização da contabilidade da empresa ou dos pagamentos da massa falida.

No âmbito estrutural, também o cumprimento negociado ganha relevância, ao lado de outros instrumentos que, ao cabo, se confundem com a própria compreensão e concepção do problema, do processo e da solução estrutural.

O acentuado desenvolvimento da atividade judiciária como criativa (de normas que obrigam, no mínimo, as partes participantes do processo, o que ganha maior amplitude quando se fala de processos coletivos e estruturais) no século XX é efeito de características e exigências econômicas, políticas, constitucionais e sociais da época contemporânea. Segundo Cappelletti "[s] e trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa -, pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura de instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade"[314].

No tocante aos processos estruturais, aponta-se como *leading case* a decisão tomada pela Suprema Corte americana no caso *Brown* x *Board of Education* em 1954, quando se decidiu ser inconstitucional as divisões raciais entre estudantes brancos e negros em escolas públicas naquele país, considerando que a segregação não era igualitária e violava a cláusula de tratamento não discriminatório previsto na quarta emenda. O processo de alteração no sistema de educação causado pela decisão naquele processo é fenômeno que se denominou de reforma estrutural (*structural reform)*. Nos países periféricos, esta questão ganha relevo diante dos evidentes problemas econômicos e sociais, o que, certamente, explica, em parte, a intensa atividade do Poder Judiciário neste campo em estados como o Brasil, chamado constantemente a resolver casos dessa natureza.

314 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 92.

O processo estrutural envolve a implementação de um estado ideal de coisas, substituindo o estado de desconformidade que caracteriza o problema (estrutural). Referida desorganização pode decorrer ou não de alguma ilicitude (ato ou conduta ilícita). A decisão estrutural adotada visará, portanto, a realização de uma reforma estrutural, ou seja, a reorganização ou reconstrução (de certa organização ou instituição). Assim, é possível, dentro desta perspectiva estrutural, determinar reformas amplas em estruturas institucionais burocráticas, como, por exemplo, a reforma completa no sistema penitenciário.

O conflito estrutural, em geral, é marcado por diversas posições e opiniões que podem até ser antagônicas, caracterizando-se pela multipolaridade, assim como por alta carga de complexidade. Por isso, o processo deve ser aberto à participação de terceiros em todas as etapas, incluindo a atividade executiva. O procedimento, portanto, deve possibilitar esta abertura participativa, garantindo-se maior legitimidade democrática à decisão que será tomada. Neste sentido foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.854.842/CE, na qual se pontou a necessidade de a decisão estrutural ser construída em ambiente colaborativo, garantindo-se a participação democrática, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações do Estado em relação aos anseios da sociedade civil adequadamente representada no processo, por exemplo, pelos *amici curiae* e pela Defensoria Pública na função de *custos vulnerabilis*[315]. O caso envolvia uma ação civil pública.

O processo estrutural tem procedimento bifásico, ou seja, em um primeiro momento define-se e certifica-se o problema e, em uma segunda etapa, adotam-se medidas para a (re)estruturação. A segunda, portanto, se dirige à implementação do novo estado de coisas, à meta a ser atingida, buscando-se a efetivação das medidas necessárias ao atingimento do resultado idealizado.

Embora, em geral, seja um processo coletivo, é possível que também uma demanda individual envolva um problema estrutural, "especialmente quando ocorre o fenômeno da múltipla incidência"[316], ou seja, quando o fato litigioso envolver situações jurídicas que atingem, ao mesmo tempo, esferas individuais e coletivas, incluindo-se as chamadas ações pseudo individuais, quando se tem uma ação individual cuja execução terá alcance coletivo, ou seja, nas quais há impressão de tutela individual, quando, na realidade, tutela-se direito de uma coletividade, casos que envolvam direitos do indivíduo enquanto sujeito pertencente a uma comunidade, como aquele em que um cadeirante ingressa com uma ação contra o poder público para que se

315 Recurso Especial 1.854.842/CE, rel. min. Nancy Andrighi, Teceira Turma, j. 02.06.2020.

316 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Elements for a Theory of the Structural Process Applied to Brazilian Law. *Revista de Processo*. vol. 303/2020, p. 45 – 8, maio / 2020 DTR\2020\6787.

instale equipamentos de acessibilidade em determinado trajeto ou via. Com efeito, o cumprimento de tal decisão irá repercutir na esfera de toda uma coletividade.

A sentença estrutural, com efeito, não esgota a função jurisdicional, senão dá início à segunda etapa ou atividade, de implementação de um novo estado de coisas, por exemplo, fixando-se o tempo, o modo de reestruturação e fiscalização, enfim, o regime de transição entre os estados desconforme e o almejado. Demais a mais:

> [...] é muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a provimentos em cascata, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam. Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase "principiológica", no sentido de que terá como principal função estabelecer a "primeira impressão" sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da "decisão-núcleo", ou para a especificação de alguma prática devida. Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto. Não raras vezes, esses provimentos implicarão técnicas semelhantes à negociação e à mediação[317].

Ainda quanto à execução, é válido notar que o problema estrutural, em regra, apresentará vários meios para que se alcance o estado ideal, que estará fixado como meta a ser obtida, na decisão. Ou seja, em razão da complexidade o problema pode ser resolvido de várias formas.

Os próprios sujeitos do processo podem, visando atingir o fim idealizado, no bojo da atividade executória, atuar cooperativamente, realizar audiências, negociações, apresentar propostas nos autos, inclusive quanto ao tempo, modo e grau de estruturação etc. Não se impede que a própria meta estabelecida seja revista, até que se alcance o estado de coisas ideal, valendo-se, por exemplo, dos artigos 493, 516, §1ª e 139, inciso IV, todos do Código de Processo Civil; das medidas executivas atípicas, como as *claims resolution facilities* (delegação de atividades executivas para entidades de

317 ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *In*: *Revista de processo*. São Paulo, v. 225, 2013. p. 389-410.

infraestrutura específicas, que podem ser constituídas por convenção processual ou por delegação de funções jurisdicionais); da forma dialética na efetivação da decisão estrutural etc..

A isso liga-se a necessidade de certa flexibilização procedimental, permitindo-se certas adaptações no procedimento, de acordo como objeto da ação, o que pode ser alcançado pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, como aquelas que se relacionam com a atipicidade dos meios de prova, das medidas executivas e dos instrumentos de cooperação judiciária e de outros atores do sistema de justiça (artigos 369; 516, §1ª e 139, inciso IV; e 69, todos CPC, respectivamente), visando assegurar que as providências para a efetivação do estado ideal de coisas sejam cumpridas. Com efeito, o processo estrutural se desenvolve em um procedimento marcado pela flexibilidade, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso e de utilização de mecanismos de cooperação judiciária.

Na etapa de cumprimento das decisões estruturais, portanto, defende-se a possibilidade de que se altere os rumos da tutela executiva, com base nas necessidades que se apresentem no processo, utilizando-se, para tanto, da disciplina do artigo 493 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que "[s]e, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão", respeitado o contraditório. Por fim, a própria regra da congruência do pedido (artigos 141 e 492, CPC) e da estabilização da demanda (artigo 329, CPC) ficaria, nos processos estruturais, flexibilizada.

Como já anotado, nas tutelas coletivas há uma função decorrente do interesse público, significando que poderá haver um tratamento diferenciado na execução. A atipicidade dos meios executivos, prevista no art. 139, IV, CPC, em rol não taxativo é aplicável a todas as atividades judiciais previstas no código, e, de forma supletiva, subsidiária e residual, aos demais processos e procedimentos especiais fora do Código (artigo 15, CPC), incluídos os coletivos.

Assim, além de meios típicos (expressamente previstos) como as astreintes, multa por litigância de má-fé, a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além do ajuizamento para responsabilização penal e por improbidade administrativa, vem se admitindo medidas atípicas, como o bloqueio de verbas orçamentárias e outras decorrentes da criatividade dos requerentes. Neste aspecto, considerando a relação dialogal estabelecida entre o CPC/2015 e o microssistema processual coletivo, pode-se, por exemplo, combinar a regra do artigo 139, IV, do CPC, com dispositivos das leis coletivas.

Por fim, tudo parece estar ligado à tendência moderna que gira em torno da ideia de que a Justiça deve oferecer o procedimento mais adequado para cada caso que se apresenta perante o Judiciário, falando-se em *design de litígios*, expressão inspirada nas cadeias comerciais de alta costura, de forma que a execução deve ser pensada como tutela de direitos sob medida (*made-to-measure*) e não mais como modelo único (*ready-to-wear ou one size fits all*).

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro.** In: *Revista de processo*. São Paulo, v. 225, 2013.

CABRAL, Antônio. ZANETI JR., Hermes. **Entidades de Infraestrutura Específica para Solução de Conflitos Coletivos**: Claims Resolution Facilities e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 287, p. 445-483, Jan/2019.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

DA SILVA, José Afonso. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 4v. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro.** Elements for a Theory of the Structural Process Applied to Brazilian Law. *Revista de Processo*. vol. 303/2020, p. 45 – 8, maio / 2020 DTR\2020\6787.

DIDIER Jr., Fredie. ZANETI Jr., Hermes. **Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos.** *International Journal of Procedural Law*, v. 7, n. 2. p. 266-275, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Tutela de urgência nos processos coletivos:** notas e particularidades. *Revista de Processo*, vol. 143/2007, p. 327 – 334, Jan/2007.

Guerra, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righ Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais – sua vinculação às relações entre particulares**. Fortaleza: DINCE – Edições Técnicas, 2009.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública e a tutela coletiva de direitos**: teoria e prática. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Tutela cautelar como garantia fundamental**. *Revista Jurídica Da FA7 (FA7 Law Review)*, Fortaleza, v. 10, p. 21-31, abril/2013.

GONÇALVES FILHO, Edilson; MAIA, Maurílio Casas; ROCHA, Jorge Bheron. **Custos vulnerabilis**: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.

HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. **Delivering Collective Redress**: new technologies. Oxford: Hart, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Liquidação na ação civil pública:** o processo e a efetividade dos direitos humanos, enfoques civis e trabalhistas. São Paulo: LTr, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Bestbook, 2001.

MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, São Paulo: RT, 2016, vol. 1.

MENDES, Conrado Hubner et all. **Ações coletivas no Brasil**: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília, CNJ, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, vol. X, Tomo I.

SILVA, Érica Barbosa e. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho.; GUIMARÃES, Leísa Mara Silva. **Execução invidividual e coletiva**: em busca da tutela efetiva dos direitos individuais homogêneos. In: GIDI, Antônio. TESHEINER, José Maria; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Boracho (org.). **Processos coletivos**: ação civil pública e ações coletivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **O contraditório do executado na nova execução civil**. 2007. *Nomos*, Fortaleza, v. 27, p. 201-226, outubro/2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Considerações sobre a liquidação de sentença coletiva na proposta de código-modelo de processos coletivos para ibero-américa**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 121, p. 149-158, março/2015.

ZAVASCKI, Teori. **Processo coletivo**: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 824 ao 925. v. XIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ZANETI JR., Hermes. **Processo coletivo no Brasil**: sucesso ou decepção? *Civil Procedure Review*, v.10, n.2, p. 11-40, mai.-ago. 2019.

A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL: UM CAMINHO DE TRANSIÇÃO DE SISTEMA JUDICIAL PARA O TABELIONATO DE PROTESTO

Juvêncio Vasconcelos Viana
Advogado
Procurador do Estado do Ceará
Professor Titular da Faculdade de Direito/UFC

Rafael Cavalcante Cruz
Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza; mestre em Economia pela Universidade Federal do Ceará; Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Tabelião.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto uma pesquisa acerca da desjudicialização da execução civil, prevista no modelo proposto pela Proposta Legislativa N. 6.204/2019, em que, diante dos excessivos números da fase de execução no Poder Judiciário brasileiro, visa a indicar um caminho para superar o obstáculo da morosidade e da baixa efetividade para se alcançar o crédito almejado.

No capítulo um, é tratada em apertada síntese a relevância do Poder Judiciário para o Estado Democrático de Direito e a concretização dos direitos fundamentais. Indica-se que sua estrutura seria otimizada para os objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal se fosse dirigido para matérias mais relevantes que não poderiam ser decididas por outros entes.

Em seguida, apresentam-se os dados da justiça em números do Conselho Nacional de Justiça, em que aponta que a fase de execução tem sido uma obstrução para o melhor desenvolvimento da função jurisdição. Com isso, indica-se um modelo alternativo em tramitação no Senado Federal, o qual atribui aos Tabeliães de Protesto na qualidade de Agentes de Execução a condução procedimental do Processo de Execução, que foi baseado na recente experiência portuguesa.

Dessa forma, apresenta-se o modelo proposto no PL N. 6.2014/2019 com suas principais características e peculiaridades que contribuiriam para a problemática da morosidade do Judiciário, bem como sua finalidade de atender aos interesses de se alcançar o crédito almejado nesses procedimentos.

No capítulo dois, são examinadas as principais críticas desse modelo pelos diversos grupos que irão atuar com a matéria, além de verificar as

emendas legislativas já propostas e possíveis soluções para eventual superação dos obstáculos indicados.

No capítulo três, serão investigados os principais desafios para que os 3.500 tabeliães de protesto operalizem a execução extrajudicial. Indicam-se, ainda, soluções para uma transição equilibrada do sistema judicial para o extrajudicial com base nas lições aprendidas com a experiência europeia, em especial a portuguesa. Por fim, as considerações finais elencam os possíveis resultados que a implementação desse novo sistema de execução pode acarretar não apenas para o sistema jurídico, mas, também, para a realidade econômica e social do Brasil.

2 PROPOSTA DO PL N. 6.204: UMA PROPOSTA BRASILEIRA COM BASE EM MODELO DE TRANSIÇÃO DE SISTEMAS DE EXECUÇÃO EUROPEUS

Paulo Bonavides[318] alerta para erosões constitucionais que se tem observado nos modernos Estados Democráticos de Direitos, não obstante após a Constituição de Weimar (1919) e a Constituição Mexicana (1917) terem iniciado a preocupação de uma constituição de Estados Sociais, que depois da segunda guerra mundial foi alçada a uma categoria de Constituições de um Estado Democrático de Direito (Constituição de Bonn, Constituição Portuguesa, Constituição Espanhola e Constituição brasileira de 1988), com previsões de dignidade da pessoa humana, de direitos fundamentais e de promessas constitucionais de uma transformação da realidade social, como diz Konrad Hesse[319], em que a força normativa da constituição deve ser observada e deve concretizar direito na realidade (Friedrich Müller[320]).

Segundo Lenio Streck[321], embora haja todo esse contexto de previsão de direitos constitucionais no Estado Democrático de Direito, o que se tem observado são promessas não cumpridas. Agrava-se a situação ao perceber que a Constituição Federal de 1988, consoante Ingo Sarlet[322], foi uma Lei fundamental que abrigou uma grande quantidade de direitos sociais. Embora diversos Estados considerados sociais não tenham feito menção a tantos direitos sociais, estes Estados, mesmo sem tanta previsão de direitos

318 BONAVIDES, Paulo . **Curso de Direito Constitucional**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

319 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

320 MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais. 2013.

321 STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos, 8(2), 250–302. 2008.

322 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

sociais em suas constituições, podem ser considerados um Estado Social muito mais desenvolvido que o Estado Social brasileiro.

Nesse contexto que se espera do Poder Judiciário a elevada atuação para que a força normativa da Constituição Federal de 1988 seja observada e que se possa concretizar os diversos direitos fundamentais esparramados[323] no texto constitucional. Além da intervenção em situações jurídicas imprescindíveis conforme o comando da constituição para que haja a estabilidade social almejada em qualquer regime. Atuação essa que tem ocorrido em diversas demandas individuais e estruturais.

Todavia, o que se tem observado nas últimas décadas é um exponencial crescimento de demandas judiciais por diversos motivos[324] no território brasileiro. A justiça em número do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aponta que em 2019[325] havia quase 100 milhões de processos; no ano de 2021, são quase 80 milhões de processos dos quais metade são de demandas executivas[326]. O relatório anual do CNJ retrata que a média anual de novas execuções é de cerca de 4 milhões e conclui que o tempo médio de tramitação da execução seria de 5 anos com um custo anual de 5.000 reais por cada processo. Deduz-se que os número indicam que as execuções têm sido um grilhão para o desempenho da nobre função do judiciário, o próprio anuário do CNJ chama as execuções de o "gargalo" do Judiciário.

Nesse contexto, para que o Poder Judiciário possa ter uma otimização[327] na sua atuação, algumas portas alternativas têm sido abertas para que se possa atender aos interesses dos indivíduos sem que eles tenham que acessar a justiça, necessariamente, pela porta do Poder Judiciário (*multidoor*[328]). Diversas desjudicializações vêm ocorrendo nas últimas décadas, tais como: Lei da arbitragem, Lei N. 9.307/1996; Inventário e divórcio extrajudiciais, Lei 11.441/2007; retificação administrativa de registro civil art. 110 da Lei N. 6.015/1973; Usucapião extrajudicial, Prov. N. 65/2017 do CNJ; Paternidade Socioafetiva Prov. 63/2017 do CNJ; Alteração de prenome e gênero Prov. 73/2018 do CNJ; Lei da Mediação, Lei N. 13.140/2015; adjudicação compulsória administrativa Lei 14.382/2022, entre outras. Assim, muitas medidas podem ser reconhecidas como alternativas bem sucedidas

323 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales.** Novena Edición. Madrid: Tecnos, 2007.

324 Hiperjudicialização: HILL, Flávia Pereira. DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL: REFLEXÕES SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 6.204/2019. Revista Eletrônica de Direito Processual. Volume 21, número 3. Set/dez 2020. pp. 164-205.

325 CNJ. Justiça em Números 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf.

326 CNJ. Justiça em Números 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf.

327 PINDYCK, Robert; RUNBINFELD, Daniel, **Microeconomia.** 8 ed. Pearson. São Paulo. 2013.

328 GOLDBERG, Stephen B. SANDER, Frank E. A. ROGERGS, Nancy H. COLE, Sarah Rudolph. Dispute Resolution. 4. Ed. Nova York: Aspen Publishers. 2003.

que atendem ao interesse das partes e contribuem para os objetivos fundamentais da constituição.

Nessa linha, o PL N. 6.204/2019, proposto pela Senadora Soraya Thronicke, busca abrir uma nova porta de acesso à justiça e, caso o modelo seja aprovado, tem o potencial de ser a maior experiência de desjudicialização ocorrida no país, haja vista os supramencionados das execuções. O modelo teve inspiração europeia, em especial na experiência portuguesa de execução extrajudicial (Lei 32/2014 que regulamentou o PEPEX). O modelo teve a participação das pesquisas de alguns especialistas, entre eles de Joel Dias Figueira Junior e membros da Associação Brasileira de Jurimetria.

O modelo se propõe a fazer uma transição da execução do sistema judicial para o sistema extrajudicial. A operacionalização dos procedimentos da execução do requerimento até a extinção seriam conduzidos por Agentes da Execução (tabeliães de protesto) que sob a fiscalização do judiciário teriam atribuição para dar ciência, para buscar bens e fazer constrição de bens no intuito de satisfazer o crédito previsto no título (judicial ou extrajudicial). Isso ocorreria sob a fiscalização do judiciário, que pode ser acionado para responder consultas e ou decidir suscitações de dúvidas.

Ressalte-se que o responsável pelo procedimento que seria o Agente da Execução é um tabelião de protesto, cujo disciplinamento normativo tem envergadura constitucional (Art. 236 da Cf/88), que por meio de concurso público de provas e de títulos foi outorgado pelo Estado uma delegação de serviço público para exercer em caráter privado. Assim, esse profissional do direito dotado de fé pública, cujo desempenho visa a assegurar segurança jurídica, eficiência e publicidade aos atos jurídicos (Art. 3 da Lei 8.935/1994), conduzirá toda a gestão da operação da execução sob a fiscalização do judiciário.

A atividade deste notário[329] é, portanto, um serviço público, que juntamente com seus prepostos (substitutos e escreventes) contratados conforme a Consolidação da Leis Trabalhistas nos termos do art. 20 da lei 8.935/94, segue o tipo do notariado latino, que teve sua origem recente na Europa continental para atender a sociedade brasileira no desígnio de recuperação de crédito. Nesse propósito, os tabeliães recuperaram cerca de 60 bilhões de reais para os credores no ano de 2021, segundo dados do Cartório em números da ANOREG[330].

329 O artigo 5º da Lei N. 8.935/1994 divide os titulares de serventias notariais e registrais, esses profissionais do direito, em tabelião (notário) ou Registradores (oficial de registro), contudo entende-se que o Tabelião de Protesto tem uma natureza híbrida, tanto pratica ato de tabelião como de registrador, uma vez que ele "lavrara" e "registra" o protesto pela redação do artigo 20 da Lei N. 9.492/1997.

330 ANOREG. Disponível em https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2021/12/Anoreg_BR-Cart%C3%B3rios-em-N%C3%BAmeros-2021-3%C2%AA-Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf.

Dessa maneira, os cerca de 3.500 tabeliães de protesto estão capilarizados nos diversos municípios do Brasil, além de ter uma capacidade instalada de produção para recuperar bilhões por anos, a característica da gestão privada permite com célere elastecer a oferta de serviço para se adequar a uma maior demanda. Destaca-se que essa operação não tem nenhum custo para o Poder Público, de outro modo há um recolhimento de valores aos tribunais de justiça em razão da fiscalização que fazem nas serventias extrajudiciais. Nesse segmento, essa operação é custeada por meio dos emolumentos, que de acordo com o Supremo Tribunal Federal tem natureza jurídica de tributo cuja espécie seria a taxa.

Nessa esteira, deve-se apreciar as principais características do projeto de lei. O objeto seria a execução de títulos (com atributos de liquidez, certeza e exigibilidade) judiciais e extrajudiciais (Art. 1º). Portanto, obrigações de valor pecuniário, logo são afastadas as obrigações de fazer, de dar e a execução de dívida alimentar. Antes de iniciar propriamente o procedimento de execução, deve ocorrer o procedimento de protesto do título nos termos da Lei de Protesto (Lei N. 9.492/97), caso após a intimação pelo tabelião de protesto com o pagamento voluntário, ocorrerá o protesto do título em até 3 dias úteis.

Em seguida se dará o início da execução, assim o credor representado por advogado apresentará requerimento (modelos de formulário disponível pela serventia) nos termos do Art. 798 da Lei N. 13.105/2015 e comprovará o recolhimento dos emolumentos iniciais (Art. 9º do PL). O foro será o do domicílio do devedor para os títulos extrajudiciais, ao passo que os títulos judiciais deverão ser processados no foro do juiz sentenciante (art. 7º do PL). Nesse caso, preocupou-se com o eventual direito de defesa do executado durante o trâmite em detrimento de eventual facilidade que ocorreria numa escolha pelo critério do local dos bens do executado. No entanto, o acesso a sistemas eletrônicos tende a facilitar a localização e a constrição dos bens (SISBACEN, Indisponibilidade e penhora *on line*).

Cabe mencionar que não podem ser sujeitos nesse procedimento o incapaz, o condenado preso ou internado, as pessoas jurídicas de direito público, a massa falida e o insolvente civil. Dessa maneira, nesse momento legislativo, estariam excluídas as execuções fiscais (que são responsáveis pelo maior número das execuções no Brasil).

Dessa forma, esses Agentes de Execução terão atribuições para conduzir a totalidade do procedimento de execução nos termos do art. 4º do PL

N. 6.204/2019, a saber: a qualificação[331] inicial do título em que verifica o preenchimento dos requisitos conforme o ordenamento jurídico; verificação e localização dos bens do devedor; a intimação do executado; realização da penhora e expropriação dos bens; realização do pagamento ao exequente; extinção da execução; suspender se não localizar bens suficientes e pode ainda realizar consultas e suscitação de dúvida ao juiz competente.

Assim, os procedimentos supramencionados observarão as regras do processo eletrônico e devem ser publicados no diário da justiça ou no jornal eletrônico (Art. 4º, § 2º). Nesse ponto, em decorrência do Prov N. 87 do CNJ, houve um avanço tecnológico nos procedimentos dos tabeliães que se utilizam de uma central eletrônica nacional (central administrada pela IEPTB, uma associação dos tabeliães), em que os títulos já são recepcionados de forma eletrônica e todos os procedimentos podem ser concluídos de forma eletrônica, portanto o credor atualmente já pode receber seu crédito sem ter que comparecer fisicamente à sede da serventia extrajudicial (Cartório).

Cabe ressalvar que quanto às comunicações seria mais oportuno que fossem realizadas nos diários de justiça de forma que os advogados estariam mais habituados com esse meio de comunicação. Houve, ainda, um avanço no que tange às intimações no período da pandemia. Com o Prov. N. 97/2020 do CNJ, possibilitou-se a utilização de meio eletrônico ou aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz para a realização das intimações, pode-se citar whatsapp, e-mail e SMS. Logo, percebe-se que o intuito da atividade eletrônica tende a dar maior celeridade, além de permitir uma supervisão que resguarde os direitos fundamentais dos usuários (credor e devedor).

Como já referido, houve previsão da obrigatoriedade da presença do advogado, que é indispensável à administração da justiça (Art. 133 da CF/88). Poderia ter se mencionado a presença do defensor público (como forma de fortalecimento institucional), uma vez que fez previsão expressa da apresentação de títulos por beneficiário da justiça gratuita[332] (Art. 5º do PLº). A gratuidade nos serviços notariais e registrais é prevista inclusive na Constituição Federal, como direito fundamental à gratuidade do registro de nascimento e óbito (Art. 5º, LXXVI da CF/88).

331 Com efeito, a *qualificação registral* imobiliária, por destinar-se a dar segurança jurídica, fazendo ingressar nos assentos imobiliários somente os títulos hígidos que houverem suportado exame favorável, não comporta a solução de consultas, controvérsias interpretativas ou divergências de entendimento. Bem por isso, desenrola-se como um juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem à sua inscrição predial, importando no império de seu registro ou de sua irregistração (nesse sentido: Ricardo Dip. «Registro de Imóveis (vários estudos)»; Porto Alegre: IRIB/Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 186).

332 A gratuidade em nosso ordenamento é Direito Fundamental que deve ser concretizado para se possibilitar o acesso à justiça. Art. 5º LXXIV da CF/88: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Ademais, a Lei N. 1.060/1950.

Destarte, as gratuidades podem ser universais (como é o caso do registro de nascimento) ou específicas, caso sejam preenchidos alguns requisitos. No modelo do PL N. 6.204/2019, as gratuidades devem preencher requisito. Se o título for judicial, o benefício da justiça gratuita deve ser obtido no processo de conhecimento, ao passo que se o título for extrajudicial (não houve nenhum processo antes como no caso do cheque ou outros títulos de crédito), cabe ao Agente da Execução verificar o preenchimento dos requisitos dessa decisão. Caberá impugnação.

Nesse ponto, faz-se necessário atenção, pois se exige do exequente que ele comprove que preenche os requisitos legais. Cabe mencionar que o Estado do Rio de Janeiro tinha dispositivo semelhante, que inclusive exigia a comprovação da hipossuficiência com a apresentação do Imposto de Renda; o Supremo Tribunal Federal decidiu que o dispositivo era inconstitucional, pois foi restringido indevidamente o direito à privacidade e à intimidade, além de atingir outras garantias fundamentais[333]. Logo se deve ter muita cautela na forma de exigência na comprovação dos requisitos para a gratuidade do título extrajudicial. Caso o Agente de Execução entenda que não estão preenchidos os requisitos, deve-se consultar o juízo competente para decisão final[334].

Nesse segmento, diversas outras normas tratam da gratuidade nos serviços extrajudiciais, de tal maneira que o CNJ editou o Prov N. 61, que trata de ressarcimento por meio de um fundo de algumas gratuidades previstas em lei, como forma de garantir um equilíbrio econômico-financeiro da serventia. Assim, com base na grande demanda que pode ocorrer na execução extrajudicial, poderia se realizar um estudo sobre a possibilidade de um novo fundo ou o fortalecimento dos fundos já existentes nos Estados que pudesse equilibrar as despesas operacionais com os custos fixos e variáveis pelo atendimento dos serviços abrangidos pela gratuidade, haja vista que nesse caso o Agente de Execução só é remunerado caso haja êxito na execução (atualmente o êxito é de 15% nas demandas), para os demais casos não haveria qualquer remuneração pelo trabalho desempenhado e pela movimentação operacional.

Cabe mencionar que na condução da execução o tabelião de protesto pode ser responsabilizado no âmbito administrativo, civil e criminal. A Lei N. 8.935/1994 em seu artigo 22 estabelece que o tabelião responderá por todos os prejuízos que causarem a terceiros pelos atos pessoais ou de seus

333 STF - ADI 7063.

334 O NCPC em seu art. 98, §8º elenca previsão semelhante ao possibilitar que o titular de serventia extrajudicial questione a gratuidade já concedida no processo nos termos do Art. 98, § 8º do NCPC que diz: "Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.".

prepostos. O Supremo Tribunal Federal fixou a tese N. 777[335] que trata da responsabilidade subjetiva (dolo ou culpa) dos titulares de serventia extrajudicial, além da responsabilidade do Estado. No âmbito criminal, a responsabilidade é pessoal de quem lavrou o ato e no âmbito administrativo os atos contornos disciplinares são fiscalizados pelo juízo competente segundo a lei orgânica de cada Estado.

Ressalte-se a possibilidade de impugnações no trâmite da execução extrajudicial. É possível fazer consultas e suscitações de dúvidas. As primeiras ocorrem quando o Agente de Execução pode consultar o Juízo competente no que tange ao título exequendo e ao procedimento executivo (Art. 20 do PL 6.204/2019). Assim, o juiz possibilitará a manifestação das partes dentro do prazo de cinco dias para esclarecerem as questões controversas, após o juiz decidirá, que será irrecorrível. Nesse caso a ausência de recurso pode fazer com que o Mandado de Segurança se torne um sucedâneo recursal[336].

Desse modo, não obstante a execução migre para um sistema extrajudicial, pode haver o direcionamento e a supervisão do trâmite pelo juiz, isso tende a suavizar a mudança de sistema além de reforçar o controle dos Agentes de Execução pelo Judiciário[337] ao direcionar os embargos ao juízo.

Pode-se citar ainda a figura da suscitação de dúvida, que é um instituto de impugnação pela via administrativa transportado do art. 198 na Lei N. 6.015/1973 (Lei de Registro Público). Ocorre quando o titular da serventia verifica alguma incompatibilidade entre um título jurídico ou uma situação jurídica apresentada e o ordenamento jurídico (qualificação registral[338]), assim essa desarmonização gera uma nota devolutiva com indicações de requisitos preenchidos para que o interessado os sane.

---

335 TEMA N. 777 do STF: "O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa".

336 FARIA, Márcio Carvalho. **Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei 6.204/2019**: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte cinco). Revista de Processo. vol. 317. ano 46. p. 437-471. São Paulo: Ed. RT, julho 2021.

337 Ocorre aqui uma verdadeira supervisão da matéria executiva com a decisão de pontos relavantes sendo decididos pelo juiz, embora este órgão não tenha que gerir todo o procedimento nos atuais 5 anos médios que uma execução demora. Mesmo que possa se imaginar que haja uma atuação do juiz no caso, aparentemente essa atuação seria mais otimizada que o modelo atual.

338 Conceito de qualificação registral por Afrânio de Carvalho citado no CSMSP N. APELAÇÃO CÍVEL: 1000333-57.2021.8.26.0079 ensina que qualificação registral: Visa verificar se o registro de determinado título pode ser promovido em conformidade com os princípios e as normas aplicáveis na data em que admitido seu ingresso, pois como esclarece de Carvalho: "A apresentação do título e a sua prenotação no protocolo marcam o início do processo do registro, que prossegue com o exame de sua legalidade, que incumbe ao registrador empreender para verificar se pode ou não ser inscrito. A inscrição não é, portanto, automática, mas seletiva, porque depende da verificação prévia de estar o título em ordem. Além do título constituir um dever de ofício, o registrador tem interesse em efetuá-la com cuidado, porquanto, se lançar uma inscrição ilegal, fica sujeito à responsabilidade civil" (Registro de Imóveis, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 276).

Nessa esteira, caso o interessado não se conforme com as exigências indicadas, pode suscitar dúvida[339] para que o juízo competente analise o caso e verifique se as exigências são cabíveis ou não.

Contudo, na execução extrajudicial, a suscitação de dúvida ocorre quando as decisões do Agente de Execução forem suscetíveis de causar prejuízo. Nesses casos, o interessado pode requerer ao próprio Agente a suscitação de dúvida no prazo de 5 dias (Art. 21). Caso este não reconsidere a decisão, se dará oportunidade da outra parte se manifestar e o juiz decidirá de forma irrecorrível. Novamente, nesse caso a ausência de possibilidade de recurso pode gerar um aumento do uso de Mandado de Segurança como sucedâneo recursal.

A Emenda Constitucional N. 45 criou o Conselho Nacional de Justiça em 2004. No decorrer desse tempo, o CNJ tem se revelado como um ente institucional que tem contribuído para consolidação do Estado Democrático de Direito brasileiro, em especial para atividade extrajudicial. O Conselho Nacional tem sido um agente regulador que na última década tem conduzido as serventias extrajudiciais para um caminho mais elevado e alinhado com os objetivos fundamentais da República (Art 3º da CF/88).

A possibilidade prevista no Art. 103-B, §4, I da Constituição Federal de expedir atos regulamentares, considerada pelo Supremo Tribunal Federal, de forma reiterada, como um Ato Normativo Primário[340] no ordenamento jurídico tem conseguido erguer o caminho das serventias extrajudiciais ao encontro dos anseios atuais. Consoante lição de Ulrich Beck numa sociedade do risco[341] como novos parâmetros, novos anseios e novas cautelas se fazia necessário que as serventias extrajudiciais se modernizassem para atenderem às expectativas do indivíduo e da coletividade.

De fato, tem sido feita uma "revolução silenciosa" na atividade extrajudcial não somente modernizando e tornando os atos eletrônicos conectados por centrais nacionais, mas possibilitando que certas matérias sejam atualizadas para concretizar direitos fundamentais. Inúmeros são os atos normativos que concretizam direitos fundamentais e que possibilitam o acesso à justiça de forma mais efetiva (Res. N. 35, trata do inventário e divórcio extrajudiciais; Prov N. 28, registro tardio de nascimento; Prov N. 62, apostilamento de Haia; Prov N. 63, reconhecimento de paternidade socioafetiva;

339 O processo de dúvida no âmbito registral tem natureza administrativa disciplinada pelo artigos 198 e seguintes da Lei N. 6.015/73. CSMSP - APELAÇÃO CÍVEL: 1001856-69.2021.8.26.0220

340 O STF em diversas oportunidades tem entendido o caráter de ato normativo primário do CNJ, entre essas decisões destaca-se a ADC N. 12 e a ADI 4709.

341 Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos-tecnologicamente produzidos. (BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco.** Tradução Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34. 2011, p. 23).

Prov. N. 65, usucapião administrativo; Prov N. 73 alteração de prenome e gênero; instituições das centrais nacionais; instituição do protesto com postergamento dos emolumentos e diversos outros programas e recomendações que visam a fortalecer a cidadania e os direitos fundamentais).

Em consequência disso, o PL 6.204/2019 trata diversas vezes do CNJ como um agente regulador que irá não somente fiscalizar a atuação do Agente de Execução, mas propiciar por meio de capacitação e acessos a sistemas a possibilidade de se implementar de maneira bem sucedida a execução extrajudicial. Não há dúvida de que, com a eventual aprovação do presente projeto legislativo, os pormenores procedimentais (Art. 24 do PL) e a implementação de acesso dos sistemas de buscas dos bens dos executados (Art. 29 do PL), bem como a possibilidade de constrição de bens por meio de SISBACEN, Indisponibilidade, Penhora on line e os outros sistemas, ocorrerão em grande maneira pela atuação e regulamentação do CNJ.

Portanto, o PL prevê não apenas que o Conselho Nacional conduza a capacitação com as entidades de classe e os tribunais locais (Art. 22 do PL), assim, evita-se incorrer na má experiência no momento inicial em Portugal em que após a aprovação da lei portuguesa os juízes não tinham mais competência para a matéria de execução e os Agentes de Execução não estavam preparados para dar continuidade no novo encargo. Em momento posterior à reforma, foi muito bem sucedida, houve, inclusive, aumento no índice de êxito da execução de 15% para 60%[342].

A função do CNJ nessa transição de sistema será fundamental na medida em que vai propiciar os instrumentos eletrônicos necessários para o desempenho das funções almejadas. Isso facilitará a localização do devedor e de seus bens[343] (Art. 29 do PL), bem como as possibilidades de constrições eletrônicas (sem tencionar o adequado tratamento de dados pessoais nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei N. 13.709/2018) para que não se incorra em qualquer redução indevida de Direito Fundamental à proteção de dados pessoais (Art. 5º, LXXIX da CF/88).

Conclui-se que o modelo do projeto tende a contribuir com diversos benefícios para o Estado Democrático de Direito, não apenas na possibilida-

342 Aliás, foi exatamente isso que ocorreu em Portugal, quando da tentativa de implementação da execução desjudicializada, em 2003. Na oportunidade, a reforma fracassou, entre outras razões, exatamente pela falta de capacitação dos agentes de execução. ILVA, Paula Costa e. A experiência do sistema português em termos de execução. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 321-332.

343 "há países europeus em que o agente de execução pode acessar dados do trabalho do executado diretamente aos registros de seguridade social, ou mesmo obter informações fiscais junto aos órgãos respectivos... (ii) endereços (físicos e eletrônicos); (iii) rol de bens registráveis (v. g., em especial, imóveis e veículos); (iv) dados bancários; (v) a existência de participação em certames licitatórios; (vi) perfis em redes sociais; (vii) participação como cotista ou acionista em pessoas jurídicas etc." HESS, Burkard. Different enforcement structures. In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (Editors). Enforcement and Enforceability – Tradition and Reform. Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia, 2010. p. 41-62

de de um acesso à justiça possivelmente mais rápido e efetivo. Mas também para o próprio fortalecimento do Poder Judiciário que pode, de forma mais eficiente, otimizar seus recursos para matérias relevantes e concretização de direitos fundamentais. Dessa forma, contribui-se de forma incisiva para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a garantia do desenvolvimento nacional nos termos do art. 3º da Constituição Federal.

3 CRÍTICAS AO PROJETO LEGISLATIVO N. 6209/2019 ORIGINAL

A investigação objeto deste trabalho incita o passeio por críticas qualificadas sobre o PL N. 6.204/2019. Assim, destacam-se algumas considerações, tais como: atividade executiva seria da reserva da jurisdição; os atos expropriatórios violam princípio da inafastabilidade; a ampla comunicação com o Juiz seria um atraso para a celeridade almejada; o magistrado tem maior imparcialidade para a atuação; alteração da celeridade não garante a efetividade em percentual e não tem poderes; o tabelião não ter acesso ao SISBACEN ou ao SNIPER seria um obstáculo para a efetivação.

Pode-se iniciar com a crítica feita acerca da atividade executiva se seria da reserva da jurisdição, o questionamento pode causar dúvida inicial se for entendido que a função jurisdicional é unicamente do Poder Executivo em seu pleno monopólio. A jurisdição é uma função estatal, em regra, exercida pelo Poder Judiciário, contudo não exclusivamente por este. O Tabelião já exerce uma função pública delegada pelo Estado, a titularidade continua sendo do Estado, de tal maneira que já exerce a execução extrajudicial de bens imóveis, a saber: Decreto Lei N 70/1966 e a Lei 9.514/1997 são movimentos de atividade executivas consideradas constitucionais pelos tribunais superiores[344], bem como a jurisdição (usucapião extrajudicial, adjudicação compulsória e retificação de registro civil).

Em que pese a redação do princípio da inafastabilidade mencionar que nenhuma lesão ou ameaça a lesão não será excluída da apreciação do ''Poder Judiciário'', o art. 3º do NCPC, numa leitura mais condizente com os tempos atuais, diz que nenhuma lesão ou ameaça a lesão será excluída da ''apreciação jurisdicional''[345]. Percebe, assim, que há uma releitura ou mesmo uma mutação constitucional do Art. 5, XXXV da CF/88, de tal maneira que paulatinamente a desjudicialização tem sido uma realidade no acesso à justiça (Lei N. 9.307/1996, Lei de arbitragem e Lei 13.140/2015, Lei da mediação). Portanto, essa desjudicialização parece ser uma manifestação de

344 **Recursos Extraordinários ns. 556.520 – SP** e **627.106 – PR Tese firmada foi:** *''É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66''.*

345 HILL, Flávia Pereira. DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL: REFLEXÕES SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 6.204/2019. Revista Eletrônica de Direito Processual. Volume 21, número 3. Set/dez 2020. pp. 164-205.

otimização e eficiência da clássica jurisdição; o Supremo já sinalizava que podia haver esse deslocamento de forma pontual desde que fiscalizado pelo Judiciário[346].

Quanto ao argumento que a execução extrajudicial viola o princípio da inafastabilidade, bem como que a comunicação (consulta e suscitação de dúvida, Art. 20 e 21 do PL 6.204/2019) poderia comprometer o modelo proposto. Ao passo em que a execução pode sair do Judiciário, este continua acompanhando e fiscalizando os atos. Por fim, continua decidindo as matérias sem necessidade da máquina do judiciário operacionalizar todos os procedimentos, acarretando economia de tempo (média de 5 anos para cada execução) e recursos financeiros (custo de 5.000,00 reais por ano). Assim, as duas críticas se comunicam para indicar uma solução. Ademais, ainda pode ser manejado o Mandado de Segurança quando direito líquido e certo for atingido.

Deve-se advertir que houve uma modificação muito significativa pelo senador relator do projeto no Senado, que alterou por meio de substitutivo a obrigatoriedade da execução extrajudicial por uma faculdade. Assim, fez uma alteração que possibilita não apenas uma transição equilibrada e paulatina, mas também uma possibilidade serena de reversibilidade ao sistema judicial caso o novo modelo não logre êxito.

No que tange às prerrogativas serem mais amplas, em especial na imparcialidade, pode-se mencionar que o Prov N. 87/2019 do CNJ alterou a dinâmica dos tabelionatos de protesto, o referido ato normativo dispôs que o tabelião de protesto só receberia emolumentos, em regra, quando o título fosse pago. Mesmo com eventual interesse econômico do êxito não se noticiou que houve malversação dos cuidados e das diligências que sempre tiveram os tabelionatos de protesto. Não houve alteração no animus do titular para favorecer ou perseguir nenhum dos usuários. De tal maneira que, segundo pesquisa realizada pelo Datafolha em 2015, os Cartórios tiveram um reconhecimento de alta confiabilidade e seriedade perante a população brasileira, ficando em primeiro dos muitos listados na relação[347]. Logo em sua atuação centenária no Brasil, o tabelião é reconhecido por uma atuação com retidão e prudência. Portanto, não obstante não ter tantas prerrogativas como algumas carreiras, as que têm são bem reconhecidas pela sociedade de forma a não comprometer suas atividades de recuperação de crédito.

346 RE 627106: Por maioria, o colegiado seguiu o voto do ministro Dias Toffoli, que destacou o entendimento pacífico da Corte de que a execução extrajudicial baseada no decreto não afronta os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Segundo a decisão, as regras não resultam em supressão do controle judicial, mas tão somente em deslocamento do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir. Além de prever uma fase de controle judicial antes da perda da posse do imóvel pelo devedor, não há impedimento que eventual ilegalidade no curso do procedimento de venda do imóvel seja reprimida pelos meios processuais próprios.

347 ANOREG. Disponível em https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2021/12/Anoreg_BR-Cart%C3%B3rios-em-N%C3%BAmeros-2021-3%C2%AA-Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf.

Há ainda o argumento que a atividade atual de execução, mesmo com as adversidades atuais, conseguiu bloquear valores monetários pelo SISBACEN em aproximadamente 50 bilhões de reais, em que pese o número significativo, segundo o cartório em números, os Tabelionatos de Protesto, no último ano, lograram êxito de recuperarem cerca de 60 bilhões de reais sem que nenhum custo dessa operação recaísse sobre o Estado.

Pelo contrário, houve repasse em forma de taxa para os Tribunais de Justiça. Recorde-se que esse valor alcançado foi apenas de pagamentos voluntários dos credores, não se tem, ainda, nenhuma ferramenta de constrição como é o caso do SISBACEN, que é utilizado pelo Poder Judiciário. Acesso esse que pode ser concedido pelo CNJ após eventual aprovação da presente proposta legislativa. Com isso se deduz que o modelo proposto acena para um potencial de êxito.

Quanto ao prazo de recuperação de crédito, os tabeliães já têm suas rotinas operacionais para em três dias úteis recuperar o crédito ou lavrar o protesto. Assim, já existe uma gestão com segurança jurídica reconhecida pela sociedade e que atua de forma célere, haja vista que poucos prazos, seja no processo judicial ou administrativo, são tão exíguos e cumpridos com tanta efetividade. Imagina-se que como as execuções devem migrar de forma paulatina, haverá possibilidade de atender a elasticidade da demanda, uma vez que a contratação ocorrerá pelo regime celetista, dispensando a realização de certames públicos que muitas vezes deságuam em imbróglios judiciais.

Por fim, quanto à efetividade, não tem como precisar como ocorrerá, mas se for observado o modelo português, que, apesar de sérias dificuldades iniciais, teve um significativo resultado, pois saltou de 15% (próximo da média brasileira) para 60% de efetividade na recuperação do crédito. Portanto, percebe-se que mesmo que haja um resultado tímido, mas se for mantida a média atual, isso se revela um ganho institucional ao Judiciário, pois reduz custo e tempo, haja vista o acervo da execução se tratar da metade de todos os processos. Em suma, o Poder Judiciário pode otimizar seus recursos para temas relevantes, para concretizar direitos fundamentais, para consolidar o Estado Democrático de Direito com a almejada estabilidade social.

4 DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL NO TABELIONATO DE PROTESTO

A implementação inicial desse procedimento de execução no Tabelionato de Protesto deve enfrentar desafios semelhantes ao que aconteceu em Portugal. É possível que os obstáculos mais significativos sejam a capacitação dos tabeliães de protesto e seus prepostos, bem como o risco regulatório.

Embora esses riscos indicados sejam consideráveis com a alteração legislativa realizada pelo relator no Senado Federal[348], ambos os riscos são amenizados, uma vez que, diferentemente de Portugal, não haverá a transmissão de todo o acervo existente de execuções (seria próximo de 40 milhões de processos); ademais, os novos processos não são obrigatoriamente distribuídos aos tabelionatos de protesto.

De fato, foi uma decisão realizada com muita cautela, pois caso no momento inicial não esteja sendo realizada a contento a execução extrajudicial, nada impede que volte para o sistema judicial. Isso gera uma segurança para todos os que atuarão nesse possível processo de transição.

Deve-se comentar que além dos prepostos atuais e os que serão contratados devem haver constantes cursos para aperfeiçoá-los com o intuito de que os devedores tenham seus direitos fundamentais plenamente resguardados, além de se ter a adequada utilização de sistema de comunicação com os advogados e os interessados. Ademais, deve haver cursos sobre o acesso e os cuidados com novos sistemas que deverão ser concedidos pelo CNJ, além das cautelas correspondentes com o tratamento dos dados pessoais.

No que tange ao risco regulatório, o que pode ocorrer é a divergência entre os Tribunais de Justiça que possam causar sensação de mais eficiência em alguns Estados e menos eficiência em outros Estados. Assim, o modelo ideal é uma regulamentação de uma federalização centralizada pelas normas do Conselho Nacional de Justiça para que "a instituição" do tabelionato de protesto ostente um caráter nacional. A medida é relevante para a almejada melhoria no ambiente de negócios (Banco Mundial) e para que se possa padronizar prazos e ritos.

Assim, uma instituição financeira saberá com previsibilidade o tempo e a forma com que seu crédito tentará ser recuperado, não tendo que se adequar a procedimentos e exigências divergentes em cada uma das unidades federativas. Uma vez que a central eletrônica é nacional, a padronização tende a revelar um ambiente mais esperado pelo Banco Mundial (*Doing Business Report*[349]) em que se sabe com previsibilidade os atos e os prazos para cada procedimento.

Por fim, devem as medidas de constrição de bens ser as que têm maior probabilidade de êxito com a maior eficiência, assim o custo de oportunidade deve ser observado, necessário ser feito procedimento e prazo para rotinas de bloqueios no SISBACEN, bloqueios de indisponibilidade, penhora

348 O relator Senador Marcos Rogério em Sessão Deliberativa Ordinária no dia 29.06.2022 no plenário fez a defesa do PL 6.204/2019, após as manifestações da ANOREG, AMB e entidade dos oficiais de justiças disse que com a nova alteração da obrigatoriedade para a facultatividade, "o único risco do projeto era dar certo". Uma vez que se não houver viabilidade prática nem precisaria ter reversibilidade, pois a execução judicial no primeiro momento não seria extinta.

349 https://subnational.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Subnational/DB2021_SNDB_Brazil_Full-report_Portuguese.pdf

online e constrição para veículos. Medidas indiretas de coerção no médio prazo não deveriam ser incentivadas pela regulamentação, pois não se imagina que gerará um custo de oportunidade adequado para significativo aumento da contenciosidade e o possível baixo nível de recuperação do crédito com essas medidas.

Conlcui-se que os possíveis principais obstáculos são transponíveis, principalmente se o CNJ continuar atuando como um agente regulador do setor em que irá padronizar não apenas os modelos de formulários, mas, principalmente, as rotinas e os prazos cujos desempenhos possam ser auditados por órgãos fiscalizadores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo identificar o modelo proposto no Projeto Legislativo N. 6.204/2019, que tem o intuito de descongestionar o Poder Judiciário por meio da transição paulatina da execução, que seria operacionalizada pelos tabelionatos de protesto com a figura do Agente de Execução. Assim, foram observadas as principais características deste modelo, que teve uma influência europeia, em especial no modelo português.

Nessa linha, a pesquisa abordou as principais críticas e os desafios que aguardam a eventual implementação desse novo sistema de execução nas serventias extrajudiciais. Diante do abordado, pode-se dizer que alguns objetivos são esperados, entre eles a maior efetividade da execução. A média de Portugal era próxima da média brasileira, as efetividades da execução eram cerca de 14%; após a implementação do novo sistema, a média chegou ao patamar de 60% de efetividade. Percentual que seria considerado um significativo sucesso se for replicado no Brasil.

Ressalte-se que mesmo com um crescimento de efetividade menor que o modelo lusitano, poderia se considerar um avanço na medida em que se teria um resultado semelhante sem ter a necessidade de se utilizar a máquina do judiciário. Dessa forma, se teria uma eficiência de custos financeiros e de tempo. Os estudos originais do PL estimam que a economia seria próxima de 65 bilhões de reais, uma vez que ingressam cerca de 4 milhões de execuções todos os anos no Judiciário e demoram em média 5 anos para serem extintas, cada processo tem um custo anual de 5 mil reais.

Convém mencionar que a proposta legislativa espera ganhos de custo de oportunidade não apenas para o Judiciário, mas para toda a sociedade. Haja vista que a previsibilidade e a efetividade da recuperação de crédito é um dos requisitos para avaliação de um melhor ambiente de negócios, segundo os históricos dos relatórios do Banco Mundial. Assim, haveria um

ganho de credibilidade para que se favoreça novos investimentos nacionais e internacionais no país.

Nessa linha, estaria contribuindo para um projeto nacional de desenvolvimento (Art. 3º, II da Constituição Federal), ao mesmo tempo em que estaria contribuindo para a agenda internacional da ONU na ODS 16. Esse desenvolvimento poderia ser fortalecido com a proteção ao crédito na medida em que se facilitaria a recuperação do crédito, o que pode ter correlação com a diminuição do risco e, por consequência, com a diminuição do *spread*[350] bancário. Logo, essa segurança e proteção ao crédito deve fomentar a economia, que, por sua vez, gera mais emprego e renda, construindo, por fim, ciclos positivos de expansão econômica.

Cite-se como exemplo que os créditos de até 100 mil reais sem bens em garantia não são, em regra, executados pelas grandes instituições financeiras, pois o custo de oportunidade não tende a ser proveitoso. Assim, os valores das perdas são repassadas aos futuros mutuários adimplementes no cálculo dos novos empréstimos. Portanto, uma execução mais rápida e menos onerosa tende a diminuir o custo do crédito brasileiro.

Por fim, convém mencionar que, diferentemente do novo sistema de execução português, os substitutivos do PL inseriram a previsão que o Judiciário não perderia a competência para a execução, seria, portanto, um novo sistema facultativo. Logo, caso o novo modelo não logre êxito na sua implementação, nada impede que os credores continuem utilizando o Poder Judiciário. Isso fez com que os riscos fossem mitigados, pois haveria uma transição mais prudencial com plena possibilidade de reversão ao sistema original em caso de o resultado não ser o adequado.

Conclui-se que há uma possibilidade de se desenvolver um dos maiores projetos de desjudicialização do Brasil com um nível de risco aceitável, pois caso a transição para o novo sistema de execução nos tabelionatos de protesto não alcance os resultados previstos é plenamente possível a reversão ao sistema original.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

350 O *spread* bancário é a terminologia dada à diferença entre a remuneração que o banco paga a quem aplica dinheiro na instituição e quanto ele cobra para emprestar o mesmo para terceiros. O spread é composto tanto pelo lucro dos bancos quanto pelos riscos das instituições financeiras ao fazerem uma operação de crédito e, portanto, é influenciado por diversos fatores, como o risco de inadimplência do devedor, condições de mercado, despesas administrativas e tributos.

AMARAL, José W. M.; PINTO, Edson A. S. P. **A eficiência da utilização do protesto como meio alternativo para cobrança de crédito fiscal.** Revista dos Tribunais, vol. 1004/2019, p. 263-278, Jun/2019.

ANDREWS, Neil. **Obtaining information in support of enforcement proceedings under english law**. In: STÜRNER, Rolf; KAWANO, Masanori. **Comparative studies on enforcement and provisional measures. Tübingen**: Mohr Siebeck, 2011. p. 112-119.

ANOREG. Disponível em https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2021/12/Anoreg_BR-Cart%C3%B3rios-em-N%C3%BAmeros-2021-3%-C2%AA-Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf.

ASSIS, Carolina Azevedo. ''Desjudicialização a execução civil: um diálogo com o modelo português''. In MEDEIROS NETO, Elias Marques de. RIBEIRO, Flávia Pereira. **Reflexões sobre a Desjudicialização da Execução Civil.** Curitiba: Juruá. 2020. pp. 75- 104.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de António de Castro Caeiro. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

ARISTÓTELES, **A Política**. 7ª ed. São Paulo: Atena, 1965.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário nº 842.846. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, 13 de agosto de 2019. Diário da Justiça. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4650160. Acesso em 23 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 6.204/2019. Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial e dá outras providências. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8049470&ts=1588689404331&disposition=inline março de 2015 – Código de Processo Civil. Acesso em: 06 jun. 2020.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco.** Tradução Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34. 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica de Cláudio De Cicco. 5.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo . **Curso de Direito Constituciona**l. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis: comentários ao sistema de registros em face da Lei n. 6.015 de 1973 com as alterações da Lei n. 6.216 de 1975, Lei n. 8.009 de 1990 e Lei 8.935 de 1994.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Registro de Imóveis, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CAVUOTO, Ennio. **Il processo esecutivo telemático**: stato dell'arte, problemi e prospettive, in Il giusto processo civile. Rivista Trimestrale, 3/2016, p. 871-901 julho-setembro, 2016.

CILURZO, Luiz Fernando. **A desjudicialização na execução por quantia**. 2016. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

CNJ. Justiça em Números 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf.

CNJ. Justiça em Números 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp--content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros--2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf.

CNJ. Justiça em Números 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp--content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf.

Ricardo Dip. "Registro de Imóveis (vários estudos)"; Porto Alegre: IRIB/Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

ERVO, Laura. **Enforcement in Finland – somes special views**. In: STÜRNER, Rolf; KAWANO, Masanori (Edit.). **Comparative studies on enforcement and provisional measures**. Tübingen, Mohr Siebeck, 2011. p. 74-81.

FARIA, Márcio Carvalho. **Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei 6.204/2019**: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte cinco). Revista de Processo. vol. 317. ano 46.

p. 437-471. São Paulo: Ed. RT, julho 2021. Disponível em: inserir link consultado. Acesso em: 20.09.2022.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. Execução simplificada e a desjudicialização do processo civil: mito ou realidade. In: ALVIM, Arruda et al. (Coord.). **Execução civil e temas afins – do CPC/1973 (LGL\1973\5) ao Novo CPC (LGL\2015\1656)**: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 576-604.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Desjudicialização da Execução Civil.** Disponível em: . Acesso em: 11 de julho de 2021

GRADI, Marco. **Inefficienza della giustizia civile e "fuga dal processo"** : commento del decreto legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014. Messina: Edizione Leone, 2014.

GOLDBERG, Stephen B. SANDER, Frank E. A. ROGERGS, Nancy H. COLE, Sarah Rudolph. **Dispute Resolution**. 4. Ed. Nova York: Aspen Publishers. 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESS, Burkard. **Different enforcement structures**. In: VAN RHEE, C. H.; UZELAC, Alan (Editors). **Enforcement and Enforceability – Tradition and Reform**. Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia, 2010. p. 41-62.

HILL, Flávia Pereira. **DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL:** REFLEXÕES SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 6.204/2019. Revista Eletrônica de Direito Processual. Volume 21, número 3. Set/dez 2020. pp. 164-205.

HUGO, V. **Os miseráveis.** São Paulo: Cosac Naify, 2012.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020. **Resultado dos Dados Preliminares do Censo – 2020**. <www.ibge.gov.br/cidade@> acesso em: 26 jun 2022.

_____. **Metodologia do Censo Demográfico 2000**. Rio de Janeiro: IBGE, 2003. <https://memoria.ibge.gov.br/sinteses-historicas/historicos--dos-censos/censos-demograficos.html> acesso em: 25 jun 2022.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. **O procedimento extrajudicial pré-executivo lusitano (PEPEX)**: algumas lições para o sistema brasileiro. Revista de Processo, v. 282, São Paulo, Ed. RT, p. 455-471, 2018, versão online.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos, 8(2), 250–302. 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales.** Novena Edición. Madrid: Tecnos, 2007.

PINDYCK, Robert; RUNBINFELD, Daniel, **Microeconomia.** 8 ed. Pearson. São Paulo. 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. "Projeto legislativo de desjudicialização da execução civil". Disponível no endereço eletrônico: https://www.migalhas.com.br/depeso/332358/projeto-legislativo-de-desjudicializacaoda-execucao-civil Consulta realizada em 21/09/2022

SANDER, Frank. E. A. **A varieties of dispute processing.** IN Levin, L. A.; Russel, W. R. (Edit.) The Pound Conference: pespectives on justice in the future. SAint Paul: West Publishing Co. 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da constituição federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal.** In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Ano 2, n. 8, outubro/dezembro, p. 55-92. 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como expansão das capacitações.** In: FAKUDA-PARR, Sakiko (Ed.). Desenvolvimento humano: leituras selecionadas. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual; PNUD, p. 43-61. 2007.

_____. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SILVA, Paula Costa e. A experiência do sistema português em termos de execução. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **O processo em perspectiva**: jornadas brasileiras de

direito processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 321-332.

UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME - UN-HABITAT. World Cities Report 2016. **Urbanization and development: emerging futures**. Nairobi: United Nations Human Settlements Programme, 2016. Disponível em: <http://wcr.unhabitat.org/>. Acesso em: 20 jul. 2022.

WELLS Robins. KRUGMAN, **Introdução à Economia**. 3 ed. Campus. Rio de Janeiro. 2015.

THE WORLD BANK. **Urban Policy and Economic Development – An Agenda for the 1990s.** A World Bank policy paper. Washington, 1991.

Hino Nacional Brasileiro

Música de Francisco Manoel da Silva
Letra de Joaquim Osório Duque Estrada

Ouviram do Ipiranga as margens plácidas
De um povo heróico o brado retumbante,
E o sol da Liberdade, em raios fúlgidos,
Brilhou no céu da Pátria nesse instante.

Se o penhor dessa igualdade
Conseguimos conquistar com braço forte,
Em teu seio, ó Liberdade,
Desafia o nosso peito a própria morte!

Ó Pátria amada,
Idolatrada,
Salve! Salve!

Brasil, um sonho intenso, um raio vívido
De amor e de esperança à terra desce,
Se em teu formoso céu, risonho e límpido,
A imagem do Cruzeiro resplandece.

Gigante pela própria natureza,
És belo, és forte, impávido colosso,
E o teu futuro espelha essa grandeza

Terra adorada,
Entre outras mil,
És tu, Brasil,
Ó Pátria amada!

Dos filhos deste solo és mãe gentil,
Pátria amada,
Brasil!

Deitado eternamente em berço esplêndido,
Ao som do mar e à luz do céu profundo,
Fulguras, ó Brasil, florão da América,
Iluminado ao sol do Novo Mundo!

Do que a terra mais garrida
Teus risonhos, lindos campos têm mais flores;
"Nossos bosques têm mais vida",
"Nossa vida" no teu seio "mais amores".

Ó Pátria amada,
Idolatrada,
Salve! Salve!

Brasil, de amor eterno seja símbolo
O lábaro que ostentas estrelado,
E diga o verde-louro desta flâmula
– Paz no futuro e glória no passado.

Mas, se ergues da justiça a clava forte,
Verás que um filho teu não foge à luta,
Nem teme, quem te adora, a própria morte.

Terra adorada
Entre outras mil,
És tu, Brasil,
Ó Pátria amada!

Dos filhos deste solo és mãe gentil,
Pátria amada,
Brasil!

Hino do Estado do Ceará

Letra: Thomaz Pompeu Lopes Ferreira
Música: Alberto Nepomuceno

Terra do sol, do amor, terra da luz!
Soa o clarim que a tua glória conta!
Terra, o teu nome, a fama aos céus remonta
Em clarão que seduz!
- Nome que brilha, esplêndido luzeiro
Nos fulvos braços de ouro do cruzeiro!

Mudem-se em flor as pedras dos caminhos!
Chuvas de prata rolem das estrelas...
E, despertando, deslumbrada ao vê-las,
Ressoe a voz dos ninhos...
Há de aflorar, nas rosas e nos cravos
Rubros, o sangue ardente dos escravos!

Seja o teu verbo a voz do coração,
- Verbo de paz e amor, do Sul ao Norte!
Ruja teu peito em luta contra a morte,
Acordando a amplidão.
Peito que deu alívio a quem sofria
E foi o sol iluminando o dia!

Tua jangada afoita enfune o pano!
Vento feliz conduza a vela ousada;
Que importa que teu barco seja um nada,
Na vastidão do oceano,
Se, à proa, vão heróis e marinheiros
E vão, no peito, corações guerreiros?!

Sim, nós te amamos, em ventura e mágoas!
Porque esse chão que embebe a água dos rios
Há de florar em messes, nos estios
Em bosques, pelas águas!
Selvas e rios, serras e florestas
Brotem do solo em rumorosas festas!

Abra-se ao vento o teu pendão natal,
Sobre as revoltas águas dos teus mares!
E, desfraldando, diga aos céus e aos ares
A vitória imortal!
Que foi de sangue, em guerras leais e francas,
E foi, na paz, da cor das hóstias brancas!

ALECE
ASSEMBLEIA LEGISLATIVA
DO ESTADO DO CEARÁ

Mesa Diretora

Biênio 2021-2022

Deputado Evandro Leitão
Presidente

Deputado Fernando Santana
1º Vice-Presidente

Deputado Danniel Oliveira
2º Vice-Presidente

Deputado Antônio Granja
1º Secretário

Deputado Audic Mota
2º Secretário

Deputada Érika Amorim
3ª Secretária

Deputado Apóstolo Luiz Henrique
4º Secretário

INESP
INSTITUTO DE ESTUDOS E PESQUISAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DO CEARÁ

João Milton Cunha de Miranda
Diretor Executivo

EDIÇÕES INESP

Ernandes do Carmo
Orientador da Célula de Edição e Produção Gráfica

Cleomarcio Alves (Marcio), Francisco de Moura, Hadson França e João Alfredo
Equipe de Acabamento e Montagem

Aurenir Lopes e Tiago Casal
Equipe de Produção em Braile

Mário Giffoni
Diagramação

José Gotardo Filho e Valdemice Costa (Valdo)
Equipe de Design Gráfico

João Victor e Thais Lúcio
Estagiários

Rachel Garcia Bastos de Araújo
Redação

Valquiria Moreira
Secretaria Executiva / Assistente Editorial

Manuela Cavalcante
Secretaria Executiva

Luzia Lêda Batista Rolim
Assessoria de Imprensa

Lúcia Maria Jacó Rocha, Sandra Bastos Mesquita e Vânia Monteiro Soares Rios
Equipe de Revisão

Marta Lêda Miranda Bezerra e Maria Marluce Studart Vieira
Equipe Auxiliar de Revisão

Site: http://www.al.ce.gov.br/index.php/institucional/instituto-de-estudos-e-pesquisas-sobre-o-desenvolvimento-do-ceara
E-mail: presidenciainesp@al.ce.gov.br
Fone: (85) 3277-3701

ALECE
ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ

Assembleia Legislativa do Estado do Ceará
Av. Desembargador Moreira 2807,
Dionísio Torres, Fortaleza, Ceará, CEP 60.170-900
Site:www.al.ce.gov.br
Fone: (85) 3277-2500

ALECE

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA
DO ESTADO DO CEARÁ

MESA DIRETORA
2021-2022

Deputado Evandro Leitão
Presidente

Deputado Fernando Santana
1º Vice-Presidente

Deputado Danniel Oliveira
2º Vice-Presidente

Deputado Antônio Granja
1º Secretário

Deputado Audic Mota
2º Secretário

Deputada Érika Amorim
3ª Secretária

Deputado Ap. Luiz Henrique
4º Secretário

EDIÇÕES INESP DIGITAL